LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ANTE EL DESAFÍO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

XXIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

Antoni Pigrau Solé
Maria Font Mas
Diana Marín Consarnau
Susana Borràs Pentinat
Alfonso González Bondia
Dirs.

tirant lo blanch
homenajes & congresos

El Comité Científico de esta obra ha estado integrado por:

Dr. Joaquin Alcaide Fernández
Universidad de Sevilla

Dra. Carmen Azcárraga Monsonís
Universidad de Valencia

Dr. Jordi Bonet Pérez
Universidad de Barcelona

Dr. José Luis De Castro Ruano
Universidad del País Vasco

Dra. Teresa Fajardo Del Castillo
Universidad de Granada

Dra. Rosa María Giles Carnero
Universidad de Huelva

Dra. Paloma González-Gómez Del Miño
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Esperanza Orihuela Calatayud
Universidad de Murcia

Dra. Eulalia Petit De Gabriel
Universidad de Sevilla

Dr. Juan José Álvarez Rubio
Universidad del País Vasco

Dra. Esther Barbé Izuel
Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Valentín Bou Franch
Universidad de Valencia

Dr. Pedro De Miguel Asensio
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Silvia Feliu Sotomayor
Universitat de les Illes Balears

Dra. Cristina González Beilfuss
Universidad de Barcelona

Dr. Josep Ibáñez Muñoz
Universitat Pompeu Fabra

Dr. Gustavo Palomares Lerma
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Dr. Andrés Rodríguez Benot
Universidad Pablo de Olavide

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ANTE EL DESAFÍO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

XXIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

María Luisa Cuerda Arnau
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Jaume I de Castellón

Carmen Domínguez Hidalgo
Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

José Luis González Cussac
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Consuelo Ramón Chornet
Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Valencia

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Elisa Speckmann Guerra
Directora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:
Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y **Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA COMUNIDAD INTERNACIONAL ANTE EL DESAFÍO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

XXIX JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

UNIVERSITAT ROVIRA i VIRGILI
Departament de Dret Privat, Processal i Financer

UNIVERSITAT ROVIRA i VIRGILI
Departament de Dret Públic

AEPDIRI

tirant lo Blanch
Valencia, 2023

Copyright ® 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Antoni Pigrau Solé
Maria Font Mas y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-633-2023
ISBN: 978-84-1130-774-1
MAQUETA: Disset Ediciones

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

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

Directores y directoras

Antoni Pigrau Solé

Maria Font Mas

Diana Marín Consarnau

Susana Borràs Pentinat

Alfonso González Bondia

ÍNDICE

PRESENTACIÓN **21**

Caterina Garcia Segura

INTRODUCCIÓN **23**

Antoni Pigrau Solé

PLANETA

SOBRE RIESGOS Y AMENAZAS. LA SECURITIZACIÓN DISCURSIVA DE LA ACCIÓN CLIMÁTICA DE LA UE **29**

Karlos Pérez De Armiño

1. INTRODUCCIÓN 29
2. LA SECURITIZACIÓN, TEORÍA DE LA ESCUELA DE COPENHAGUE 31
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NEXO CLIMA-SEGURIDAD EN LA UE 32
    - 3.1. Décadas de 1980 y 1990: inicios del debate sobre el cambio climático y su securitización 32
    - 3.2. La década del 2000: desarrollo del discurso securitario, las políticas medioambientales y el papel global de la UE 34
    - 3.3. Desde Copenhague (2009) hasta 2014: desecuritización y políticas menos ambiciosas 39
    - 3.4. Desde el Acuerdo de París (2015): retorno de la securitización 41
4. INCIDENCIA DE LA SECURITIZACIÓN: UNA VALORACIÓN AMBIVALENTE 45
5. CONCLUSIONES 51

VIDA SUBMARINA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO **53**

Laura Carballo Piñeiro

1. INTRODUCCIÓN 53
2. PROTEGER LA VIDA SUBMARINA 56
3. RESPETAR LA VIDA SUBMARINA 61
4. REMEDIAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LA VIDA SUBMARINA 67
5. CONSIDERACIONES FINALES 77

EL PACTO VERDE EUROPEO: HACIA UNA ACCIÓN CLIMÁTICA MÁS INTEGRADA EN LA ERA POST COVID 79

Beatriz Pérez de las Heras

1. INTRODUCCIÓN 79
2. EL PACTO VERDE EUROPEO: UN MARCO ESTRATÉGICO PARA LA RECUPERACIÓN ECOLÓGICA DE EUROPA 81
   - 2.1. La integración de la sostenibilidad como objetivo transversal 81
   - 2.2. Los planes de recuperación post Covid: una oportunidad para acelerar la transición verde 86
3. NUEVOS DESARROLLOS JURÍDICOS EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA 89
   - 3.1. El marco de actuación 2030: la renovación progresiva de objetivos e instrumentos en cumplimiento del Acuerdo de París 90
   - 3.2. Más allá de 2030: la Ley Europea del Clima y el objetivo vinculante de la neutralidad climática 96
4. CONCLUSIÓN 98

ENTRE LA ECONOMÍA VERDE Y LA AZUL. TENSIONES Y RETOS PARA LA UE ANTE EL ODS 14 99

Montserrat Pintado Lobato

1. INTRODUCCIÓN 99
2. EL DEBATE CONCEPTUAL SOBRE LA ECONOMÍA AZUL 100
3. LA UE COMO "ACTOR VERDE". RETOS Y TENSIONES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA AZUL 102
   - 3.1. Una economía azul diversa e integrada: el reto de la multiplicación sectorial 104
   - 3.2. El reto de una Planificación Espacial Marina con enfoque ecosistémico 107
4. CONCLUSIONES 109

LA SEMÁNTICA DE LA ECONOMÍA AZUL Y EL ODS 14: HACIA UNA PESCA SOSTENIBLE EN LA QUE "NADIE SE QUEDE ATRÁS" 111

Irene Rodríguez Manzano

1. INTRODUCCIÓN 111
2. EL CONCEPTO DE "ECONOMÍA AZUL": ORIGEN E INTERPRETACIONES 112
   - 2.1 Economía azul y ecosistema marino 114
   - 2.2. ¿Economía azul o crecimiento azul? 116
3. LA ECONOMÍA AZUL Y EL ODS 14: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA QUE LA PESCA SOSTENIBLE NO DEJE A NADIE ATRÁS? 118
4. CONCLUSIONES 121

LOS DESPLAZADOS CLIMÁTICOS EN EL ESCENARIO JURÍDICO INTERNACIONAL: DESAFÍOS PARA SU PROTECCIÓN EN PLENO SIGLO XXI 123

David Carrizo Aguado

1. INTRODUCCIÓN: LA MIGRACIÓN CLIMÁTICA A DEBATE 123
1.1. Contextualización 123
1.2. Pronóstico preocupante 124
2. PROBLEMÁTICA PARA OPTAR A LA CONDICIÓN DE REFUGIADO MEDIOAMBIENTAL 125
2.1. Observación preliminar 125
2.2. Importancia de la calificación jurídica 125
2.2.1. Obstáculos para su identificación 125
2.2.2. Propósitos para su encauzamiento legal 128
2.2.3. Adecuación y diligencia en la esfera internacional 129
3. EVENTUALES VÍAS PARA LOGRAR SU PROTECCIÓN 130
3.1. Derecho a la migración ecológica transnacional 130
3.2. Pasos hacia un futuro cercano 130
3.2.1. Basamento inicial 130
3.2.2. Fragilidad del migrante 131
4. OBSERVACIONES FINALES 132

LA PROHIBICIÓN DE SUBVENCIONES QUE AFECTAN A LA SOBRECAPACIDAD Y LA SOBREPESCA (ODS 14.6): UN CASO TEST DE ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL A LA AGENDA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE 135

Carlos Teijo García

1. INTRODUCCIÓN 135
2. LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES PARA LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PESQUERAS 137
3. LA DELIMITACIÓN DE LOS SUBSIDIOS QUE CONTRIBUYEN A LA SOBRECAPACIDAD Y LA SOBREPESCA 138
4. LAS PROHIBICIONES RELATIVAS A LAS FLOTAS DE PESCA A DISTANCIA 140
5. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO 141
6. CONSIDERACIONES FINALES 144

PERSONAS

LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA GOBERNANZA INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN: EL PACTO EUROPEO SOBRE LA MIGRACIÓN Y EL ASILO A LA LUZ DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR DE LAS NACIONES UNIDAS 149

Cristina Churruca Muguruza

1. INTRODUCCIÓN 149
2. EL INICIO DE UN MARCO DE GOBERNANZA GLOBAL DE LA MIGRACIÓN: EL VÍNCULO MIGRACIÓN Y DESARROLLO EN LOS ODS 151
3. EL CAMINO HACIA MARRAKECH Y LA PARADOJICA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA 155
4. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR 161
5. EL NUEVO PACTO EUROPEO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO A LA LUZ DEL PACTO GLOBAL DE MIGRACIÓN 166
6. REFLEXIONES FINALES 171

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN 173

Mercedes Soto Moya

1. INTRODUCCIÓN 173
2. CONSECUENCIAS JURÍDICO-DOCUMENTALES DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL 175
   - 2.1. Acceso al mercado laboral 177
   - 2.2. Efectos de la denegación del asilo o la protección subsidiaria 178
   - 2.3. Compatibilidad en el tiempo de solicitudes en regímenes de extranjería diferentes 180
   - 2.4. Concesión de la solicitud 181
3. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL 182
   - 3.1.“Dependencia” 184
   - 3.2. “Minoría de edad” 186
   - 3.3. Concepto de cónyuge 188
4. NACIONALIDAD Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL 189
   - 4.1. Adquisición de la nacionalidad por residencia 189
   - 4.2. Especial referencia a los nacionales iberoamericanos 191
   - 4.3. Hijos de solicitantes de protección internacional nacidos en España 192
5. CONCLUSIONES 195

QUEDARSE ATRÁS. REFUGIADOS Y SUBJETIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA 197

Sílvia Morgades Gil

1. INTRODUCCIÓN 197
2. LOS ODS EN LA DECLARACIÓN DE NUEVA YORK PARA LOS REFUGIADOS Y LOS MIGRANTES Y EL PACTO MUNDIAL SOBRE LOS REFUGIADOS 199
3. LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN DERECHO INTERNACIONAL Y EN DERECHO EUROPEO 201
   - 3.1. En Derecho internacional 201
   - 3.2. En Derecho de la Unión Europea 206
4. DERECHOS Y DEMANDAS: VACILACIONES DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA 208
   - 4.1. Derechos de los refugiados: Subjetividad estática como capacidad para ser titular de derechos en virtud del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea 208
     - 4.1.1. En Derecho internacional 208
     - 4.1.2. En Derecho de la Unión Europea 209
   - 4.2 Demandas de los refugiados: La subjetividad dinámica de los refugiados o la capacidad de hacer efectivos derechos subjetivos ante tribunales 213
     - 4.2.1. Previsiones sobre el derecho a recurrir en el Derecho primario 214
     - 4.2.2. Efectividad de los derechos de los refugiados en el Derecho institucional 215
5. REFLEXIONES FINALES 218

REFLEXIONES ESPERANZADAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NO ACOMPAÑADOS TRAS LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE OCTUBRE DE 2021 217

Lucas Andrés Pérez Martín

1. INTRODUCCIÓN, LA NECESIDAD DE LA REFORMA 217
2. ANÁLISIS DE UNA REFORMA IMPRESCINDIBLE 219
   - 2.1. Contexto de la propuesta de modificación del Reglamento de Extranjería .. 219
   - 2.2. El mejor acceso a la autorización de residencia 220
   - 2.3. La llegada a la mayoría de edad, el verdadero rayo de esperanza 222
   - 2.4. Aplicación a extutelados de 18 a 23 años, la nueva oportunidad vital 223
3. ¿ESPAÑA EN LA SENDA CORRECTA? 224
   - 3.1. La obligación de documentar, el reto administrativo 224
   - 3.2. La mayoría de edad y los medios, ¿dependencia de la voluntad política? 224
   - 3.3. Lo que pudo ser y no fue 225
4. CONCLUSIONES 225

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD ANTE LA AGENDA 2030 227

Begoña Rodríguez Díaz

1. INTRODUCCIÓN 227
2. LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD EN LA AGENDA 2030 Y LOS ODS 228
3. LA AGENDA 2030 Y LOS ODS A LA LUZ DE LA CDN Y LA CDPD 232
4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UE PARA IMPLEMENTAR LOS ODS: DÓNDE QUEDAN LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD 235
5. CONCLUSIÓN 238

PROSPERIDAD

EL PROGRAMA "PRÓXIMA GENERACIÓN UNIÓN EUROPEA" Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿UN MODELO DE DESARROLLO SOSTENIBLE, EQUITATIVO Y COMPETITIVO? 241

Mercedes Guinea Llorente

1. CONSIDERACIONES GENERALES: RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA A LA LUZ DE LOS ODS 241
2. EL PROGRAMA "PRÓXIMA GENERACIÓN UE": PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS 244
    - 2.1 Financiación mediante endeudamiento conjunto 246
    - 2.2 Desarrollo de la Unión Económica y Monetaria 247
    - 2.3 Nueva política común de inspiración keynesiana 249
    - 2.4 Aplicación del principio de solidaridad federal 250
3. MAPEANDO EL INSTRUMENTO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA: ESTRUCTURA, FINALIDAD Y OBJETIVOS 251
    - 3.1 El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia 251
    - 3.2 El apoyo a programas estratégicos del presupuesto común 255
4. ANÁLISIS DEL "PRÓXIMA GENERACIÓN UE" A LA LUZ DE LOS ODS 258
    - 4.1 Dimensión medioambiental 258
    - 4.2 Prosperidad compartida 259
    - 4.3 Modelo social 261
    - 4.4 Refuerzo de la institucionalidad 263
5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES RELATIVAS A LA IMPLEMENTACIÓN . 264

OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y "TRABAJO DECENTE": UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO 267

Guillermo Palao Moreno

1. ODS 8: contexto 267
    - 1.1. Ubicación en la Agenda 2023 268
    - 1.2. Contexto normativo 269

2. ODS 8 Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS GENERALES 270
2.1. Agenda 2030 y Derecho Internacional privado 271
2.2. "Trabajo Decente": una aproximación desde el Derecho Internacional privado 274
3. PROYECCIÓN DEL ODS 8 EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO: ALGUNOS EJEMPLOS 276
3.1. Grupos de empresas multinacionales y "cadenas de suministro" 278
3.2. Movilidad internacional de la mano de obra: desplazamientos temporales .. 284
3.3. "Trabajo decente" en una economía global digitalizada 285
4. A MODO DE CONCLUSIÓN 287

LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A TRAVÉS DEL COMERCIO INTERNACIONAL 289

Xavier Fernández Pons

1. INTRODUCCIÓN: RELACIONES ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE 289
1.1. Las bases tradicionales del sistema multilateral de comercio y el desarrollo económico insostenible 290
1.2. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la progresiva reorientación de la política comercial común de la Unión Europea (UE) 293
2. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES 296
2.1. La UE y el desarrollo sostenible en las negociaciones comerciales emprendidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) 296
2.2. La inclusión de un capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible en acuerdos comerciales preferenciales negociados por la UE con terceros países ... 299
3. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN MEDIDAS COMERCIALES AUTÓNOMAS 301
3.1. El sistema de preferencias generalizadas (SPG) de la UE y su régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG+) 301
3.2. Medidas comerciales de la UE relativas a la sostenibilidad de procesos y métodos de producción 304
4. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA REGULATORIO PARA UN COMERCIO INTERNACIONAL SOSTENIBLE? 309

CORPORATE MOBILITY IN THE EU: DIRECTIVE 2019/2121 AS REGARDS CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS AND SOME PIL CONSIDERATIONS 311

Vésela Andreeva Andreeva

1. INTRODUCTION 311
2. THE NEED OF HARMONIZED RULES 312
3. DIRECTIVE 2019/2121 314

3.1. Scope of application and procedure 314
3.2. Critical approach to the dispositions on cross-border conversions 315
3.2.1. Anti-fraud clause.....315
3.2.2. Special protection to members and creditors 317
4. CONCLUSIONS 320

LA IDENTIDAD DIGITAL EN EL MARCO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 323

Antonio Merchán Murillo

1. INTRODUCCIÓN 323
2. LA IMPORTANCIA DE LA IDENTIDAD ELECTRÓNICA EN RELACIÓN A LOS ODS 324
3. EL MARCO NORMATIVO DE BASE: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA 325
3.1 Especial referencia a la Unión Europea 325
4. LOS TIPO DE IDENTIDAD DIGITAL Y LA FORMAS PARA GENERAR CONFIANZA A LOS CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE LA IDENTIDAD 328
4.1 La Identidad Auto soberana 330
5. LA EDUCACIÓN Y ALFABETIZACIÓN DIGITAL 332
6. REFLEXIONES FINALES 333

INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS Y AMENAZAS CIBERNÉTICAS. NUEVO MARCO NORMATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA: RESILIENCIA DE ENTIDADES CRÍTICAS Y REFUERZO DE LA SEGURIDAD EN LAS REDES 335

Lucía Modroño Pérez

1. INTRODUCCIÓN 335
2. CONCEPTO DE 'INFRAESTRUCTURA CRÍTICA' 336
2.1 La variedad de conceptos jurídicos indeterminados implicados 336
2.2 Criterios horizontales y sectoriales determinantes 337
3. ENFOQUES NORMATIVOS DE LA RESILIENCIA DE ENTIDADES CRÍTICAS 338
3.1 Estrategias nacionales coordinadas con el marco normativo europeo 338
3.2 La nueva Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea 339
4. RIESGOS Y AMENAZAS. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CRECIENTES CIBERATAQUES 340
4.1 Principales riesgos y amenazas 340
4.2 Los ciberataques más relevantes del siglo XXI 342
5. REFLEXIONES FINALES 344

PAZ, JUSTICIA Y ASOCIACIÓN

DECONSTRUYENDO EL ODS 16: CONSTRUCCIÓN DE PAZ Y APROPIACIÓN LOCAL EN LA AGENDA 2030 349

Óscar Mateos Martín

1. INTRODUCCIÓN 349
2. LA AGENDA DE PAZ INTERNACIONAL BAJO SOSPECHA Y LA APROPIACIÓN LOCAL COMO NUEVA RETÓRICA 351
   - 2.1. Deconstrucción y cuestionamiento del "consenso de la paz liberal" 352
   - 2.2. El "giro hacia lo local" y el debate sobre la "apropiación local" 355
3. EL ODS 16 EN EL DEBATE SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ 358
   - 3.1. Genealogía, características y un primer balance del ODS 16 358
   - 3.2. Deconstruyendo el ODS 16: contradicciones y problemas de la construcción de paz en la Agenda 2030 361
     - 3.2.1. Paz negativa vs Paz positiva 362
     - 3.2.2. Localización y participación vs élite-centrismo y tecno-centrismo 364
     - 3.2.3. Paz como gobernanza y construcción del estado 367
   - 3.3. El caso de la "Declaración de Roma" y la apropiación local del ODS 16 368
4. CONCLUSIONES 370

EL CASO *DOE V. NESTLÉ* ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: ¿CULMINA EL LARGO ADIÓS DEL *ALIEN TORT STATUTE?* *371*

Francisco Javier Zamora Cabot

1. INTRODUCCIÓN 371
2. EMPLAZAMIENTO DEL CASO 373
   - 2.1. Lecturas reduccionistas del ATS 373
   - 2.2. El sector del cacao y sus problemas 376
3. LA DECISIÓN NESTLÉ 378
   - 3.1. Antecedentes: decisiones de instancia y apelación 378
   - 3.2. Decisión del Tribunal Supremo 381
4. EVALUACIÓN 384
   - 4.1. Análisis crítico 384
   - 4.2. Proyección 388
5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS 391

LA PAZ Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: LA AUSENCIA DE UN CLARO MARCO NORMATIVO 393

Cástor Miguel Díaz Barrado

1. INTRODUCCIÓN 393
3. EL ACERCAMIENTO PROGRESIVO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES 401
4. CONCLUSIONES 406

EL *FORUM NECESSITATIS* EN LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS SOBRE SU IDONEIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS VULNERADOS POR EMPRESAS TRASNACIONALES 409

Josep Gunnar Horrach Armo

1. INTRODUCCIÓN 409
2. CONTEXTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN 410
2.1. Contexto y justificación del forum necessitatis 410
2.2. Voces discrepantes 414
3. CONTENIDO Y REQUISITOS DEL ***FORUM NECESSITATIS*** ***415***
3.1. Subsidiariedad 415
3.2. Excepcionalidad 416
3.3. Conexión suficiente 417
3.4. Materias y acciones incluidas 417
4. APUNTE FINAL 418

LA INCIDENCIA DE LA AGENDA 2030 EN LA LUCHA CONTRA LOS ACAPARAMIENTOS DE TIERRA GLOBALES 421

Estrella del Valle Calzada

1. INTRODUCCIÓN 421
2. EL FENÓMENO DE LOS ACAPARAMIENTOS DE TIERRAS EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE PRESIÓN AGRARIA 422
3. LA AGENDA 2030. TIERRA Y OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE 425
4. ACAPARAMIENTO DE TIERRAS Y DERECHOS HUMANOS. PROPUESTAS FRENTE A LAS AUSENCIAS DE LA AGENDA 2030 431
5. CONSIDERACIONES FINALES 436

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA: SINERGIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA 2030 439

Daniel Iglesias Márquez

1. REFLEXIONES PRELIMINARES: DESARROLLO SOSTENIBLE, DERECHOS HUMANOS Y CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE 439
2. LA AGENDA 2030 Y LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA 444
3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA UE: APORTES A LA AGENDA 2030 Y A LOS ODS 447

3.1. Información corporativa en materia de sostenibilidad 447
3.2. Coherencia política: planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos 449
3.3. La diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos 450
4. CONSIDERACIONES FINALES 453

EL ODS 5 Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

REPENSANDO EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS: LA INTERCONEXIÓN ENTRE EL ODS NÚM. 5 Y LA RESOLUCIÓN 1325 (2000) 457

Magdalena M. Martín Martínez

1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES: PERSPECTIVA ANALÍTICA Y DEFICIENCIAS 457
2. SINERGIAS ENTRE LAS AGENDA MPS Y LA AGENDA 2030 EN LA PREVENCION Y SANCION DE LA VIOLENCIA DE GENERO 463
2.1. La sinergia teleológica. 464
2.2. La sinergia jurídica. 465
2.2.1. El procedimiento de adopción de ambas Agendas 465
2.2.2. Estructura y metodología 466
2.2.3. Implementación 468
2.3. La sinergia de carácter estratégico 469
3. EFECTOS DE LAS SINERGIAS ENTRE LA RESOLUCIÓN 1325 Y LA AGENDA 2030 EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: ¿LA UE COMO MODELO? 471
4. UN APUNTE FINAL 475

EXPERIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: PERSPECTIVA DESDE EL GRUPO DE TRABAJO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS 479

Dorothy Estrada Tanck

1. INTRODUCCIÓN 479
2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS Y LA IGUALDAD DE GÉNERO 481
2.1. Órganos de tratados 481
2.2. Órganos de la Carta o 'Procedimientos Especiales' del Consejo de Derechos Humanos 485
3. EL GRUPO DE TRABAJO Y SU POSTURA SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO 488
3.1. Antecedentes, contenido e interpretación del mandato 488
3.2. Utilización del mandato para la protección contra la violencia 491
4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES 500

¿QUO VADIS, EUROPA?: LA AGENDA EXTERIOR EUROPEA DE GÉNERO EN LA ENCRUCIJADA 501

Itziar Ruiz-Giménez Arrieta

1. INTRODUCCIÓN 501
2. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS 505
3. BREVE SEMBLANZA DE LA AGENDA EUROPEA EXTERIOR DE GÉNERO HASTA EL 2016 508
   3.1. La agenda europea de género en desarrollo hasta el 2016 509
   3.2. La agenda europea de género de construcción de paz antes del 2016 514
4. IMPACTOS DEL GIRO REALISTA-PRAGMÁTICO EN LA AGENDA EXTERIOR EUROPEA DE GÉNERO 517
5. CONCLUSIONES 524

COMBATIENDO LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ODS Nº 5.2 527

Rosario Espinosa Calabuig

1. EL ODS 5.2. Y LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 527
2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CONTEXTO DEL TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES 532
3. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y AUSENCIA DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO QUE PROTEJA TAMBIÉN EL INTERÉS DE LA MADRE SUSTRACTORA 535
4. DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL COMBATE DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES 538
   4.1. Primer desafío respecto a un problema visible y complejo 538
      4.1.1. La garantía de la prueba e informaciones obtenidas 538
      4.1.2. La garantía de las medidas adecuadas de protección del menor tras la orden de retorno y, en su caso, de la madre sustractora 543
   4.2. Segundo desafío respecto a un problema invisible pero arraigado 546

PRESENTACIÓN

Como Presidenta de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, siempre ha sido un motivo de satisfacción presentar un libro, resultado de alguna de las actividades de nuestra Asociación. La presentación de esta obra no solo no es una excepción, sino que en ella confluyen dos circunstancias que incrementan la satisfacción habitual. En primer lugar, las XXIX Jornadas ordinarias de la AEPDIRI se celebraron en este complejo contexto de pandemia, que no termina de acabarse y que ya nos había obligado a posponerlas. Gracias a los enormes esfuerzos del, aunque pequeño en número de profesores, gran equipo, liderado por el Profesor Antoni Pigrau Solé, de la universidad anfitriona, la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, finalmente conseguimos realizarlas en formato presencial los días 15 a 17 de diciembre de 2021. A pesar de las dificultades derivadas de las fechas, muy cercanas al final del trimestre y a las fiestas navideñas; de los casos de Covid que a última hora afectaron a ponentes, comunicantes y asistentes; y de las ausencias por prudencia obligada de otros, los niveles de asistencia fueron elevados y similares a los habituales. En segundo lugar, y esta es una cuestión meramente personal, las XXIX Jornadas coincidieron con el final de mi mandato como Presidenta. Difícilmente podía contar con una actividad que nos represente mejor para despedirme del cargo. Y es que las Jornadas ordinarias son un escaparate de lo que es la Asociación, un conjunto formado por la mayoría de profesores españoles de Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales que se reúne en un foro académico para debatir temas teóricos y de actualidad internacional, de repercusión jurídica, política y social. La AEPDIRI lleva ya más de cuatro décadas funcionando, siempre ha defendido el hecho multidisciplinar como una de sus señas de identidad y las Jornadas ordinarias son un claro exponente de este compromiso.

Las XXIX Jornadas se celebraron bajo el título "La Comunidad Internacional ante el desafío de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El papel de la Unión Europea". Se iniciaron con la segunda edición del Taller de jóvenes investigadores que resultó muy enriquecedor, especialmente para sus protagonistas, los jóvenes investigadores, pero también para los profesores que comentaron sus trabajos y para todos aquellos que asistimos. La apertura de las Jornadas propiamente dichas corrió a cargo de la excelente Conferencia inaugural de la Profesora Concepción Escobar Hernández que, bajo el título "Los internacionalistas frente al desafío de los ODS", planteó sugerentes cuestiones para la reflexión. Un buen inicio para las cuatro sesiones que siguieron, articuladas en torno a los ejes temáticos Planeta, Personas, Prosperidad y Paz y Justicia/Asociación. Las Jornadas también incluyeron una mesa redonda

sobre el ODS 5 y la estrategia europea de género. Ponentes y comunicantes presentaron el resultado de sus investigaciones, cuya calidad científica venía avalada por la rigurosa selección del Comité Científico.

La obra que tienen entre sus manos pone de manifiesto excelente la calidad académica de las Jornadas. Los trabajos que incluyen son una contribución a la reflexión sobre el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible, tan necesaria en estos días en que, muy especialmente, el ODS 16 -Paz, Justicia e instituciones sólidas: promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas- parece más lejano, y a la vez más urgente, que nunca.

En el momento de escribir estas líneas la sociedad internacional vive momentos de convulsión que han relegado la pandemia a un segundo plano. La paz internacional ha sido quebrantada, los principios y normas esenciales de Derecho internacional han sido violados, y un nuevo drama humanitario está ya en curso. La crisis provocada por los ataques rusos contra la soberanía y el territorio ucranianos es de consecuencias imprevisibles. La situación no es alentadora. Los miembros de la AEPDIRI han hecho pública una declaración sobre la agresión rusa en Ucrania, poniendo de manifiesto la ilegalidad internacional de los ataques y reivindicando que "La Sociedad Internacional debe regirse por las reglas seguras y ciertas del Derecho Internacional que los Estados se han dado a sí mismos a fin de asegurar unas relaciones internacionales pacíficas, previsibles, estables y justas".

Para convencer a los agresores de que el restablecimiento de la legalidad internacional, el respeto a la soberanía y la integridad territorial de Ucrania es la única opción para un mundo próspero y pacífico, necesitamos políticas exteriores valientes, decididas, firmes, largoplacistas y coordinadas, de todos los países que apuestan por la paz, la democracia y el estado de derecho. Aunque generen costes, mayor sería el coste de dejar impune esta agresión.

Esperamos que en el momento de la publicación de estas líneas la paz haya sido restaurada y se vuelva a respetar el orden jurídico internacional.

CATERINA GARCIA SEGURA

Catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, 28 de febrero de 2022

INTRODUCCIÓN

La presente obra es el resultado de las XXIX Jornadas Ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), celebradas en la Universitat Rovira i Virgili, en Tarragona, los días 15 a 17 de diciembre de 2021.

Cuando la presidenta de nuestra Asociación me propuso asumir la organización de estas Jornadas, en septiembre de 2019, no podíamos imaginar que a la complejidad propia de su preparación se añadiría la aparición y expansión de la Covid-19, que ha causado más de seiscientos millones de casos confirmados y más de seis millones y medio de personas fallecidas en todo el mundo, probablemente alguna de ellas cercana a cada una y cada uno de nosotros, y que ha afectado, en mayor o menor medida, a nuestra vida cotidiana durante un largo período de tiempo. De hecho, la propia evolución de la pandemia nos aconsejó retrasar las jornadas, inicialmente previstas para el mes de septiembre. E incluso, durante las mismas, alguna de las personas ponentes se vio obligada a intervenir a distancia. Pero, con la colaboración de todas y todos, la Covid-19 no consiguió impedir el éxito de las Jornadas.

En esta edición de nuestras Jornadas elegimos, como tema central, el de la comunidad internacional ante el desafío de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y el papel de la Unión Europea.

La Agenda 2030, como sucediera antes con la agenda 21, pretende ser un catalizador. Un catalizador para que los gobiernos, pero también muchos otros agentes sociales, reflexionen sobre la necesidad de cambios sustanciales en las dinámicas de funcionamiento de nuestras sociedades a todos los niveles. Para que diseñen y pongan en práctica las acciones necesarias para construir un modelo de producción y de satisfacción de las necesidades sociales básicas, que sea compatible con la capacidad de carga del planeta y garantice su sostenibilidad tanto social como ambiental, en beneficio de las generaciones actuales y, especialmente, de las futuras.

En primer lugar, el contenido científico de las Jornadas estaba dirigido a analizar y evaluar la trayectoria, las capacidades y los instrumentos de que dispone la sociedad internacional, la UE y sus Estados miembros para alcanzar los ODS en 2030.

En segundo lugar, el objetivo de las Jornadas era el de estimular la docencia, la investigación y la transferencia de conocimiento a la sociedad en las universidades españolas, y en particular en el ámbito de la AEPDIRI, en la consecución de los ODS. Dada la trascendencia transversal de los ODS es fundamental que la Universidad sea un agente especialmente activo para contribuir a la transición económica y social que se requiere para su consecución.

Como se señala en el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 de España, aprobado en 2018: "La Universidad, dada su naturaleza vinculada a la generación, transferencia y difusión de un conocimiento abierto al servicio de la sociedad, del bienestar y la sostenibilidad, cuenta con las capacidades para realizar una contribución crítica y constructiva al desarrollo sostenible a través de dicho conocimiento." Y, en este contexto, el profesorado de Derecho internacional público, de Relaciones internacionales y de Derecho internacional privado está en una posición privilegiada para hacer una contribución significativa.

Como es bien conocido, los ODS comprenden un gran número de aspectos, y por eso el programa académico se organizó en torno a cuatro sesiones, definidas por los ejes Planeta, Personas, Prosperidad y Paz y Justicia, y una mesa redonda, centrada en el ODS 5 y la lucha contra la violencia de género. Todos ellos encabezados por la ponencia inaugural de la Profesora Concepción Escobar Hernández sobre "Los internacionalistas frente al desafío de los ODS".

Pero, las Jornadas incluyeron otras actividades: un espléndido taller para doctorandas y doctorandos, con la presentación y el debate de doce proyectos de tesis; una exposición de posters de investigación, en la que se presentaron quince de ellos y la Asamblea General de la AEPDIRI, aparte, por supuesto, de algunas actividades sociales celebradas con entusiasmo por las y los participantes.

Quisimos también que, en la medida de lo posible, el desarrollo del congreso fuera coherente con la política la Universitat Rovira i Virgili y con el propio objeto de las Jornadas. Por eso, entre otras medidas, se buscó un equilibrio de género entre ponentes y moderadores, no se usó plástico para botellas o acreditaciones, los certificados de asistencia o participación fueron electrónicos, y los trabajos de impresión imprescindibles se contrataron con una Fundación dedicada a mejorar la calidad de vida de las personas adultas con discapacidad intelectual.

Es tradicional que las Jornadas de la AEPDIRI generen una publicación como la que aquí se presenta. En ella, y con la misma estructura que las propias Jornadas, se recogen todas las ponencias presentadas y doce de las comunicaciones aceptadas para las mismas, convenientemente revisadas. Creo que es una de las aportaciones más sustanciales hechas desde las y los internacionalistas de nuestro país a la tarea de impulsar los ODS y es una muestra de que el objetivo de estimular la investigación en este ámbito ha empezado a cumplirse.

Pero antes de dar paso a quien está leyendo estas páginas a introducirse en el contenido sustantivo de esta obra colectiva, es necesario dejar constancia, en nombre de la Comisión Académica Organizadora, de los agradecimientos

a todas las personas que hicieron posibles, tanto las Jornadas como esta publicación.

En primer lugar, agradecemos a nuestros patrocinadores el apoyo económico brindado a las Jornadas. Dentro de la Universidad, al Departamento de Derecho Público, al Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero, al Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona y a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili. Y también a la Cátedra Jean Monnet de Derecho Ambiental de la Unión Europea, de la Universitat de Barcelona; y a la Cátedra Unesco de Paz, Solidaridad y Diálogo Intercultural de la Universidad Abad Oliva CEU. Y, por supuesto, a la propia AEPDIRI. Y fuera de la Universidad, a la Fundación Carolina, a la Oficina *Europe Direct* de Tarragona y al Ayuntamiento de Tarragona,

Nuestro agradecimiento también, a quienes nos dieron apoyo técnico antes y durante el Congreso, desde la Oficina de Congresos de la Universidad, la Oficina Logística del Campus Catalunya y los departamentos de Derecho. Y al grupo de voluntarios y voluntarias, en su mayoría estudiantes de máster y de doctorado, que nos asistieron en los días de las Jornadas.

Mucho más imprescindible fue la colaboración de todas y a todos los académicos que, de manera entusiasta y desinteresada, aceptaron formar parte del Comité Científico del Congreso o participar en el Taller de doctorandas y doctorandos, a quienes se responsabilizaron de la moderación o actuaron como ponentes de las distintas sesiones y a quienes presentaron sus proyectos de tesis doctoral, sus comunicaciones y sus posters. Y es preciso reconocer asimismo el esfuerzo de redacción y revisión de los trabajos que aquí se publican.

Y debemos también agradecer al resto de las personas asistentes su confianza en la organización y su presencia en las Jornadas, a pesar de las comprensibles dudas sobre la conveniencia de viajar a Tarragona en esos momentos.

Por mi parte deseo agradecer muy sinceramente a las personas que han formado parte de la Comisión Académica Organizadora de las Jornadas, por su dedicación y eficacia: Dra. Susana Borràs Pentinat, Dra. Mar Campins Eritja, Sra. Silvana Canales Gutiérrez, Dra. Maria Pilar Diago Diago, Dra. Maria Font i Mas, Dra. Paula García Andrade, Dra. Caterina García Segura, Dr. Alfonso González Bondia, Dra. Diana Marín Consarnau, y Dr. Alexandre Moreno Urpí.

Para nuestra Universidad y nuestra Facultad es muy importante la presencia regular de congresos y reuniones científicas, y más tras un período tan largo, prácticamente hasta el mes de septiembre de 2021, en que nos tuvimos que convertir, sin serlo, en una universidad a distancia. Por tanto, es obligado agradecer a la AEPDIRI, a su Junta directiva y a su presidenta, la Profesora Caterina García Segura, que nos diera la confianza y todo el apoyo requerido,

de manera constante, para la organización de las XXIX Jornadas en la Universitat Rovira i Virgili.

La posibilidad de recibir a todas y a todos los participantes en nuestra Universidad y en la ciudad de Tarragona, ha sido, a la vez, un privilegio y un enorme placer. Gracias de nuevo a todos y a todas por haber hecho posible esta celebración.

ANTONI PIGRAU SOLÉ

Catedrático de Derecho internacional público de la Universitat Rovira i Virgili
Coordinador de la Comisión Académica Organizadora de las XXIX Jornadas de la AEPDIRI
Tarragona, 6 de marzo de 2022

PLANETA

SOBRE RIESGOS Y AMENAZAS. LA SECURITIZACIÓN DISCURSIVA DE LA ACCIÓN CLIMÁTICA DE LA UE

KARLOS PÉREZ DE ARMIÑO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SECURITIZACIÓN, TEORÍA DE LA ESCUELA DE COPENHAGUE. 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NEXO CLIMA-SEGURIDAD EN LA UE. 3.1. Décadas de 1980 y 1990: inicios del debate sobre el cambio climático y su securitización. 3.2. La década del 2000: desarrollo del discurso securitario, las políticas medioambientales y el papel global de la UE. 3.3. Desde Copenhague (2009) hasta 2014: desecuritización y políticas menos ambiciosas. 3.4. Desde el Acuerdo de París (2015): retorno de la securitización. 4. INCIDENCIA DE LA SECURITIZACIÓN: UNA VALORACIÓN AMBIVALENTE. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Este texto explora el destacado papel que la UE ha jugado y juega en la gestión y promoción global del ODS13, "Acción por el clima". Lo hace desde un ángulo concreto: el de la *securitización* del cambio climático, tomado como principal exponente de la crisis medioambiental. En otras palabras, analizaremos qué incidencia ha tenido en la acción política de la UE sobre medioambiente, tanto interna como global, su construcción de un discurso que representa el cambio climático como un problema de seguridad, como una amenaza existencial para la propia UE y para el planeta. Como marco para este análisis nos basaremos en la teoría de la securitización de la Escuela de Copenhague.

La UE es uno de los actores globales más implicados en la promoción de los ODS y, en particular, de aquellos referidos al medio ambiente. La UE, junto a alguno de sus Estados miembros, ejerce un fuerte liderazgo mundial en el campo de la seguridad medioambiental y ha sido uno de los actores más activos a la hora de trasladar el debate sobre la misma a diferentes instituciones internacionales, como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Su afán de liderazgo mundial en la materia puede explicarse por tres factores. En primer lugar, la preocupación que generan las alertas científicas sobre el impacto que el cambio climático puede tener en Europa. En segundo lugar, la visión que la UE tiene sobre su misión global, como una potencia normativa

[1] Profesor Titular de Relaciones Internacionales, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV/EHU (karlos.perezdearmino@ehu.eus). Investigador Principal del Grupo de Investigación sobre Seguridad Humana, Desarrollo Humano Local y Cooperación Internacional (IT1434-22) del sistema universitario vasco, en cuyo marco se ha realizado este trabajo. Todas las páginas webs mencionadas han sido consultadas el 22 de enero de 2022.

que proyecta en el mundo determinados valores éticos y principios políticos[2]. Así, atribuye a su política exterior un carácter cosmopolita y transformador, orientado a exportar sus propios valores y transformar el mundo a su propia imagen[3]. Y, en tercer lugar, la ausencia en ciertos períodos de un liderazgo mundial de EEUU en el ámbito de la protección del clima, dejando un vacío que la UE ha podido llenar.

La citada securitización del cambio climático se ha plasmado en multitud de documentos y en diversos ámbitos políticos de la UE. Entre ellos destaca el de la denominada diplomacia climática, pero también ha permeado otros como la prevención de conflictos y la construcción de paz, la cooperación para el desarrollo o la acción humanitaria.

Tal discurso sobre el cambio climático ha evolucionado a lo largo del tiempo y ha experimentado diferentes grados de securitización; esto es, del nivel de intensidad y de urgencia con el que se construye como problema de seguridad. Así, unas veces se ha presentado como *riesgo*, con un contenido de carácter difuso, incierto y a largo plazo; y otras como *amenaza*, concepto que con frecuencia tiene un sentido de peligro más concreto e inmediato[4]. Es más, el uso de este discurso no ha seguido una secuencia lineal, sino que ha experimentado varias etapas de flujo y reflujo, en función del contexto europeo e internacional, así como también de la utilidad que tal narrativa pudiera encerrar. En efecto, la securitización, como todo proceso de construcción de discursos, satisface determinadas funciones políticas.

Así pues, este texto tiene como objetivo responder a tres preguntas. Primero, cómo y en qué fases se ha construido y transformado tal discurso de securitización. Segundo, qué incidencia ha tenido la invocación del cambio climático como una amenaza existencial; esto es, qué funciones ha cumplido en las políticas de la UE, por ejemplo, a la hora de dotar al problema de más relieve e impulso político, reforzar la acción exterior de la UE, justificar la adopción de medidas medioambientales costosas, o reforzar los poderes y espacio de actuación de determinados órganos de la UE. Tercero, qué limitaciones y problemas presenta dicha securitización, por ejemplo, para abordar el cambio climático en toda su complejidad con una perspectiva preventiva.

---

2 MANNERS, I., "The Normative Ethics of the European Union", *International Affairs*, vol. 84, 2008, núm. 1, pp. 48-55.

3 BARBÉ, E. y MORILLAS, P., "The EU Global Strategy: the Dynamics of a More Politicized and Politically Integrated Foreign Policy", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 32, 2019, núm. 6, p. 758.

4 DIEZ, T., VON LUCKE, F. y WELLMANN, Z., *The Securitisation of Climate Change. Actors, Processes and Consequences*, Londres, Routledge, 2016, pp. 4, 13-35.

2. LA SECURITIZACIÓN, TEORÍA DE LA ESCUELA DE COPENHAGUE

Según la conocida teoría de la *securitización*, formulada por la Escuela de Copenhague[5], esta consiste en un proceso por el cual un determinado problema (epidemias, migraciones, cambio climático, etc.) es representado por ciertos discursos políticos o sociales como una cuestión de seguridad, como una amenaza a la supervivencia con un carácter excepcional[6]. La securitización no depende en sí de las características amenazantes inherentes al problema, sino que descansa en la creación de un discurso de seguridad por parte de actores en posiciones de poder y en que el mismo sea aceptado por la audiencia al asumir la amenaza como creíble[7]. La securitización puede ser utilizada como un mecanismo para justificar determinadas políticas y para reforzar ciertas relaciones de poder, valores o intereses.

Por ello, buena parte de los estudiosos de la securitización advierten de sus riesgos. Cuando un tema se presenta como una amenaza grave, queda legitimada la adopción de medidas políticas excepcionales y urgentes. Eso significa que se reducen la deliberación, participación y rendición de cuentas democráticas, así como los derechos y libertades civiles. Además, muchas veces la gestión del problema se militariza, facilitando un mayor control por parte de las elites en el poder, y haciendo que sea más reactiva y menos capaz de apreciar las complejidades de aquel. De este modo, abogan por la *desecuritización*[8]; esto es, por que los temas pasen de una gestión de emergencia a una gestión política normal, transparente y participativa, que permita apreciar mejor sus causas y dimensiones.

No obstante, una parte de la academia ha argumentado que la securitización no tiene por qué ser inherentemente conservadora ni servir a la reproducción de las estructuras de poder. Rita Floyd, por ejemplo, sostiene que puede estar justificada y ser potencialmente emancipadora y justa, siempre que se base en una amenaza existencial objetiva, la legitimidad moral del actor securitizador y unas medidas de respuesta apropiadas[9]. Según Catherine Charrett, para evitar una securitización reproductora de la dominación y la

---

5 BUZAN, B., WAEVER, O., y DE WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Londres, Lynne Rienner, 1998.

6 CIUTĂ, F., "Security and the Problem of Context: a Hermeneutical Critique of Securitization Theory", *Review of International Studies*, núm. 35, 2009, pp. 301-326.

7 BALZACQ, T., "The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context", *European Journal of International Relations*, vol. 11, 2005, núm. 2, pp. 171-201.

8 HANSEN, L., "Reconstructing Desecuritisation: the Normative-Political in the Copenhagen School and Directions for how to Apply it", *Review of International Studies,* vol. 38, 2012, núm. 3, pp. 525-546.

9 FLOYD, R., *The Morality of Security. A Theory of Just Securitization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

exclusión es preciso analizarla deconstruyendo las relaciones de poder dominantes e incorporando a los actores excluidos[10].

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NEXO CLIMA-SEGURIDAD EN LA UE

El discurso de la UE en torno al clima como una cuestión de seguridad ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. A continuación, clasificaremos tal evolución en varias fases[11], cada una de las cuales se caracteriza por su contexto, la intensidad del discurso securitario y la actuación política de la UE tanto a nivel interno como global.

3.1. Décadas de 1980 y 1990: inicios del debate sobre el cambio climático y su securitización

Durante la década de 1980, la UE no ejerció un papel relevante a nivel global en cuanto al cambio climático. Fue durante el proceso preparatorio de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992 cuando comenzó a implicarse más en los temas medioambientales a escala mundial. En ella, la UE defendió que la comunidad internacional adoptara medidas firmes contra el cambio climático, incluyendo instrumentos internacionales legalmente vinculantes. Esta postura contribuyó a la adopción del Protocolo de Kyoto de 1997, donde la UE fue el actor que asumió el compromiso más exigente de reducción de sus emisiones de gases de efecto invernadero, GEI (8% entre 2008-2012, con referencia a los niveles de 1990). Sin embargo, en la práctica, las políticas internas de la UE en la materia (como las de eficiencia energética o energías renovables) siguieron siendo débiles e ineficaces. Esto puso en cuestión el liderazgo que, ya desde los años 90, quería ejercer en la política internacional del clima, así como su demanda a la comunidad internacional de medidas más firmes. Así pues, este período se caracterizó por un "liderazgo retórico" de la UE[12].

---

10 CHARRETT, C., "A Critical application of Securitization Theory: Overcoming the Normative Dilemma of Writing Security", *ICIP Working Paper,* núm. 7, Barcelona, ICIP, 2009.

11 En la literatura existen diferentes clasificaciones temporales, en buena medida no coincidentes. Aquí nos hemos basado principalmente en la de: DIEZ, T., "Tales of Security and Justice: The EU in the Global Climate Regime", Comunicación en la ISA Annual Convention, 7 de abril de 2021. Reproducida, con adaptaciones, como el capítulo 4, "Securitization and Climate Justice", en VON LUCKE, F., DIEZ, T., AAMODT, S. y AHRENS, B., *The EU and Global Climate Justice: Normative Power Caught in Normative Battles,* Londres, Routledge, 2021, pp. 55-73.

12 OBERTHÜR, S. y KELLY, C. R., "EU Leadership in International Climate Policy: Achievements and Challenges", *The International Spectator*, vol. 43, 2008, núm. 3, pp. 35–50.

Durante las décadas de 1980 y de 1990, el discurso sobre el cambio climático lo dominaba el Consejo, lo que refleja que eran los Estados quienes tomaban las decisiones: la Comisión seguía los dictados del Consejo y tenía poca influencia[13]. Por otro lado, la UE consideraba el cambio climático como un tema meramente medioambiental, que sólo en pocas ocasiones aparecía vinculado a la seguridad. Aun así, ya en esta etapa algunos documentos comenzaron a securitizar el cambio climático como problema que podría tener efectos catastróficos para toda la humanidad, llamando a la adopción de medidas urgentes.

Así, en 1988, un documento de la Comisión aludió al cambio climático como un problema urgente, con riesgos alarmantes que podrían causar potenciales consecuencias perturbadoras[14]. Se trata de un paso hacia la securitización. Sin embargo, lo adopta con un lenguaje moderado, pues habla de las *potenciales* consecuencias del problema y se refiere a este con el término *riesgo,* más que con el de *amenaza*, teniendo el primero un carácter más difuso y menos inmediato que el segundo. El documento deja ver, además, la incertidumbre y ambigüedad que caracterizaron los primeros posicionamientos de la UE sobre el cambio climático y las medidas a adoptar. En efecto, la Comisión señalaba que las consecuencias socioeconómicas y otros impactos del cambio climático "no pueden evaluarse en detalle de forma fiable en la actualidad", así como que las medidas contra tal problema exigen "una cuidadosa evaluación de su viabilidad económica"[15]. Este enfoque de cierto equilibrio, presente en otros documentos posteriores de la Comisión, fue con frecuencia criticado como demasiado tímido e insuficiente por el Parlamento, e incluso a veces por el Consejo Europeo[16].

Poco después, en junio de 1990, la Declaración sobre el Imperativo Medioambiental del Consejo Europeo de Dublín usó un lenguaje más drástico, al afirmar que el medioambiente natural que sustenta la vida en el planeta está "gravemente en riesgo" y la atmósfera "seriamente amenazada", con lo que "la continuidad de la vida ya no podría estar asegurada si las tendencias recientes no se modificaran"[17]. Así, se articuló un discurso en términos de "amenaza existencial" a la vida, en el que el objeto referente no era solo la población mundial, sino el hábitat del planeta Tierra en su conjunto[18].

---

13 DUPONT, C., "The EU's Collective Securitisation of Climate Change", *West European Politics*, vol. 42, 2019, núm. 2, p. 375.

14 EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council. "The Greenhouse Effect and the Community"*. COM(88) 656 final. Bruselas, 16 de noviembre de 1988, #8.2, 8.3.

15 Ibidem, p. 7.

16 DIEZ, T., op. cit., p. 8.

17 EUROPEAN COUNCIL, *European Council of Dublin, 25 and 26 of June 1990. Annex II. Declaration by the European Council on the Environmental Imperative,* EC núm. 6, 1990. Bruselas, p. 17.

18 DIEZ, T., op. cit., p. 6.

A lo largo de esa década, sucesivos documentos continuaron alertando de la gravedad del cambio climático como problema mundial. Así, una comunicación de la Comisión de 1991 señalaba el efecto invernadero como un problema de naturaleza global, si bien argumentaba que las medidas para controlar las emisiones de CO2 debían implicar los menores costes económicos posibles[19]. Por su parte, el Parlamento Europeo, en una resolución de 1998 sobre la COP3 de Kyoto del año anterior, alertaba de los efectos desastrosos que el calentamiento global estaba ya ocasionando en todo el mundo, como un "anticipo de los efectos probables del calentamiento global", que suponía "una pesada carga social y económica[20].

Este reiterado énfasis en torno a una amenaza cada vez más existencial para la UE y para todo el mundo vino acompañado de una constante exigencia por parte de la UE de una acción global urgente y de propuestas vinculantes. Así, el Consejo Europeo de 1990 instó a todos los países a que adoptaran lo antes posible medidas de eficiencia energética y de reducción de las emisiones de GEI[21], exhortación reiterada posteriormente en otros documentos.

3.2. La década del 2000: desarrollo del discurso securitario, las políticas medioambientales y el papel global de la UE

La década del 2000 se caracterizó por tres factores: un mayor desarrollo del discurso de securitización del cambio climático en la UE, y, en buena medida como consecuencia de ello, una creciente implementación de políticas medioambientales internas más ambiciosas y un auge de su papel activo en el ámbito global.

En primer lugar, en esta fase cabe observar un mayor desarrollo de la securitización discursiva del cambio climático. Desde el año 2001 este se representa cada vez más no como un *riesgo* (de carácter difuso) sino como una *amenaza* grave a la seguridad, potencialmente desastrosa para el desarrollo sostenible y la propia existencia de la humanidad, incluidas las generaciones futuras. En efecto, ese año el Consejo Europeo describió el cambio climático como "una amenaza global al bienestar futuro y al progreso económico"[22]. Por su parte, otro documento del Consejo de la UE lo calificó como "una gran amenaza al desarrollo sostenible de todos los países", concluyendo que la "acción para

---

19 EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council. A Community Strategy to Limit Carbon Dioxide Emissions and to Improve Energy Efficiency,* SEC(91) 1744 final, 1991, Bruselas, p. 13.

20 EUROPEAN PARLIAMENT, *Resolution on Climate Change in the Run-up to Buenos Aires*, noviembre 1998, C 313, Bruselas: #G.

21 EUROPEAN COUNCIL of Dublin, 1990, op. cit., p. 19.

22 EUROPEAN COUNCIL, *Conclusions: European Council Declaration on Climate Change*, marzo de 2001.

combatir esta importante amenaza a nuestro bienestar y al de las generaciones futuras" era esencial[23]. Esta perspectiva continuó en otros documentos durante los años siguientes, que enmarcaban el cambio climático como una amenaza a la seguridad, bien fuera a la seguridad europea y mundial, bien a la seguridad humana de las personas. En consecuencia, todos ellos consideraban esencial una respuesta global, así como sostenida en el tiempo, para afrontar tal amenaza a largo plazo.

En este sentido, en su Estrategia Europea de Seguridad, de 2003, la EU identificó el calentamiento global como un factor que en las próximas décadas agravará la competencia por los recursos, sobre todo el agua, y que "probablemente creará más turbulencias y movimientos migratorios en varias regiones" [24]. Aunque lo hace solo con una breve mención, este documento es el primero del más alto nivel de la UE que enmarca el cambio climático como un problema de seguridad.

En 2005, un documento de la Comisión alertaba de las consecuencias potencialmente desastrosas del cambio climático para las sociedades humanas y el planeta, por ejemplo: la desaparición de especies y hábitats, la reducción de la producción de alimentos, la expansión de enfermedades infecciosas, la escasez de agua, las sequías e incendios, y las tormentas e inundaciones. Todos estos impactos podrían desencadenar, además, diversos "efectos secundarios", como los conflictos regionales, la pobreza, la hambruna y las migraciones[25].

Ahora bien, más allá de las alusiones mencionadas, la articulación del discurso sobre la seguridad climática de la UE ganó impulso sobre todo a partir de 2007, a raíz del Cuarto Informe de Evaluación del IPCC y del primer debate sobre el cambio climático en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Así, en la conformación de tal discurso fue crucial el informe sobre *Cambio Climático y Seguridad Internacional,* presentado al Consejo Europeo en 2008 conjuntamente por la Comisión y por Javier Solana, Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común y Secretario General del Consejo de la UE. El documento reiteró y amplió la idea del cambio climático como un desafío (*challenge*) a la seguridad, siendo el primer informe relevante de la UE específico sobre el tema. El texto describió el cambio climático como un "multiplicador de amenazas" (*threat multiplier*) que exacerba las tendencias,

---

23 COUNCIL OF THE UE, *Community Strategy on Climate Change: Council Conclusions, 9116/01*, junio de 2001.

24 EUROPEAN COUNCIL, *Security Strategy. A Secure Europe in a Better World*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003, p. 5.

25 EUROPEAN COMMISSION, *Winning the Battle Against Global Climate Change,* COM(2005) 35 final, Bruselas, 2005, p. 5.

tensiones e inestabilidad existentes[26], poniendo el acento sobre todo en la escasez de agua y en los impactos en países frágiles y de fuera de la UE.

El término "multiplicador de amenazas" ha formado parte del discurso de la UE hasta la actualidad[27]. Se refiere a que la degradación del medio ambiente exacerba la competencia por los recursos y los conflictos, especialmente en contextos de pobreza, dando lugar a migraciones, crisis humanitarias y sanitarias, y otras consecuencias políticas y de seguridad, como disputas por las rutas marítimas y por recursos antes inaccesibles[28].

Por su parte, cabe añadir que el Consejo Europeo ha aludido reiteradamente, en las conclusiones de muchas de sus reuniones (en 2005, 2007, etc.), a las implicaciones del cambio climático para la seguridad. Hay que destacar que en la realizada inmediatamente antes de la COP15 de Copenhague de 2009, ubicó el cambio climático en lo más alto de su agenda, habida cuenta de que se está produciendo más rápido de lo previsto y de que sus riesgos ya son visibles: derretimiento de los hielos, subida del nivel del mar, incremento de las inundaciones y sequías, etc.[29]

Por otro lado, aunque habitualmente el objeto referente seguía siendo el planeta, se hizo cada vez más frecuente aludir a que el cambio climático afectaba a la seguridad colectiva de la UE, presumiblemente para reforzar la sensación de urgencia en la ciudadanía europea. Así, la Comisión aludía en 2005 a los impactos que ya estaba ocasionando en Europa: ola de calor en el verano de 2003, incendios forestales, reducción de la producción agrícola, etc.[30].

Como hemos señalado antes, un segundo rasgo de este período fue la creciente implementación por la UE de políticas medioambientales más ambiciosas dentro de sus fronteras. Cabe subrayar que esto vino facilitado por el discurso de la securitización, por cuanto estimuló no solo la conciencia sobre la necesidad de respuestas urgentes, sino también varios procesos políticos e institucionales.

En efecto, tal discurso contribuyó a que los Estados aceptaran, por un lado, convertir el cambio climático en un tema de la alta política, que debía ser tratado al más alto nivel de la UE; y, por otro, que se abordara de una forma colectiva y unificada. Así pues, si el cambio climático había sido hasta entonces un tema gestionado por la Dirección General de Medio Ambiente de la

---

26 COUNCIL OF THE EU AND EUROPEAN COMMISSION, *Climate Change and International Security: Paper from the High Representative and the European Commission to the European Council*, S113/08. Publications Office of the EU, Luxemburgo, 2008, p. 2.

27 REMLING, E. y BARNHOORN, A., *A Reassessment of the European Union's Response to Climate-Related Security Risks*, SIPRI Insights on Peace and Security, núm. 2, SIPRI, Estocolmo, 2021, p. 4.

28 COUNCIL OF THE UE, 2008, op. cit., p. 5.

29 EUROPEAN COUNCIL, *Brussels European Council. 19 and 20 March 2009. Presidency Conclusions.* 7880/09, Bruselas, 2009, p. 1.

30 EUROPEAN COMMISSION, 2005, op. cit., p. 3.

Comisión y por el Consejo de Ministros de Medio Ambiente, durante esa década pasó a ser abordado por la Comisión, el Parlamento, el Consejo de la UE y el Consejo Europeo conjuntamente, lo cual significó que la EU comenzara a actuar en este campo como una unidad colectiva[31].

Esta mayor centralización de las políticas climáticas se plasmó, sobre todo, en una creciente implicación en las mismas del Consejo Europeo, el cual desde mediados de la década del 2000 ha tenido en su agenda el cambio climático como un tema securitizado. Hasta entonces, durante la década de 1990 y comienzos de la de 2000, la evolución de la política climática había venido impulsada por la iniciativa política de la Comisión. En efecto, esa política, como la mayoría, se adoptaba siguiendo lo que entonces se llamaba *procedimiento de codecisión* (denominado tras el Tratado de Lisboa de 2009 como *procedimiento legislativo ordinario*), según el cual la Comisión formula las propuestas legislativas en base a sus competencias sobre medio ambiente o mercado interno y, después, el Parlamento y el Consejo de la UE las enmiendan y aprueban. Sin embargo, este esquema se vio alterado en 2007, durante el proceso que llevó al acuerdo sobre los Objetivos climáticos para 2020, ya que el Consejo Europeo asumió de forma extraordinaria un papel nuevo y más activo en el campo de la política climática, al asumir una mayor implicación en el impulso político y en el debate de los detalles de las medidas políticas a adoptar. Desde entonces, ese papel se ha intensificado, conforme el cambio climático ha ganado relevancia en la agenda política[32].

Un paso decisivo que reforzó la capacidad de la UE para ejercer como actor político en materia climática fue la aprobación a finales de 2009 del Tratado de Lisboa, que estableció el cambio climático como una competencia compartida (Art. 191). En definitiva, el clima pasó a abordarse de forma colectiva y como un problema de alta política. Esto facilitó que, durante la década del 2000, la UE emprendiera políticas medioambientales más ambiciosas a nivel interno, así como también a nivel internacional.

En este sentido, a comienzos de la década, la UE adoptó políticas para la promoción de las energías renovables, la eficiencia energética de los edificios o la creación en 2005 del Régimen *de Comercio de Derechos de Emisión de la UE*. Igualmente, la Comisión inició la preparación de las propuestas políticas para implementar los Objetivos climáticos para 2020 de la EU. Además, en 2007, el Consejo Europeo adoptó el compromiso de reducir las emisiones de GEI un 20% para 2020, en relación a los niveles de 1990[33].

El tercer rasgo que caracterizó esta etapa fue el auge del protagonismo global de la UE, que fue asumiendo un papel de líder en la política climática

---

31 DUPONT, C., 2019, op. cit., p. 385.
32 Ibidem, p. 379.
33 Ibidem, p. 379.

internacional. En consonancia con la articulación del cambio climático como una amenaza cada vez más grave para la humanidad, las instituciones de la UE intensificaron su exigencia de una acción global urgente basada en medidas vinculantes. Así, emprendieron un amplio esfuerzo diplomático para alentar a otros países a que ratificaran el Protocolo de Kioto. Igualmente, sobre todo desde 2007, manifestaron que todos los países, incluyendo especialmente las economías emergentes, debían contribuir a mitigar el cambio climático, independientemente de su nivel de desarrollo[34]. Según afirmó el Consejo Europeo justo antes de la COP15 de Copenhague, "todos los países, incluidos los que actualmente no están obligados por el Protocolo de Kioto, deberían adoptar medidas inmediatas"[35].

Este liderazgo global de la UE en el campo de la política climática, aceptado por otros actores internacionales, fue posible gracias a diversos factores.

a) Uno de ellos fue la evolución política e institucional interna llevada a cabo por la UE, que incrementó paulatinamente su capacidad para operar como un actor internacional en la materia, para hablar con una única voz. A ello contribuyeron dos circunstancias principales. Por un lado, el papel protagonista asumido en la materia por el Consejo Europeo. Así, por ejemplo, sus conclusiones adoptadas con anterioridad a las negociaciones internacionales sobre el clima han proporcionado un mensaje "unificado, único y crecientemente securitizado" de las propuestas y del papel de la UE en la gobernanza internacional del clima, y han demostrado su voluntad de actuar y de liderar[36] Por otro lado, la aprobación en 2009 del Tratado de Lisboa, que estableció diferentes reformas institucionales para mejorar la coherencia de la política exterior de la UE y reforzó la capacidad de esta para ejercer como actor político en materia climática[37].
b) Un segundo factor fue el fuerte desarrollo de sus políticas medioambientales internas, que otorgó legitimidad al incremento de su influencia y propuestas internacionales en este campo. Tales políticas le permitieron pasar del "liderazgo retórico" de la década precedente a un "liderazgo por ejemplo" a mediados de la década del 2000[38].
c) El tercer factor fue el anuncio del presidente Bush en 2001 de que los EEUU no ratificarían el Protocolo de Kyoto. Esta circunstancia le puso

---

34 DIEZ, T., 2021, p. 9.
35 EUROPEAN COUNCIL, *Brussels European Council, 19 and 20 March 2009. Presidency Conclusions.* 7880/09. Bruselas, 2009, #6.
36 DUPONT, C., 2019, op. cit., p. 374.
37 SONNSJÖ, H. y BREMBERG, N., *Climate Change in an EU Security Context. The Role of the European External Action Service*, Stockholms Universitet, Estocolmo, 2016, p. 6.
38 DUPONT, C., 2019, op. cit., p. 378.

a la UE ante la disyuntiva de abandonar el acuerdo o de abogar por su entrada en vigor. Al tomar la segunda opción, asumió un papel de liderazgo que EEUU dejó vacío[39].

3.3. Desde Copenhague (2009) hasta 2014: desecuritización y políticas menos ambiciosas

Tras la Conferencia del Cambio Climático de Copenhague de 2009 se abrió una nueva etapa hasta mediados de la década siguiente. Durante la misma, perduraron tres rasgos del período anterior. En primer lugar, la política climática siguió abordándose como un tema de alta política, incluso a pesar de que la agenda de la UE tuvo que afrontar otros temas apremiantes y crisis. En segundo lugar, el Consejo Europeo continuó jugando un papel de carácter extraordinario, con el establecimiento de algunas metas de amplio alcance y la centralización de políticas. Así, por ejemplo, en octubre de 2014, en el documento *Conclusions on the future climate and energy framework to 2030,* estableció algunas metas que eran particularmente detalladas, esbozando incluso instrumentos políticos y financieros, lo cual iba bastante más allá de su papel como órgano que proporciona "dirección política" a la UE[40]. Y, en tercer lugar, continuó dándose importancia a la diplomacia climática de la UE, esto es, a su política exterior y multilateral orientada al diálogo y las iniciativas para responder al cambio climático.

Pero, al margen de esos elementos de continuidad, esta nueva fase conllevó algunos cambios en el discurso y las políticas de la UE.

El primer cambio fue un proceso de desecuritización del debate climático en la UE. Se dio una práctica ausencia de invocaciones al cambio climático como amenaza, peligro o incluso riesgo en las conclusiones del Consejo Europeo, cuando hasta 2009 habían sido abundantes[41]. El cambio climático se presenta más como un "reto" que como una amenaza, que hay que abordar "de forma equilibrada"[42]. Este cambio en el discurso pudo deberse a que, en buena medida, ya se había logrado el impacto inicialmente buscado con la securitización: transmitir un sentimiento de urgencia y posicionar en la agenda política internacional el cambio climático y la reducción de GEI[43]. Otra

---

39 Ibidem, p. 377.

40 Ibidem, p. 379.

41 DIEZ, T., 2021, op. cit., p. 8.

42 EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION (2013) *Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on a Mechanism for Monitoring and Reporting Greenhouse Gas Emissions and for Reporting other Information at National and Union Level Relevant to Climate Change and Repealing Decision, No 280/2004/EC*, Bruselas, 2013: Rec 4.

43 DIEZ, T., 2021, op. cit., p. 10.

razón fue el fracaso de la Cumbre de Copenhague, en la que no se alcanzó ningún acuerdo sustancial, lo que pudo generar una cierta "fatiga climática", así como un reconocimiento por parte de la UE de que no podía imponer sus puntos de vista a otros actores internacionales y de que era mejor centrarse en medidas técnicas para implementar lo acordado[44]. Además, la desecuritización del cambio climático también pudo deberse a que este fue en parte reemplazado por discursos sobre otras amenazas (crisis económica de 2007, conflictos en Ucrania y Siria, crisis migratoria, Brexit, etc.)[45].

Un segundo cambio de esta etapa, ligado al anterior, es que la cuestión del cambio climático perdió cierto relieve, para ubicarse principalmente en el contexto más amplio del *Marco de la Política Climática y Energética para 2030*. En este período escalaron en protagonismo los temas financieros y de seguridad energética, debido a un contexto marcado por la crisis económica iniciada en 2007 y el aumento de la tensión con Rusia, que ponía en riesgo el suministro de energía. Así pues, de forma creciente se asumió el criterio de que la seguridad climática estaba interrelacionada con la seguridad energética, y de que no debía afectar a la estabilidad económica y financiera[46].

En tercer lugar, en esta línea, la protección del clima dejó de verse como una medida de emergencia para afrontar una amenaza existencial, para interpretarse como una opción racional que reportaba rendimientos económicos y energéticos. Así, varios documentos, como el *Roadmap for Moving to a Competitive Low Carbon Economy in 2050* de la Comisión, observan que la transición a una economía más descarbonizada es una oportunidad para el crecimiento sostenible, la innovación tecnológica, la seguridad energética, la generación de empleo y el aumento de competitividad de la UE[47].

Un cuarto cambio consistió, por todo lo anterior, en que las políticas y medidas climáticas acordadas en la UE perdieron ambición. Es el caso del objetivo acordado en 2014 para reducir la emisión de GEI en al menos el 40% para 2030, sobre la base de 1990. Al mismo tiempo, la puesta en práctica de tales medidas por los Estados pasó a ser más flexible, por lo cual se ha hablado de una "brecha en la implementación". Esta pérdida de ambición vino alentada por el citado fracaso de la COP15 de Copenhague, así como también por el aumento de las divisiones y las reticencias entre los países miembros[48].

En coherencia con esa pérdida de ambición política, el enfoque de la UE se volvió más tecnocrático. En diferentes documentos del Consejo de la UE,

---

44 Ibidem, p. 10.
45 HANSEN, L., 2012, op. cit., p. 541.
46 DIEZ, T., 2021, op. cit., p. 10.
47 EUROPEAN COMMISSION, *A Roadmap for Moving to a Competitive Low Carbon Economy in 2050*. COM(2011) 112 final, 2011, Bruselas.
48 DUPONT, C., 2019, op. cit., pp. 381-2.

en lugar del discurso de securitización, ganaron peso cuestiones más bien de gestión, en la mejora de la coherencia, la coordinación y la eficiencia de la respuesta al cambio climático. Quizá por ello, la UE adoptó una postura más flexible ante otros actores internacionales, con mayor apertura a otros enfoques sobre el tema, lo que fue útil para articular el Acuerdo de París[49].

Por último, en este período se prestó mayor énfasis a Europa como objeto de referencia, alertando del impacto sobre ella del cambio climático. Dentro de la UE, algunos documentos mencionan que hay que prestar particular atención a determinadas regiones (cuenca mediterránea, zonas costeras, zonas de montaña, regiones ultraperiféricas, Ártico, etc.) y a los sectores sociales más desfavorecidos (debido a bajos ingresos, mala salud, vivienda inadecuada, falta de movilidad, etc.), por cuanto son más vulnerables ante el cambio climático[50].

3.4. Desde el Acuerdo de París (2015): retorno de la securitización

A mediados de la década pasada la UE recuperó el discurso de la securitización del cambio climático. La Comisión, en particular, recurrió a él ya desde 2014, en el período preparatorio de la Cumbre de París (2015), probablemente para alentar la firma del acuerdo. La recuperación de tal discurso se consolidó con las conclusiones del Consejo de Asuntos Exteriores posterior a la Cumbre, que afirmaron la necesidad de que "la amenaza estratégica y multifacética planteada por el cambio climático" fuera abordada por la UE, al tiempo que enfatizaron los impactos directos e indirectos del cambio climático en la seguridad internacional, sobre todo en relación a las migraciones, la seguridad alimentaria y el acceso fiable a recursos como el agua y la energía[51].

La revitalización de este discurso fue estimulada por el mandato de Federica Mogherini, Alta Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad de la UE entre 2014 y 2015. En junio de 2018 organizó en Bruselas la conferencia *Climate, Peace and Security: The Time for Action*, con asistencia de ministros de numerosos países, a fin de "poner de relieve las amenazas actuales y nuevas que plantea el cambio climático, examinar los progresos realizados en la creación de vínculos políticos y operativos esenciales entre el clima y la seguridad, y estudiar las opciones para impulsar la acción"[52]. Según declaró Mogherini, la "paz sostenible, la seguridad sostenible" exigen una acción

---

49 DIEZ, T., 2021, op. cit., pp. 10-11.

50 EUROPEAN COMMISSION, *An EU Strategy on Adaptation to Climate Change*. COM(2013) 216 final, Bruselas, 2013, pp. 1-2.

51 COUNCIL OF THE EU, *European climate diplomacy after COP21: Council Conclusions*, 6061/16, 2016.

52 EEAS, *Climate, Peace and Security: The Time for Action*, 20 de junio de 2018, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/45844/climate-peace-and-security-time-action_en

global para hacer frente al cambio climático, un fenómeno tan peligroso para la seguridad mundial como las armas de destrucción masiva[53].

La idea del cambio climático como un asunto de seguridad se vio afianzada por la Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE[54] adoptada en 2016, la cual presta gran atención a los riesgos del cambio climático y su relación con los conflictos armados[55]. Desde entonces, el tema ha mantenido su relevancia en la agenda política europea, y diferentes pronunciamientos de la Comisión, del Consejo de la UE y del Consejo Europeo han reiterado la perspectiva securitaria del cambio climático.

El Consejo Europeo, en particular, ha retomado el discurso de securitización a partir de 2018, con un lenguaje incluso más radical que el del pasado. A ello ha contribuido la constatación de que los compromisos de cada país adoptados en el Acuerdo de París resultan insuficientes para cumplir el objetivo de limitar el calentamiento global a dos grados; así como también el eco mediático de las manifestaciones de jóvenes con la iniciativa Fridays for Future[56]. En la COP25 celebrada en Madrid en diciembre de 2019, el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, aludió a una "emergencia climática" con "tendencias alarmantes", y al hecho de estar "inconscientemente "en guerra" con la naturaleza". Por ello, exhortó a "cambiar drásticamente nuestra forma de hacer las cosas y revolucionar nuestro enfoque"[57]. Este lenguaje con fuerte carga securitaria se reiteró en las conclusiones del Consejo Europeo en 2019 y 2020, con afirmaciones como que la "amenaza existencial que supone el cambio climático requiere una mayor ambición y una mayor acción climática por parte de la UE y a nivel mundial"[58]

Del mismo modo, el Consejo de la UE sostenía en 2018 que era "una cuestión de extrema urgencia reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos para erradicar la pobreza"[59]. En las conclusiones del Consejo de Asuntos Exteriores sobre

---

53 MOGHERINI, F., *Speech by High Representative/Vice-President Federica Mogherini at the high-level event "Climate, peace and security: the time for action"*, EEAS Press Team, 22 de junio de 2018, https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/47168/mogherini-high-level-event-climate-peace-and-security-time-action_en

54 UNIÓN EUROPEA, *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea. Bruselas: Servicio Europeo de Acción Exterior* (SEAE), 2016.

55 PÉREZ DE LAS HERAS, B., "Climate Security in the European Union's Foreign Policy: Addressing the Responsibility to Prepare for Conflict Prevention", *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 28, 2020, núm 3, p. 336.

56 DIEZ, T., 2021, op. cit., p. 11.

57 EUROPEAN COUNCIL, *Speech by President Charles Michel at the UN Climate Conference COP25*, 2019.

58 EUROPEAN COUNCIL, *Conclusions. 17 and 18 October 2019*. EUCO 23/19, 2019, #4.

59 COUNCIL OF THE EU, *Council Conclusions. Preparations for the UNFCCC Meetings in Katowice (2–14 December 2018)*, 12901/18, Bruselas, 2018, #1-#3.

Diplomacia Climática de febrero de 2019 afirmaba que "El cambio climático es una amenaza directa y existencial, que no perdonará a ningún país. […] actúa como un multiplicador de amenazas y cada vez más como una amenaza en sí misma, con graves implicaciones para la paz y la seguridad en todo el mundo"[60].

El discurso de securitización es palpable también en uno de los hitos fundamentales de la UE los últimos años, el *Pacto Verde Europeo* de 2019. Este afirma que "los retos mundiales en materia de clima y medio ambiente constituyen un importante multiplicador de las amenazas y una fuente de inestabilidad. La transición ecológica reconfigurará las relaciones geopolíticas, incluidos los intereses económicos, comerciales y de seguridad a escala mundial". Así, la UE promoverá la resiliencia medioambiental para "evitar que esas tensiones desencadenen conflictos, inseguridad alimentaria, desplazamientos de la población y migraciones forzosas, y apoyar una transición justa a escala mundial". El documento añade que la política climática debe convertirse en parte de la acción exterior de la UE, incluida la política común de seguridad y defensa[61].

El Pacto constituye la estrategia actual de la UE de respuesta a los desafíos del cambio climático y refleja su aspiración de liderar a nivel mundial la transición ecológica. En concreto, el documento establece el objetivo de ser el primer actor global en alcanzar la neutralidad climática para 2050, mediante la implementación de importantes medidas en campos como la reducción de emisiones, las energías renovables y la eficiencia energética. Una de las plasmaciones del Pacto ha sido la aprobación en 2020 de la *Ley Europea del Clima*, que establece como legalmente vinculante dicho objetivo de neutralidad climática para 2050, al tiempo que eleva el objetivo de reducción de emisiones de GEI para el 2030 desde el 40%, fijado en 2014, hasta el 55%[62].

Otro documento importante es la *Hoja de ruta sobre cambio climático y defensa,* adoptado en 2020 por el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE)[63] con la pretensión de incrementar las capacidades de la comunidad de seguridad y defensa en materia de anticipación, preparación y prevención ante los desafíos a la seguridad derivados del cambio climático. El documento constituye un hito en la evolución de la relación entre clima y seguridad, pues es el primero que establece el compromiso de una amplia gama de actividades y

---

60 COUNCIL OF THE UE, *Climate Diplomacy. Council Conclusions*, 6153/19, Bruselas, 2019, #1, #6, #7.

61 COMISIÓN EUROPEA, *El Pacto Verde Europeo*, COM (2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019, p. 25.

62 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento UE 2018/1999 ("Ley del Clima Europea")*, COM (2020) 80 final, 4 de marzo de 2020.

63 EEAS, Security y Defence Policy Directorate, *Climate Change and Defence Roadmap*, EEAS(2020) 1251, Bruselas, 6 de noviembre de 2020.

políticas relativas a tal relación, con objetivos de corto y largo plazo, y con una evaluación periódica. Algunos sectores consideran que el documento puede contribuir a una mayor implicación de los actores de defensa en la política de seguridad climática, mientras que otros entienden que la prioridad, por el contrario, debería ser apostar por medidas preventivas[64].

Dos últimos documentos reseñables, que también conectan el clima y la seguridad, son el *Concept on EU Peace Mediation*[65], publicado por la SEAE, y las *Council Conclusions on EU Peace Mediation*[66], ambos de diciembre de 2020. Abogan por tomar más en cuenta el cambio climático y otros factores medioambientales en el análisis de los conflictos, así como en los esfuerzos de mediación y construcción de la paz.

En suma, durante esta última etapa, la UE ha mantenido su voluntad de "liderar la lucha contra el cambio climático"[67]. Esto se ha traducido, por ejemplo, en su intensa actividad diplomática para instar a otros países a adoptar el Acuerdo de París de 2015, o en trasladar el debate sobre el tema en 2017 a la Asamblea General de las Naciones Unidas. La UE ha seguido jugando ese papel activo a pesar del obstáculo que supuso el anuncio del presidente Trump, en junio de 2017, de que los EEUU se retirarían del Acuerdo de París.

Durante esta fase, el cambio climático ha seguido siendo visto como una amenaza global. Sin embargo, continuando una tendencia iniciada en el período anterior, el objeto referente se ha centrado principalmente en la propia Europa. Se alerta, por ejemplo, de que el cambio climático aumenta los riesgos de inestabilidad en todas sus formas y tendrá graves consecuencias para la productividad de la economía europea, sus infraestructuras, producción de alimentos, salud pública, biodiversidad y estabilidad política[68].

Ahora bien, después de la Cumbre de París se constata un aumento de las alusiones en concreto a las poblaciones y regiones geográficas más vulnerables. Así, el Consejo de la UE, en su documento de 2019 sobre la diplomacia climática, hizo hincapié en la necesidad de ayudar a "los más pobres y a los que se encuentran en situaciones más frágiles y vulnerables", que son "los más expuestos y los menos capaces de responder o adaptarse al cambio climático"[69]. Por tanto, según dice Thomas Diez, el discurso de la securitización ha tenido un cambio de enfoque, en la medida en que hace invocaciones explícitas de

---

64 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 7.

65 EEAS, *Concept on EU Peace Mediation*, EEAS(2020) 1336, 2 de diciembre de 2020.

66 COUNCIL OF THE UE, *Council Conclussions on EU Peace Mediation*, 13573/20, Bruselas, 7 de diciembre de 2020.

67 EUROPEAN COUNCIL, Conclusions, EUCO19/17, Bruselas, 14 de diciembre de 2017, p. 4.

68 EUROPEAN COMMISSION, *A Clean Planet for All. A European Strategic Long-Term Vision for a Prosperous, Modern, Competitive and Climate Neutral Economym,* COM(2018) 773 final. Bruselas, 2018, p. 1.

69 COUNCIL OF THE UE, 2019, op. cit., p. 3.

justicia, tanto para la política global como para la interna de la UE[70]. En esta línea, el Consejo Europeo afirmó en 2019 que tales políticas debían garantizar una transición a una economía baja en carbono que sea no solo rentable, sino también "justa y socialmente equilibrada y equitativa", teniendo en cuenta las diferentes circunstancias de cada país[71].

Por otro lado, los documentos de la UE reducen sus menciones a las generaciones futuras, a pesar de que el debate público de la época estaba muy influido por el eco mediático de Greta Thunberg y el movimiento Fridays for Future[72].

4. INCIDENCIA DE LA SECURITIZACIÓN: UNA VALORACIÓN AMBIVALENTE

Como hemos visto, la construcción por la UE de una narrativa que presenta el cambio climático como una amenaza a la seguridad ha cumplido varias funciones para dos tipos de audiencias.

Por un lado, se ha orientado a una audiencia interna, constituida por los países y sociedades de la propia UE. Ante ellos, la invocación de tal amenaza ha satisfecho varios objetivos.

Primero, ha generado una conciencia sobre la urgencia del problema, con lo que ha justificado y legitimado como necesarias diferentes medidas, en ocasiones costosas.

Segundo, ha conferido una importancia política singular al cambio climático, encumbrándolo como un tema de alta política. La mayor parte de los documentos sobre los riesgos a la seguridad derivados del clima han sido elaborados por el *Servicio Europeo de Acción Exterior* (*SEAE*), la Comisión y el Consejo de la UE, y solo unos pocos por los diferentes servicios de la Comisión. Esto significa que el tema se aborda generalmente por los niveles políticos más altos y en el ámbito de la política exterior, y en menor medida por el nivel operativo de las políticas de las diferentes direcciones generales[73]. Además, la securitización ha dado pie a que el Consejo Europeo haya asumido un protagonismo inusual en la formulación y negociación de políticas específicas, que va más allá de su mandato, establecido en el Tratado de la Unión Europea (art. 15), de proporcionar a la UE el impulso y dirección política para las prioridades generales: ha promovido políticas internas, las ha acordado (lo cual es prerrogativa del Parlamento y del Consejo de la UE), y ha proporcionado

---

70 DIEZ, T., 2021, op. cit., pp. 13-14.
71 EUROPEAN COUNCIL, *Conclusions,* EUCO 29/19, 12 de diciembre de 2019.
72 DIEZ, T., 2021, op. cit., p. 13.
73 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 6.

instrucciones muy detalladas y, generalmente, ambiciosas sobre la orientación de las políticas futuras[74].

Y, tercero, la securitización ha contribuido a convertir las políticas climáticas en una política común y unificada de toda la UE, actuando esta con una única voz tanto en el ámbito interno como internacional.

Por otro lado, el proceso discursivo de la securitización, con su alusión a amenazas existenciales y a la necesidad de respuestas urgentes y globales, se ha orientado también hacia una audiencia externa, la comunidad internacional, en la cual ha incidido en varios planos.

En primer lugar, ha funcionado como un instrumento decisivo que le ha ayudado a la UE a ejercer un notable liderazgo global en la materia, como defensora de los acuerdos mundiales, sustituyendo así en ocasiones a unos EE.UU. autoexcluidos de algunos de ellos.

En segundo lugar, ha servido de argumento y respaldo decisivo para la *diplomacia climática* de la UE en el mundo, la cual representa uno de sus principales ámbitos de actividad en la materia y, en los últimos años, ha prestado particular atención al impacto del cambio climático sobre la seguridad. La diplomacia climática es desempeñada principalmente por el SEAE, la Comisión y el Consejo de Asuntos Exteriores de la UE, y se orienta a reforzar el multilateralismo y la cooperación internacional en la materia. Más concretamente, ha consistido, sobre todo, en promover entre otros países la ratificación del Acuerdo de París de 2015 y en impulsar debates en la materia en foros como el Consejo de Seguridad. A su configuración contribuyó decisivamente el Consejo de la UE sobre Diplomacia Climática de 2011, el cual fijó como objetivo el logro de una economía y sociedad seguras y bajas en carbono, en el marco de la acción multilateral[75]. Desde entonces, numerosos documentos de conclusiones del Consejo Europeo y del Consejo de la UE han incorporado menciones a la diplomacia climática.

En tercer lugar, aunque con menor relieve, ha estimulado la formulación de mecanismos, sobre todo ligados a la cooperación al desarrollo, para prevenir y mitigar los impactos del cambio climático en países frágiles, tales como los conflictos o las crisis humanitarias.

A la luz de estas funciones que ha cumplido y de sus resultados, la securitización del cambio climático por parte de la UE podría considerarse un éxito, como afirma Dupont[76]. No obstante, la construcción de tal discurso tiene que matizarse a la luz de diferentes limitaciones, obstáculos y críticas

---

74 DUPONT, C., 2019, op. cit., pp. 370-1.

75 COUNCIL OF THE UE, *Conclusions on EU Climate Diplomacy*, Foreign Affairs Council, 18 de julio de 2011.

76 DUPONT, C., op. cit., 2019, p. 383.

que los estudios en la materia han puesto de relieve, como desglosaremos a continuación.

a) La UE no dispone de una política específica para afrontar los impactos políticos, sociales y económicos del cambio climático[77], ni de una estrategia comprehensiva para abordarlos a nivel operativo por el conjunto de su política exterior, que defina sus objetivos, políticas, instrumentos, regiones prioritarias, etc.[78]. Al considerar el cambio climático como un "multiplicador de amenazas" de diverso tipo, la UE ha procedido principalmente a incorporar el tema en los diferentes ámbitos ya existentes en su política exterior (cooperación al desarrollo, construcción de la paz, reducción del riesgo de desastres, gestión de recursos naturales, etc.). Así pues, el cambio climático requiere la respuesta de diferentes organismos y comunidades políticas de la UE (asuntos exteriores, prevención de conflictos y defensa, cooperación al desarrollo, etc.), los cuales tienen diferentes enfoques y estrategias para integrar en su trabajo los riesgos de la seguridad climática[79].

b) A esta falta de estrategia específica contribuye el hecho de que ninguna institución europea tiene atribuido el mandato de liderar la gestión de los impactos del cambio climático. Son varios los organismos implicados en diferentes ámbitos: la SEAE es el actor clave en el ámbito diplomático, pero diferentes direcciones generales de la Comisión operan en otros ámbitos. Se constatan dificultades de coordinación entre las diferentes instituciones, cada una con su mandato y espacio, que afectan a la coherencia de las políticas[80]. Así, por ejemplo, las iniciativas para aplicar un *enfoque integrado* y coherente en la prevención de conflictos y gestión de crisis siguen lastradas por la fragmentación e insuficiente coordinación institucional[81].

c) Otro problema, vinculado al anterior, consiste en la falta de claridad conceptual y de un lenguaje compartido sobre la materia entre las diferentes instituciones europeas. Estas utilizan multitud de marcos conceptuales y términos con significados específicos (multiplicador de amenazas, seguridad climática, nexo clima-seguridad, defensa climática, resiliencia climática, etc.). Más aún, ningún documento define explícitamente la seguridad climática, y en muy pocos se alude a los

---

77 PÉREZ DE LAS HERAS, B., op. cit., 2020, p. 341.

78 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 16.

79 SONNSJÖ, H. y BREMBERG, N., 2016, op. cit., pp. iii, v.

80 Ibidem, p. v; REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 5.

81 PÉREZ DE ARMIÑO, K., "Instrumentos políticos y financieros de la UE para la prevención de conflictos. El inacabado camino de la fragmentación hacia la integración", *Araucaria*, vol. 22, 2020, núm 45, pp. 155-183.

mecanismos causales activados por el cambio climático (como la desigualdad, la pobreza, las injusticias o los agravios) que pueden generar inseguridad, inestabilidad política y conflictos[82].

d) La preferencia de unos u otros conceptos refleja el mandato de cada organismo, pero también diferentes enfoques sobre la seguridad. Así, muchos documentos se basan en un concepto tradicional de la seguridad, sea nacional, de la UE o internacional, con frecuentes alusiones a amenazas como el terrorismo o la inmigración ilegal. Es el enfoque habitual del SEAE, centrado en la política exterior y de seguridad, y responsable de la diplomacia climática, cuando prioriza el uso del concepto *seguridad climática*. Otros documentos de diferentes instituciones, sin embargo, se basan en el enfoque de la *seguridad humana*, al enfatizar que el cambio climático incrementa a largo plazo la vulnerabilidad de las personas y sociedades ante la pobreza, la inseguridad alimentaria y las enfermedades. Esta es la visión habitual de las direcciones generales encargadas de la cooperación al desarrollo y de la acción humanitaria, DG INTPA (antes DG DEVCO) y DG ECHO, por lo cual tienden a utilizar otros términos, como los de *fragilidad* y *resiliencia*[83]. En cualquier caso, algunos documentos, por ejemplo del Consejo de la UE, combinan ambas perspectivas[84].

e) La UE presta escasa atención a las medidas de prevención a largo plazo de las causas profundas de la inseguridad ligadas al clima. Esto contrasta con su discurso habitual, por ejemplo, en materia de prevención de conflictos, por lo que se constata una brecha entre el discurso y la práctica. En este sentido, algunas voces señalan que la securitización, con el sentido de urgencia que imprime, tiende a alentar medidas reactivas, para responder a casos específicos, pero no preventivas, ante desafíos a largo plazo. Un ejemplo es que los factores climáticos rara vez han sido tomados en cuenta en la acción política para abordar las crisis migratorias[85]. Así pues, son escasas las estrategias que aborden las causas raíces del impacto climático sobre la seguridad humana, sobre todo en la Política Exterior y de Seguridad Común.

f) La mayor parte de las experiencias con orientación preventiva se encuentran en la cooperación al desarrollo, pero tienen una relevancia relativa. En este sentido, la cooperación ha formulado el objetivo de reforzar la *resiliencia climática* de las poblaciones más vulnerables ante los

---

82 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., pp. 7-9.
83 Ibidem, p. 9.
84 COUNCIL OF THE EU, *Council Conclusions on Climate Diplomacy*, 5033/20, 20 de enero de 2020.
85 SONNSJÖ, H. y BREMBERG, N., 2016, op. cit., pp. 7-8.

riesgos medioambientales[86]. Esta perspectiva integra la seguridad climática en una agenda de desarrollo más amplia, por lo que puede servir de base para un abordaje más holístico de los factores subyacentes de la inestabilidad generada por el cambio climático[87].

g) Otro campo relevante es el de la prevención de conflictos. La UE ha articulado un discurso según el cual constituye una de sus prioridades en política exterior. Dicho discurso ha venido prestando una creciente atención en particular a la prevención de los riesgos que el cambio climático representa para la seguridad y el estallido de conflictos. Varios documentos, además, aluden al vínculo entre cambio climático, desarrollo, y seguridad y conflictos[88]; pero, sin embargo, no han formulado una estrategia coherente sobre la prevención de conflictos ligados al clima[89]. Así pues, lo cierto es que no se ha avanzado mucho en tal ámbito por parte de la Política Exterior y de Seguridad Común.

h) No obstante, sí cabe mencionar, por el contrario, diferentes avances en la materia por parte de la cooperación al desarrollo y de la ayuda humanitaria europeas, con actuaciones en varios campos (desarrollo, adaptación, gestión de recursos naturales, reducción de riesgo de desastres) que persiguen afrontar las causas raíces y los mecanismos generadores de inseguridad relacionada con el clima, promoviendo a largo plazo la estabilidad y la paz[90].

i) La securitización del cambio climático, a pesar de haber cumplido las funcionalidades mencionadas, puede ser contraproducente para un afrontamiento adecuado del problema. Utilizar el concepto de seguridad tiene el riesgo de introducir en el debate sobre el medio ambiente una "racionalidad de suma-cero", esto es, de ganadores *versus* perdedores, diferenciando entre "su" seguridad y la "nuestra", lo cual puede perjudicar a los esfuerzos de cooperación y a la promoción de medidas preventivas[91].

j) Igualmente, representar el cambio climático con el concepto *multiplicador de amenazas*, tomado del vocabulario militar, tiene sus implicaciones,

---

86 COUNCIL OF THE EU, EUROPEAN PARLIAMENT, EUROPEAN COMMISSION (2017), *The New European Consensus on Development. Our World, Our Dignity, Our Future*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2017, p. 6.

87 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 17.

88 Por ejemplo: EUROPEAN COMISION, *A Global Partnership for Poverty Eradication and Sustainable Development after 2015*, COM (2015) 44 final, 2015.

89 SONNSJÖ, H. y BREMBERG, N., 2016, op. cit., p. 12.

90 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., p. 15; SONNSJÖ, H. y BREMBERG, N., 2016, op. cit., pp. v, 11.

91 TROMBETTA, M. J., "Environmental Security and Climate Change: Analysing the Discourse", *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 21, 2008, núm. 4, p. 586.

pues se deriva de un enfoque de seguridad de los Estados ante una amenaza externa que necesita ser neutralizada. De este modo, desconsidera el importante papel de la agencia humana; es decir, que "lo que determina si los impactos físicos del cambio climático llevan o no a un aumento de la inseguridad es la acción, la *re*acción o la *in*acción de las personas", incluidos los gobiernos. Además, olvida cómo tales impactos interactúan con diferentes formas de vulnerabilidad existentes y cómo afectan a la seguridad humana. Por todo ello, esta visión limita la gama de opciones políticas para responder al problema[92].

k) Algunas voces han advertido sobre el riesgo de que la securitización del cambio climático propicie una militarización de la respuesta al mismo. Esto podría ocurrir, por ejemplo, con el uso de Copernicus, el Programa Europeo de Observación de la Tierra, basado en un sistema de observación de satélites y geointeligencia que proporciona información a los actores de seguridad de la UE y sus Estados para responder a los desafíos de seguridad, incluidas las amenazas climáticas, mediante la vigilancia marítima y de fronteras (FRONTEX), la respuesta a crisis, y las operaciones de mantenimiento de la paz. Según cuestiona Delf Rothe, este sistema sirve principalmente a objetivos tradicionales de seguridad y a intereses geopolíticos, más que a amenazas ecológicas[93].

l) Por último, muchos documentos de la UE transmiten que la inseguridad por el cambio climático no surge dentro de la UE, sino fuera de ella, en regiones con escasos recursos, frágiles y violentas: es decir, en el Sur Global. Los impactos que sufren acabarían afectando a la estabilidad internacional y de la UE, por ejemplo, mediante los flujos migratorios irregulares. Además, los documentos tampoco contemplan que las acciones de la UE puedan tener potenciales impactos negativos en otros países[94]. Este sesgo eurocéntrico da lugar a una perspectiva limitada, que desconsidera diferentes dimensiones y fuentes potenciales de riesgo.

---

92 KRAMPE, F. y REMLING, E., *The New EU Peace Mediation Strategy: A Step in the Right Direction on Climate Issues*, Expert Comments, SIPRI, Estocolmo, 15 de diciembre de 2020, https://www.sipri.org/commentary/expert-comment/2020/new-eu-peace-mediation-strategy-step-right-direction-climate-issues

93 ROTHE, D., "Seeing like a Satellite: Remote Sensing and the Ontological Politics of Environmental Security", *Security Dialogue*, vol. 48, 2017, núm. 4, pp. 334-53.

94 REMLING, E. y BARNHOORN, A., 2020, op. cit., pp. 8-9, 13, 17.

5. CONCLUSIONES

La UE ha emergido como uno de los actores internacionales más comprometidos en la lucha contra los desafíos medioambientales y en defensa del ODS13 Acción por el clima.

La relevante actividad que ha desplegado, tanto en su interior como a escala global, guarda estrecha relación con la securitización discursiva que ha realizado del cambio climático. Esta securitización ha presentado diferentes niveles de intensidad, bajo los conceptos de riesgo o de amenaza, así como varias fases y diversos objetos referentes: el planeta, la UE, los Estados o, en algunos casos, las regiones y las personas vulnerables en particular.

El lenguaje de securitización del cambio climático surgió en la década de 1990, describiéndolo como un *riesgo* de ámbito global. Durante la década siguiente, hasta la Cumbre de Copenhague de 2009, pasó a concebirse como una *amenaza* a la seguridad que debía ser afrontada con urgencia. En los años siguientes, la UE redujo su discurso securitario, al no aludir explícitamente a tal emergencia, centrándose en el desarrollo técnico de políticas de reducción de emisiones de GEI, y prestando creciente atención a sus costes económicos y a su vínculo con la seguridad energética. No obstante, desde 2014, al irse constatando que los compromisos internacionales y las políticas adoptadas resultaban insuficientes, la UE intensificó de nuevo su discurso securitario. Esto sirvió, a nivel interno, para impulsar políticas más estrictas y, a nivel externo, para empujar la adopción del Acuerdo de París de 2015.

La securitización del cambio climático por la UE merece una valoración ambivalente. Por un lado, enfatizar la gravedad del problema, en el plano interno, le ha servido para justificar determinadas políticas costosas ante la opinión pública y algunos Estados reticentes, colocar el tema en lo más alto de su agenda política (a lo que ha contribuido el inusual papel asumido por el Consejo Europeo al formular políticas específicas), y construir una política común y unificada al respecto. Y, en el plano internacional, la securitización ha contribuido al liderazgo global de la UE en la materia, al utilizarla como argumento para urgir a la respuesta mundial y la ratificación de acuerdos internacionales; y de forma secundaria, al estimular algunas iniciativas de construcción de resiliencia climática y reducción de la vulnerabilidad por parte de la cooperación al desarrollo.

Sin embargo, la securitización ha conllevado también varios problemas. Por un lado, es perceptible la falta de una estrategia clara en la materia y de marcos conceptuales compartidos por las diferentes instituciones europeas, lo que merma la coherencia de su actuación. Además, habitualmente el problema se ha enmarcado como una amenaza a la seguridad en su concepción estatocéntrica tradicional, fundamentada en la defensa de la seguridad propia en contraposición a la de los demás, así como en medidas reactivas *ad hoc* ante

el estallido de crisis. De esta forma, salvo algunas excepciones promovidas por la cooperación al desarrollo, la securitización no ha contribuido al estímulo de políticas preventivas, a largo plazo, de las raíces del impacto del cambio climático sobre la seguridad humana, a pesar de que este objetivo se haya ido incorporando a la retórica de los documentos y declaraciones de la última década.

En conclusión, si la UE quiere ejercer un papel de liderazgo internacional en el ámbito de la lucha contra el impacto del cambio climático, parece ineludible que afronte algunas tareas, como por ejemplo: construir una estrategia comprehensiva de lucha contra el problema que integre de forma coherente sus diversos instrumentos políticos; profundizar en la clarificación conceptual de la relación entre el cambio climático y la seguridad; enfocar la securitización climática prioritariamente en clave de seguridad humana, poniendo en el centro a las personas y sociedades más vulnerables; y priorizar las políticas preventivas, más que las respuestas reactivas, orientadas a afrontar las causas raíces de la inseguridad generada por el cambio climático.

Para concluir, es oportuno apuntar que los discursos de securitización sobre el cambio climático pueden suscitar varios interrogantes y debates de hondo calado normativo, que afectan a diversas dimensiones de la justicia social, intergeneracional, histórica o global, con posibles implicaciones para los derechos y las obligaciones de diferentes actores. En efecto, al construir tales discursos y las políticas resultantes, se suscitan importantes dilemas con potencial transformador del orden social e internacional, por ejemplo: si priorizar la seguridad de los Estados (o de la UE) o más bien la de las personas vulnerables; si es legítimo anteponer la seguridad y bienestar de las generaciones actuales a costa de las futuras; o si, al implementar costosas medidas para afrontar el cambio climático, Europa y los países desarrollados deberían asumir algún tipo de deuda histórica y global, por haber contribuido durante siglos al origen del problema.

VIDA SUBMARINA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LAURA CARBALLO PIÑEIRO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROTEGER LA VIDA SUBMARINA. 3. RESPETAR LA VIDA SUBMARINA. 4. REMEDIAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LA VIDA SUBMARINA. 5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

Vida Submarina es el gráfico nombre del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) núm. 14, que persigue conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. Este enunciado que parece hacer prevalecer la dimensión medioambiental de la sostenibilidad no oculta, sin embargo, un carácter marcadamente antropocéntrico y, por tanto, dedicado a gestionar los múltiples intereses privados que aquí hay en juego. Como le comentaba el Capitán Nemo al Profesor Aronnax en su visita a la ría de Vigo a bordo del Nautilus allá por febrero de 1868, "¿Sabías acaso, señor profesor, […] que el mar contenía tantas riquezas?"[2]. Desde entonces, el ser humano ha descubierto que son muchas y, de hecho, una de las metas de este ODS consiste en aumentar los conocimientos científicos sobre los mares y océanos[3]. Ahora bien, ha de advertirse que el acento se pone en la vida submarina sin prestar mucha atención a otros recursos no vivos que la tecnología ha hecho asequibles y cuya ordenación se está convirtiendo en una prioridad internacional[4].

El Derecho internacional privado es instrumental en la consecución de las metas 14.1 sobre prevención de la contaminación marina, incluida la producida desde tierra; 14.2 buscando la protección y recuperación de los ecosistemas marinos; 14.4 dedicada a la consecución de una pesca sostenible y en correlación con las metas 14.6 que busca terminar con los subsidios a la pesca y 14.7 que persigue hacer partícipes a los Estados insulares y en vías de desarrollo de la economía azul para lo que la meta 14.b requiere facilitar el acceso

---

1 Catedrática de Derecho internacional privado. Universidade de Vigo.

2 Verne, J., *Veinte mil leguas de viaje submarino* (trad. Guimerá, V.), Madrid, Establecimiento Tipográfico de Tomás Rey Compañía Editores, 1869, p. 103.

3 Véase la formulación completa de la meta 14a que se inserta dentro de la meta 14.7 en relación con la economía azul de los países insulares y en vías de desarrollo.

4 La minería es una actividad muy cuestionada en este contexto de desconocimiento del fondo del mar. Sin embargo, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos ya está concediendo licencias al respecto. Aunque sujetas a evaluaciones de impacto ambiental, cabe volver a repetir que las mismas son imposibles si no se sabe a qué se está afectando.

de los pescadores artesanales a los recursos marinos y los mercados. Además de intereses privados, están en juego intereses colectivos fundamentales como son la protección del medioambiente, de los trabajadores y de las comunidades locales cuya cultura, economía y, en general, modo de vida depende de los mares y océanos. Estos intereses que adquieren una nueva dimensión en los mares y océanos donde las jurisdicciones estatales carecen de soberanía planteando problemas específicos que se asientan en una particular interacción entre el Derecho internacional público y el privado. Así, es significativo que la meta 14.c contenga una referencia específica a la importancia de aplicar el derecho internacional reflejado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), puesto que permite poner en el punto de mira las responsabilidades del Estado de la bandera, del Estado del puerto y, en particular, del Estado costero, también en términos de Derecho privado.

Tal y como ocurre con las administraciones estatales, el control privado de las actuaciones humanas en un contexto de no soberanía estatal es complejo de por sí, creando espacios de desregulación en los que las empresas transnacionales operan con impunidad causando un impacto devastador en los recursos marinos y, por tanto, en el modo de vida de las comunidades costeras. Ello afecta de forma muy particular a los trabajadores del mar como demuestra la relación entre la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR), la sobreexplotación de los recursos marinos y las pobres condiciones laborales en este sector con numerosos casos documentados de esclavitud y trabajo forzoso[5].

Proteger y conservar el ecosistema marino implica defender los derechos de los trabajadores del mar, así como los de las comunidades que viven del mismo. Y a la inversa, tal y como demuestra la conexión con los ODS No. 1, Eliminación de la Pobreza, y No. 8, Crecimiento Sostenible y Trabajo Decente. Otra conexión imprescindible es la existente con el ODS No. 13, Lucha contra el Cambio Climático, habida cuenta de papel esencial que los mares y océanos juegan en este ámbito. Por ejemplo, según estimaciones del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC en sus siglas en inglés), un aumento de las temperaturas de 1.5 grados respecto a niveles preindustriales tendrá como consecuencia la desaparición de la mayoría

---

5 Véanse por ejemplo, ILO, *Caught at Sea: forced labour and trafficking in fisheries*, OIT, Ginebra, 2013; HUMAN RIGHTS WATCH, *From the Tiger to the Crocodile: Abuse of migrant workers in Thailand*, New York, 2010; IOM, *Trafficking of Fishermen in Thailand*, IOM, Tailandia, 2011; Environmental Justice Foundation (EJF), *Pirates and Slaves: How Overfishing in Thailand Fuels Human Trafficking and the Plundering of Our Oceans*, EJF, Londres; EJF, *Slavery at sea: The Continued Plight of Trafficked Migrants in Thailand's Fishing Industry*, Environmental Justice Foundation, Londres, 2014; EJF, *Sold to the Sea – Human Trafcking in Thailand's Fishing Industry,* Environmental Justice Foundation, Londres, 2013.

de las barreras de corales del mundo que, además, dan sustento y trabajo a millones de personas[6].

Además de los mecanismos tradicionales de responsabilidad civil, otras formas de tutela son necesarias para prevenir, reparar y compensar los daños que los ecosistemas marinos sufren. En esta dirección se trabaja desde la Declaración de Río de 1992, revisitada en 2012, Río +20. La primera de ellas pone sobre la mesa el hecho de que el desarrollo sostenible exige garantizar al público el acceso a los procesos de toma de decisiones y a la justicia[7], esto es, abre la puerta precisamente a que no solo se establezca un marco regulatorio para la protección del medio ambiente, sino también a que la sociedad civil pueda actuar y obtener reparación por este tipo de daños[8]. De todos modos, el acceso a la justicia en materia medioambiental es solo una realidad en algunos países de manera que todavía quedan muchos interrogantes abiertos en el plano transnacional y, más aún, en un contexto alejado de soberanías estatales como son los mares y océanos.

La tríada "proteger, respetar y remediar" impuesta por los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos ofrece un marco analítico apropiado para examinar los diferentes niveles de protección de la vida submarina. A estos efectos, cabe recordar que el párrafo 67 de la Agenda 2030 exhorta "a todas las empresas a que aprovechen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible", en tanto que requiere de los Estados el fomento de "un sector empresarial dinámico y eficiente, protegiendo al mismo tiempo los derechos laborales y

---

6 Véase IPCC, *Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre-industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty,* WMO, 2018, pp. 226, 229–230, 235, 254. En IPCC, *Climate Change 2022. Impacts, Adaptation and Vulnerability*, WMO 2022, las perspectivas son todavía más sombrías con impactos severos ya documentados (p. 36 por ejemplo).

7 Véase Principio 10, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development*, U.N. Document, 3-14 de junio de 1992 (en adelante, Declaración de Rio), donde se apunta, según traducción del inglés al español, disponible en la página de Naciones Unidas, que "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes".

8 Sobre esta evolución, véase CARBALLO PIÑEIRO, L, "Litigación internacional y daños al ambiente", *Revista italo-española de derecho procesal*, Vol. 1, 2018, pp. 65-88. Con más detalles de la construcción de este tipo de tutela, véase GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños ambientales transnacionales y acceso a la justicia*, Dykinson, Madrid, 2016.

los requisitos sanitarios y ambientales de conformidad con las normas y los acuerdos internacionales pertinentes y otras iniciativas que se estén llevando a cabo en esta esfera, como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos..."[9]. Estos últimos tratan de llenar el vacío regulatorio en el que se mueven las empresas transnacionales a efectos de prevenir y reparar las violaciones graves de derechos humanos, entre los que se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales a cuya realización aspiran los ODS[10]. Los apartados que siguen se estructuran en torno a estos pilares para examinar qué actuaciones realizan los Estados para proteger la vida submarina, cuáles ponen en marcha las empresas transnacionales para respetarla y, por último, qué remedios existen a disposición de las víctimas para reclamar. Estos últimos se hallan en el corazón del Derecho privado y se asientan sobre una relación de causalidad que no tiene en cuenta el papel que la cadena de valor global tiene en la vida submarina y las metas del ODS núm. 14. Precisamente, los Principios Rectores persiguen que se tenga en cuenta este papel a través de recomendar a las empresas diligencia debida en la evitación de cualquier daño al medioambiente y a los derechos humanos, incluso cuando el mismo es infringido por quien no tiene una relación contractual directa con la empresa que obra de acuerdo con este parámetro. Esta perspectiva resulta crucial en asegurar la protección de los reseñados intereses colectivos, por lo que ya existen distintas iniciativas legislativas diseñadas para convertirla en obligatoria. Entre otras, aquí se hace referencia a la propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos, hecha por la Comisión Europea en febrero de 2022[11].

2. PROTEGER LA VIDA SUBMARINA

La protección de la vida submarina frente a abusos cometidos por empresas y, en general, particulares exige la adopción de medidas adecuadas para su prevención, investigación, sanción y reparación. Los Estados han de asegurarse

---

9 Insistiendo en la interacción entre los ODS y los Principios Rectores, véase la Nota Informativa emitida por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "La dimensión de las empresas y los derechos humanos en el desarrollo sostenible: incorporando "proteger, respetar y remediar" en la aplicación de los ODS", Ginebra, 30 de junio de 2017.

10 Y, de hecho, se espera que los Planes de Acción Nacionales sobre las empresas y los derechos humanos expliciten en qué medida los Principios Rectores están al servicio de la aplicación de los ODS. Desde la perspectiva de las violaciones de derechos humanos en el mar y mecanismos privados de protección, véase OANTA, G. A., "Access to Remedy in the European Union in Case of Breaches of Human Rights at Sea by Private Actors", *International Community Law Review*, Vol. 1, 2021, pp. 1-23.

11 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, Brussels, 23.2.2022 [COM(2022) 71 final].

tanto de que las empresas domiciliadas en su jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus operaciones como de contar con un marco regulador apropiado para que así sea. En el caso de los mares y océanos, dicho marco toma CONVEMAR como piedra angular tal y como reconoce la meta 14.c. Como es bien sabido, allí se establece que el mar territorial está bajo la plena jurisdicción del Estado costero[12], pero no así la zona económica exclusiva ni la plataforma continental adyacentes, aunque sí tienen derechos específicos, en particular la exploración, explotación y gestión de recursos naturales, vivos o no[13]. En alta mar rige el principio de libertad de los mares y, por tanto, otras alianzas son necesarias para proteger la vida submarina[14], normalmente tejidas al amparo de las agencias especializadas de Naciones Unidas.

Ello es más cierto si se toma en consideración que CONVEMAR no establece mecanismos de resolución de conflictos entre privados, sino principalmente obligaciones que atañen a Estados. Existe una excepción, sin embargo, y es que se autoriza el acceso de particulares al Tribunal Internacional de Derecho del Mar[15], en dos supuestos contemplados en su Estatuto: cuando se trate de una cuestión que haya de resolver la Sala de Controversias de los Fondos Marinos[16], y en los supuestos en los que exista un acuerdo internacional entre privados por los que se elija someter la disputa al alto tribunal[17]. Sin embargo, esta jurisdicción es muy limitada sin que, por ejemplo, haya mucho espacio para que comunidades costeras puedan plantear sus disputas[18].

Entre las agencias de la Naciones Unidas que complementan las disposiciones de CONVEMAR destaca la Organización Marítima Internacional (OMI) y

---

12 Art. 2 CONVEMAR.

13 Arts. 56 y 77 CONVEMAR, respectivamente.

14 Por ejemplo, Estados costeros y de bandera se han aliado en torno a Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROPs), con capacidad para establecer cuotas de pesca, medidas técnicas y controlar su cumplimiento en la región bajo su ordenación. Las OROPs cubren hoy en día prácticamente casi todos los mares y océanos, y pueden ser divididas entre las que se centran en especies altamente migratorias como es el caso de *International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas* (ICCAT), y otras que lo hacen en un área geográfica concreta como la *Northwest Atlantic Fisheries Organization* (NAFO).

15 Véase art. 291 CONVEMAR.

16 Más concretamente, en cualquier situación que corresponda a la Parte XI de CONVEMAR.

17 Lo interesante del asunto es que, aun siendo un tribunal internacional, su jurisprudencia sería de Derecho internacional privado. Véase FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., MBENGUE, M. M., "Public and Private International Law in International Courts and Tribunals: Evidence of an Inescapable Interaction", *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 56(4), 2018, pp. 797-854, p. 801.

18 Véase con este razonamiento, SANNI, T., "SDG 14. Life Below Water", en MICHAELS, R., RUIZ ABOU-NIGM, V., VAN LOON, H. (eds.), *The Private Side of Transforming our World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 441-462, p. 451. Otro ejemplo de estas limitaciones es el que no se haya todavía admitido la participación de organizaciones no gubernamentales (ONGs como Greenpeace y World Wine Fund for Nature) como *amicus curiae* ante el alto tribunal. Request for Advisory Opinion submitted to the seabed Disputes Chamber, Advisory Opinion (1 February 2011).

las actividades por ella promovidas para asegurar la seguridad marítima y, por ende, prevenir la contaminación marítima. A estos efectos, también ha elaborado tratados de derecho privado que incluyen normas de Derecho internacional privado como el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (convenio OPRC), el Protocolo sobre sustancias nocivas y potencialmente peligrosas (protocolo HNS) y los Fondos internacionales de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FIDAC)[19]. Basados en la limitación de la responsabilidad de los armadores/empresas contaminantes, introducen distintos niveles de compensación a intereses particulares y colectivos que han ido aumentando con los años debido a su insuficiencia e incapacidad para abordar adecuadamente este tipo de contaminación como demuestra el caso *Prestige*[20]. Esta misma agencia también está siendo muy tímida a la hora de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un foro donde prevalecen intereses nacionales y comerciales sobre los medioambientales. La pesca, en general, tampoco es ajena a esta correlación de intereses y, aunque se espera un protagonismo de la OMI en temas de seguridad marítima, lo cierto es que un convenio clave como lo es el Acuerdo de Ciudad del Cabo todavía no ha entrado en vigor.

Dentro de la familia de Naciones Unidas, una de las agencias más comprometidas con el ODS 14 es la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO en sus siglas en inglés) que ha elaborado una serie de acuerdos y códigos que buscan atajar la grave amenaza que representa la pesca INDNR para los ecosistemas marinos[21]. Esta agencia trabaja, además, en estrecha colaboración con la OMI y con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con el fin de abordar la sobreexplotación de recursos marinos y todo lo que ella conlleva en términos medioambientales y laborales[22]. En la misma línea,

---

19 CARBALLO PIÑEIRO, L., "International Maritime Organization", en BASEDOW, J. et al (eds.), *Encyclopedia of Private international law*, Edgar Elgar, 2017, pp. 905-912, p. 906.

20 Véase sobre las dificultades de demostrar daños sufridos por particulares en estos casos en CARBALLO FIDALGO, M., "Los daños a voluntarios del caso *Prestige*" in GARCÍA RUBIO, Mª. P., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., (Coords.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 379-398.

21 Véase el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques pesqueros que pescan en alta mar (Acuerdo de Cumplimiento); el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las poblaciones de peces); el Plan de acción internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (PAIPesca INDNR); el Acuerdo sobre las medidas del Estado rector del puerto (AMERP); las Directrices voluntarias para la actuación del Estado del pabellón; las Directrices voluntarias para los sistemas de documentación de las capturas; y el Código de Conducta para la Pesca Responsable. Todos ellos accesibles en la página web de FAO.

22 Clave para abordar estas cuestiones es el Convenio OIT sobre trabajo en la pesca, 2007 (C 188) y la Recomendación del mismo nombre (No. 199) que, sin embargo, no acaba de despegar

de buscar una aproximación holística a la sostenibilidad de la vida submarina, cabe reseñar las últimas discusiones dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en materia de subsidios a la pesca[23], en la que el trabajo forzoso también ha encontrado un hueco de la mano de los Estados Unidos, requiriendo que se prohíban los subsidios a pesqueros sospechosos de utilizarlo y, por tanto, estar implicados en pesca INDNR[24], ya que ambos crímenes suelen ir unidos[25].

A diferencia de los convenios OMI arriba citados, todos estos instrumentos y trabajos se centran en las responsabilidades de los Estados y no en la de los particulares cuya responsabilidad solo es exigible de acuerdo con los mecanismos que pueda disponer el Estado en cuestión. Otras respuestas institucionales tampoco incluyen compensaciones por daños como es el caso del Programa de la ONU para el Medio Ambiente (UNEP) que ha promovido convenios clave y hoy en día universales como el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica y el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, además de los Acuerdos de París, Tokio y Glasgow; las propuestas del IPCC; u otros convenios clave a nuestros efectos como el Acuerdo 1995 sobre poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias.

A la vista de las limitaciones de los tratados multilaterales, los tratados de libre comercio y acuerdos de inversiones incorporan cada vez con más frecuencia cláusulas/capítulos medioambientales y sociales. El primero en así hacerlo fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA en inglés) en 1994[26]. A él le han seguido muchos más incluidos los acuerdos

---

como demuestra que solo haya obtenido 19 ratificaciones. La situación es especialmente alarmante dado en número de casos detectados de trabajo forzoso a bordo de buques pesqueros como estrategia para reducir costes a la vista de su aumento como consecuencia de la sobreexplotación de los caladeros y que comporta mayor esfuerzo, mayor tiempo en el mar y mayor distancia de la costa. El aumento de estos casos se advierte en el establecimiento por parte del estadounidense Departamento de Justicia de una *Interagency Task Force on Forced Labor in International Waters* en octubre de 2018. Véase PRESIDENT'S INTERAGENCY TASK FORCE, *Task Force on Human Trafficking in Fishing in International Waters. Report to the Congress*, enero de 2021.

23 FAO Fisheries Department, "Marine Fisheries and the Law of the Sea: A Decade of Change. Special Chapter (revised) of The State of Food and Agriculture 1992", FAO Fisheries Circular núm. 853, 1993; RASHID SUMAILA, U. et al., "Updated Estimates and Analysis of Global Fisheries Subsidies", *Marine Policy*, núm. 119, 2019.

24 Véase la información comentada en Manak, I., "Latest Fisheries Draft Addresses US Concerns on Forced Labor", *International Economic Law and Policy Blog*, 11 noviembre 2021.

25 El citado borrador incorpora esta propuesta además de incluir una cláusula de transparencia a través de la que los Estados han de compartir información cuando tengan sospechas de que un buque puede utilizar estas prácticas a bordo. Véase artículos 3.1 y 8 .2,b) del borrador OMC sobre subsidios a la pesca.

26 En diciembre de 2015 había contabilizados 76 tratados de libre comercio, relativos a 135 economías, que incluían clausulas laborales. La mayoría de ellos fueron concluidos después de 2008 y su número va en aumento, no sólo porque se ha convertido en la regla en aquellos tratados ges-

bilaterales de pesca por los que un país abre sus caladeros a otros países a cambio de una serie de compensaciones. La Unión Europea tiene concluidos una nueva generación de acuerdos sostenibles de pesca con 17 países en los que reproduce en cierta medida las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 1005/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada[27]. Dichos acuerdos han experimentado una evolución importante desde el Reglamento (CE) núm. 2371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, sobre la conservación y la explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común[28], si bien no están exentos de crítica[29]. Precisamente, una de ellas es lo endeble de los mecanismos de control de su cumplimiento, incluida la transparencia de la que, en principio, deberían estar plenamente imbuidos tras el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992[30]. En general, cumplimiento y ejecución se fían de nuevo a los Estados miembros sin que los instrumentos reseñados contengan mecanismos de control privado dentro de sus normas, a salvo el compromiso de caminar hacia una mayor implicación de los actores sociales y la sociedad civil en su cumplimiento. En el ámbito convencional la única excepción parece ser la de los convenios OMI ya mencionados.

De todos modos, conviene recordar que el primer paso para la protección de la vida submarina es, desde luego, la ratificación e implementación a nivel nacional de este entramado internacional a lo que ha de seguir como siguiente paso una estrategia de cumplimiento y ejecución, incluidos los privados. Ejemplo de buena práctica en el establecimiento de tal estrategia es la

---

tionados por la Unión Europea, los Estados Unidos y Canadá, sino que también empieza a ser norma en los celebrados por otros países, incluidos los países en vías de desarrollo. La misma tendencia se percibe en los acuerdos de inversiones de acuerdo con el análisis presentado por la Oficina Internacional del Trabajo en 2016. Estos datos han sido tomados de International Labour Office, *Assessment of Labour Provisions in Trade and Investment Agreements*, Ginebra, 2016, pp. 1-2.

27 Reglamento (CE) núm. 1005/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 2847/93, (CE) núm. 1936/2001 y (CE) núm. 601/2004, y se derogan los Reglamentos (CE) núm. 1093/94 y (CE) núm. 1447/1999, DOUE L 286, 29.10.2008.

28 *DOUE L 358, 31.12.2002. Sobre la evolución de la política Pesquera, véase Witbooi, E.,* "The infusion of sustainability into bilateral fisheries agreements with developing countries: The European Union example", *Marine Policy*, Vol. 32, 2008, pp. 669-679.

29 Véase SOBRINO HEREDIA, J. M., OANTA, G. A., "The Sustainable Fisheries Partnership Agreements of the European Union and the Objectives of the Common Fisheries Policy: Fisheries and/or Development?", *SYIL*, Vol. 19, 2015, pp. 61-85.

30 La literatura al respecto es ingente y baste aquí remitir a la agenda del grupo de trabajo que se ocupa del Convenio de Aarhus y en la que aparece como preocupación fundamental la cuestión de la transparencia y las negociaciones de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI). Véase < http://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/aarhus-convention/news/envppaarhusaarhusweek.html>.

decisión de Nueva Zelanda de abordar los graves abusos labores cometidos a bordo de buques pesqueros que faenan en sus aguas jurisdiccionales con una medida original y que consiste en obligar a todos ellos a abanderarse en este país[31]. De este modo, no solo asegura que su entramado jurídico-laboral se aplique a bordo, sino también todos los instrumentos de derechos humanos de los que es parte. Otro ejemplo viene de los Estados Unidos que, además de disposiciones y programas específicos para asegurar la trazabilidad de los productos pesqueros, prohíbe específicamente la importación de bienes producidos con trabajo forzoso[32]. Para canalizar estas actuaciones la ONU recomienda la elaboración de planes de acción nacional para poner en práctica los Principios Rectores[33], que también han de dar cobertura a los ODS. A algunas de las actuaciones que se han adoptado en este contexto nos referimos en los apartados siguientes.

3. RESPETAR LA VIDA SUBMARINA

El segundo pilar de los Principios Rectores apela a la responsabilidad social corporativa de las empresas para que respeten los derechos humanos no solo en su actividad, sino también a través de su participación en la cadena de valor global. Por ejemplo, la de la pesca es especialmente compleja no solo porque la captura se realice en alta mar por un sector caracterizado por la multiplicidad de armadores, sino captura, procesamiento y distribución pueden situarse en diferentes Continentes, o captura y distribución en el mismo, pero no así el procesamiento. En cualquier caso, ha de recordarse que esta no es la única cadena de valor con impacto en la vida submarina, sino que las emisiones de gases invernadero suponen una amenaza decisiva para la misma.

Los Principios Rectores recuerdan que los códigos de conducta han de incluir el respeto de estándares medioambientales y laborales a lo largo de toda la cadena de valor, también en el mar. Como indica el Principio Rector 13: "La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones

---

31 *Fisheries (Foreign Charter Vessels and Other Matters) Amendment Act* de 2016.

32 La prohibición está contenida en la ley federal *Smoot Hawley Tariff Act* 1930. Para la pesca ilegal, véase *Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing Enforcement Act* 2017 y el *Seafood Import Monitoring Program.*

33 Véase una lista de Estados que ya han cumplimentado esta obligación en la página web de la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la ONU: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

comerciales, *incluso cuando no hayan contribuido a generarlos*"[34]. Ahora bien, la cuestión es cómo una empresa puede controlar la actividad de socios con los que no se tiene relación directa.

Las ecoetiquetas son una herramienta útil y la proporcionada por el *Marine Stewardship Council* contribuye a la protección medioambiental. El problema es que no tiene en cuenta la dimensión social de la sostenibilidad por lo que, por ejemplo, no contribuye a metas concretas del ODS 14 como la relativa a la protección de los pescadores artesanales y su acceso a los recursos marinos y a los mercados. De hecho, pueden jugar a la contra por cuanto imponen unas exigencias difícilmente accesibles a las empresas pequeñas y los pescadores artesanales. Precisamente por ello, se están desarrollando iniciativas que sí persiguen un tratamiento holístico que no solo tome en cuenta parámetros medioambientales o económicos, sino también sociales. En este sentido, algunas entidades que certifican el origen sostenible de los productos pesqueros ya introducen este tipo de parámetros en su evaluación[35]. Aunque todavía son la excepción.

Con la vista puesta en remediar estas carencias, se ha puesto en marcha el *Monterey Framework for Social Responsibility*[36], la Iniciativa Monterey para la Responsabilidad Social, que integra ahora mismo a la *Conservation Alliance for Seafood Solutions' (Alliance) Common Vision for Sustainable Seafood*[37] y la *Seafood Certification and Ratings Collaboration's Framework for Social Responsibility*,[38] estando apoyada por más de dos docenas de empresas y 25 ONGs[39]. El objetivo más inmediato de esta iniciativa es caminar hacia la citada aproximación holística al desarrollo sostenible en la pesca creando un *Social Responsibility Scorecard for the Seafood Sector*, o tarjeta de responsabilidad social para el sector pesquero, que integre no solo parámetros ecológicos como en la mayoría de las ecoetiquetas existentes, sino también parámetros sociales. Para ello se toman en consideración las ya citadas Directrices voluntarias de la FAO, pero también otros protocolos y marcos de trabajo como el *Framework on Social Responsibility*

---

34 El énfasis es nuestro.

35 Como es el caso de *Fair Trade Capture Fisheries Standard* y *Seafish Responsible Fishing Scheme*. En Francia, también se ha lanzado una iniciativa similar, *Pêche durable*. Véase examinando otras interesantes iniciativas, SÁNCHEZ RAMOS, B., "La erradicación del trabajo infantil en la pesca y la acuicultura: el reto de alcanzar la meta en 2025", en AA.VV., *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVIII, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pp. 259-314, pp. 303-307.

36 KITTINGER, J. N. et al., "Committing to socially responsible seafood", *Science,* Vol. 356, 2017, pp. 912-913.

37 CONSERVATION ALLIANCE FOR SEAFOOD SOLUTIONS, *A Common Vision for Sustainable Seafood*, 2017.

38 FRAMEWORK FOR SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE SEAFOOD SECTOR, *Certification & Ratings Collaboration,* 9 de marzo de 2018.

39 CONSERVATION INTERNATIONAL, *Driving commitments to social responsibility in the seafood sector*, 2019.

for the Seafood Sector desarrollado por el sub-comité social de la *Certification and Ratings Collaboration* y la *Oceans Seafood and Markets Initiative* (OSMI) *FIP Rapid Assessment Protocol*[40].

Desde un punto de vista más institucional, cabe destacar los pasos que está dando FAO dentro del llamado Diálogo de Vigo para crear en el sector de la pesca algo similar a la Guía OCDE/FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola, de 2016. Dicha guía informaría a las empresas participantes en la cadena de valor de la pesca y la acuicultura de qué hacer para evaluar el riesgo de contribuir, siquiera de forma indirecta, a actividades ilegales como la pesca INDNR o el trabajo forzoso; y, una vez detectado el riesgo, que pongan las herramientas necesarias para hacerlo desaparecer. Como todavía está en proceso de discusión, en 2021 y también fruto del Diálogo de Vigo, FAO publicó un informe sobre responsabilidad social en el sector de la pesca y la acuicultura[41], en el que se recomienda aplicar la citada Guía OCDE/FAO a este sector ante las lagunas y deficiencias detectadas[42].

De hecho, y en general, solo una minoría de empresas transnacionales ha adoptado una estrategia[43], por lo que los Estados están dando un paso adelante para exigir que se apliquen los Principios Rectores 16 y 17[44]. A estos efectos, se han adoptado disposiciones legislativas que divergen en su grado de exigencia, es decir, la gran línea divisoria ha de ponerse entre aquellas que no

---

40 OPAL, CH., *Framework on Social Responsibility for the Seafood Sector*, Certification and Ratings Collaboration, 2018.

41 FAO, *Report of the FAO Vigo Dialogue on social responsibility in the fisheries and aquaculture value chains – Addressing current problems triggered by COVID-19. Rome, 14 to 16 September 2020 and 21 to 23 September 2020*, FAO Fisheries and Aquaculture Report No. 1345, Roma, 2021. https://doi.org/10.4060/cb5009en

42 De todos modos, cabe recordar que existen otras guías que se pueden seguir, en particular la Guía OCDE general de diligencia debida para una conducta empresarial responsable de 2018, y la Declaración tripartita de principios de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social, de 2017, donde se recomienda a las empresas la adopción de mecanismos de diligencia debida que permitan identificar, prevenir y mitigar los efectos adversos reales y potenciales de su actividad en relación con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y a dar cuenta de la forma en que abordan tales efectos.

43 De acuerdo con SMIT, L, BRIGHT, C., MCCORQUODALE, R., BAUER, M., DERINGER, H., BAEZA-BREINBAUER, D., TORRES-CORTÉS, F., ALLEWELDT, F., KARA, S., SALINIER, S., TEJERO TOBED, H., *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report,* European Commission. Directorate General of Justice and Consumers, 2020, p. 480, solo un 37% de las empresas sitas en la Unión Europea ha adoptado un procedimiento de diligencia debida y solo un 16% cubre toda la cadena de valor, y así se refleja en el Considerando X de la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)).

44 Véase más detalles en Macci, Ch., Bright, C., "Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation", en Buscemi, M., Lazzerini, N., Magi, L. (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights – Evolving Dynamics in International and European Law*, Brill, The Hague, 2020, pp. 218-247.

alteran la voluntariedad de la responsabilidad social corporativa y solo exigen un compromiso político de las empresas dejando el control de cumplimiento en los consumidores, y aquellas que sí imponen la adopción de una estrategia efectiva en el respeto de los derechos humanos en la cadena de valor. Ni qué decir tiene que estas últimas son más efectivas, si bien su alcance también es limitado ya que, más allá de la reseñada imposición, fallan los mecanismos de seguimiento y control de aplicación por parte del Estado.

Ejemplo del primer tipo de medidas es la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido, la *Modern Slavery Act* de 2015 cuya sección 54 remite a los Principios Operativos 16 y 21 para exigir que las empresas desarrollen procesos y mecanismos de diligencia debida, y comuniquen su estrategia al público. A estos efectos, las empresas con negocios en este país y un beneficio global de 36 millones de libras o más, han de publicar una declaración, la *Slavery and Human Trafficking Statement*, indicando qué hacen o qué no hacen al respecto. Más allá de esta simple exigencia, no existen más requisitos, tampoco en cuanto al contenido de dicha declaración, puesto que se fía a la sociedad civil el fomento de una cultura empresarial de respeto a los derechos humanos[45]. Sin embargo, una crítica recurrente en este tipo de normas es la falta de transparencia que dificulta a la sociedad civil jugar el papel de vigilante que se le asigna[46]. Como era de esperar, su éxito es muy deficiente y ya se han lanzado propuestas para su reforma[47], que parecen haberse tenido en cuenta en la Ley de transparencia noruega publicada el 10 de junio de 2021, que no solo incluye el deber de ejercitar diligencia debida para un número amplio de empresas y publicar una declaración anual sobre qué se hace al respecto, sino que exige responder a terceros en caso de que quieran saber más sobre cómo se está actuando.

El segundo tipo de medidas legislativas en materia de responsabilidad social corporativa está representado por la ley francesa de 2017 que convierte en obligatorio un así llamado deber de vigilancia en el respeto de los derechos

---

45 De todos modos, cabe destacar que la parte III de esta ley está dedicada a la esclavitud en los mares y océanos otorgándoles poderes a los oficiales británicos para abordar buques en aguas británicas sospechosos de estos crímenes, recoger pruebas y realizar arrestos.

46 Human Rights Watch, "Submission to the Legal and Constitutional Affairs Committee on Australia's Modern Slavery Bill 2018", 20 de julio de 2018.

47 Field, F., Miller, M., Butler-Sloss, "Independent Review of the Modern Slavery Act 2015 – Final Report", Parlamento del Reino Unido, 2019. Siguiendo el ejemplo británico, véase *Australia Modern Slavery Act 2018*, No. 153, aunque aquí sí se explicita el contenido de la declaración en su sección 15(16), indicando la eficacia de las medidas adoptadas para eliminar riesgos en la cadena de valor. La sección 17(18) crea un *Modern Slavery Statements Registry*, pero solo están obligadas empresas con un beneficio de más de 100 millones de dólares y la información no se hace pública.

humanos[48]. El mismo se concreta en que las empresas deben: 1) identificar, analizar y priorizar los riesgos de infracción de derechos humanos en la cadena de valor; 2) establecer un procedimiento de evaluación de riesgos de forma regular y que comprenda las actividades de filiales, subcontratas y proveedores; 3) emprender acciones para mitigar riesgos y prevenir serios daños; 4) establecer un mecanismo de reporte de riesgos potenciales y actuales con la activa implicación de sindicatos; y 5) establecer un mecanismo de supervisión de las medidas adoptadas y de evaluación de su efectividad. Ahora bien, el problema es que solo se refiere a empresas de más de 5000 empleados en Francia o 10000 en todo el mundo, además de que las sanciones a imponer en caso de que se denuncie incumplimiento se han visto drásticamente reducidas por el Consejo de Estado[49].

Entre ambas modalidades se sitúa la Ley alemana de diligencia debida en las cadenas de valor, *Lieferkettensgezetz*, de 11 de junio de 2021, cuyo origen viene de la constatación de que, diez años después de la aprobación del Plan Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, menos de un 20% de las empresas alemanes habían implantado programas de diligencia debida de forma voluntaria[50]. La nueva ley convierte en obligatorio el deber de diligencia debida para las empresas sitas en Alemania con más de 3000 empleados a partir de 2023 y de 1000 a partir de 2023, pero solo en relación con los socios directos, que no los indirectos como reclama el Principio núm. 13, respecto de los que solo habrá que actuar si tienen conocimiento cierto de violaciones de derechos humanos. Esta restricción en su ámbito de aplicación compromete ya *ab initio* su éxito, habida cuenta de cómo operan las cadenas de valor, con numerosos intermediarios que sitúan a las empresas pesqueras al final de esta en relación, por ejemplo, con supermercados u otras empresas alimenticias. Por otra parte, también evita incluir una regla de responsabilidad civil que

---

48 *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*

49 Sherpa, "Duty of Vigilance Radar", s/f. Más efectiva parece la ley holandesa contra el trabajo de niños y niñas, *Child Labour Due Diligence Act* de 2019, que sí impone sanciones a aquellas empresas que comercialicen bienes o servicios en este país y que se hayan beneficiado, directa o indirectamente, de trabajo infantil. El pero de esta legislación es que no exige monitorización continuada de que dichas empresas siguen comprometidas con la eliminación del trabajo infantil, bastando con que la declaración responsable se produzca una sola vez. Véase Bier, B., "Bill adopted by Dutch Parliament introducing a duty of care to prevent child labour", *Lexology*, 22 de mayo de 2019. Ahora bien, sí se establece una autoridad supervisora, un registro de acceso público y la posibilidad de plantear quejas si se detectan incumplimientos de dichas empresas, que pueden llevar a importantes sanciones pecuniarias.

50 Véase la información en el Business & Human Rights Resource Center, "Germany: Only 13-17% of firms meet NAP requirements on due diligence, according to Govt. survey", 12 de Agosto de 2020.

permitiera a las víctimas reclamar directamente contra las compañías negligentes en este deber[51].

Otros Estados miembros como España carecen incluso de algo parecido[52], aunque la Unión Europea sí ha impuesto deberes de transparencia y sostenibilidad a empresas con más de 500 empleados[53], que son el embrión de la legislación aquí discutida. Precisamente, las divergencias existentes es lo que ha motivado que el propio Parlamento Europeo haya recomendado dar contenido a estos programas a nivel europeo y caminar hacia su obligatoriedad, esto es, se sugiere la elaboración de una directiva que armonice a nivel europeo el contenido del concepto de diligencia debida, si bien detalles clave como posibles sanciones se dejan a la voluntad de los estados[54]. Al tiempo de estas deliberaciones, y aunque en términos más vagos, también se ha pronunciado el Consejo de la Unión Europea[55].

A partir de este impulso, la Comisión Europea ha publicado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que busca, precisamente, concretar el deber de diligencia debida por parte de empresas que participan en cadenas de valor globales y tienen un peso importante, incluidas aquellas que tienen más de 250 empleados y un negocio de 40 millones en todo el mundo y más, con independencia de que estén sitas o no en la Unión

---

51 Véase el análisis de RÜHL, G., "Cross-border protection of human rights: the 2021 German Supply Chain Due Diligence Act", Borg-Barthet, Živković et al (eds), *Gedächtnisschrift in honor of Jonathan Fitchen* (forthcoming 2022), Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4024604

52 En lo que atañe a España, el remedio podría estar en camino de la mano del Anteproyecto de Ley de protección de derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales, abierto a consulta pública previa por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030

53 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos, DOUE núm. L 330, 15.11.2014.

54 Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, (2020/2129(INL)). De acuerdo con el Considerando 20 de la propuesta de directiva contenida en el anexo a esta recomendación, "A efectos de la presente Directiva, la diligencia debida debe entenderse como la obligación de un compromiso de adoptar todas las medidas proporcionadas y acordes y de esforzarse dentro de sus posibilidades para evitar que se produzcan impactos adversos en los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza en sus cadenas de valor, y de abordar tales impactos cuando se produzcan. En la práctica, la diligencia debida consiste en un proceso puesto en marcha por una empresa para identificar, evaluar, prevenir, mitigar, detener, supervisar, comunicar, contabilizar, abordar y remediar los efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, sindicales y laborales, el medio ambiente, incluida la contribución al cambio climático, y la buena gobernanza, en sus propias actividades y demás relaciones comerciales en la cadena de valor. Las empresas cubiertas por la presente Directiva no deben transferir las obligaciones de diligencia debida a los proveedores".

55 Council Conclusions on Human Rights and Decent Work in Global Supply Chains of 1 December 2020 (13512/20).

Europea, pero sí operen en su territorio[56]. Aquí ha de destacarse que esta propuesta pone énfasis en el ejercicio de esta diligencia debida en ciertos sectores, entre los que se encuentra la pesca[57]. Además, el concepto de diligencia debida no se desarrolla *ex novo*, sino que, acertadamente, se concreta en seis pasos que deben adoptar las empresas concernidas en línea con la Guía de la OCDE de diligencia debida para una conducta empresarial responsable[58]. Qué se entienda por impacto adverso en medioambiente y derechos humanos es definido en relación con las prohibiciones y obligaciones contenidas en instrumentos internacionales listados en sus anexos.

Ahora bien, la propuesta presentada por la Comisión Europea no deja de ser muy limitada puesto que solo se aplica a grandes empresas dejando en una suerte de limbo a las pequeñas y medianas empresas que, por ejemplo, son mayoría en el sector de la pesca, además de estar plagada de conceptos vagos que pueden acabar convirtiéndola en un mero ejercicio burocrático[59]. Por otra parte, aparte del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ninguno de los convenios específicamente aplicables a la vida submarina aparece listado en estos anexos quedando su alcance muy en entredicho.

4. REMEDIAR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y SU IMPACTO EN LA VIDA SUBMARINA

El tercer pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos es la reparación. Como indica el Principio Fundacional 25, los Estados han de adoptar "medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que corresponda, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces". Las empresas han de responder de sus propias actuaciones, incluidas las que impactan el medioambiente, a través de los cauces habilitados y que, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, implica que así lo harán cuándo exista causalidad directa entre su actuación y el daño causado. La legitimación para interponer reclamaciones suele, además, recaer en quien ha sufrido daño en su persona

---

56 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, Brussels, 23.2.2022 [COM(2022) 71 final].

57 Véase Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, Considerando 22 y art. 2(1)(b)(ii).

58 Véase Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, arts. 4 a 11.

59 Véase las primeras críticas expresadas por GUAMÁN, A., "La Comisión Europea defrauda de nuevo: la fallida Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida en Derechos Humanos", *Público*, 28 de febrero de 2022; HUMAN RIGHTS WATCH, "EU-Disappointing Draft on Corporate Due Diligence", *Business & Human Rights Resource Center*, 28 de febrero de 2022.

o patrimonio como, por ejemplo, en casos de contaminación que dañan medios de trabajo o imposibilitan acceso a pesquerías y, por tanto, a la pesca. En cambio, las reclamaciones por daño a los ecosistemas marinos se enfrentan con todo tipo de obstáculos siendo el más recurrente el que solo el Estado está legitimado para su interposición.

Desde el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, el punto de partida es que el principio de precaución sienta la responsabilidad de las empresas/operadoras no solo en prevenir, sino también en reparar los daños causados al medioambiente. Sin embargo, suelen son los Estados quienes exigen dicha responsabilidad además de sentar los términos en los que se pueden exigir. El Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus el 25 de junio de 1998[60], ha sido instrumental en mejorar la transparencia en esta materia y se refiere expresamente al acceso a la justicia por parte de privados en su artículo 9. Ahora bien, lo cierto es que ni la Unión Europea ni muchos Estados han desarrollado esta pata, la del acceso a la justicia por parte del público vía acciones colectivas. En otras palabras, el monopolio en la exigencia de reparación sigue en manos del Estado como bien ejemplifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental[61], que incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales[62].

Además de definir daño medioambiental, también denominado daño ecológico puro, la Directiva 2004/35/CE abre la puerta a la responsabilidad civil transfronteriza de las empresas y otras entidades, aunque no entra en cuestiones de legitimación que quedan a la legislación interna de los Estados miembros, como ya se ha indicado. A estos efectos, la directiva hace referencia expresa al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del

---

60 El Convenio de Aarhus, 2161 UNTS 447, entró en vigor el 30 de octubre de 2001 y ha sido ratificado por 47 Estados que conforman la región UNECE compuesta por países de Europa, Asia, Estados Unidos y Canadá. Ningún país de América Latina es parte en este Convenio por lo que ha de ser muy bienvenida la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe, firmada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), realizada en Río de Janeiro en junio de 2012. Allí los países signatarios se comprometieron a negociar un instrumento similar al Convenio de Aarhus bajo el liderazgo de Chile y el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) culminando con el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que entró en vigor el 22 de abril de 2021. Más información accesible en CEPAL < http://www.cepal.org/es/temas/principio-10>.

61 BOE núm. 255, 22.10.2007.

62 DOUE L 143, 30.4.2004.

Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas Ibis)[63], en su versión anterior, y el artículo 2 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)[64], pone fin a las dudas de que también cabe este tipo de reclamaciones por daños al medioambiente. En esta tesitura, algunos Estados de la Unión Europea ya dan cabida a la posibilidad de interponer acciones colectivas en este ámbito como es el caso de Holanda, Francia, Italia, Portugal o Suecia.

El caso holandés es relevante por su condición de pionero en materia de litigación climática. Como ya se ha indicado, el cambio climático amenaza con tener un efecto devastador en todo el Planeta, también en la vida submarina. Como quiera que sus efectos ya se hacen notar, también se han entablado litigios que tienen por objeto prevenir o remediar los impactos, directos o indirectos, del cambio climático. A estos efectos, hay tres frentes abiertos de los que solo nos interesa el último desde la perspectiva del derecho internacional privado. El primero se refiere al frente diplomático abierto por los pequeños Estados isla como Islas Marshall, Tuvalu o Palau y que también amenaza en convertirse en litigioso ante los tribunales internacionales, dado que su supervivencia está literalmente en peligro. El segundo frente es el abierto por organizaciones no gubernamentales (ONGs) y ciudadanos particulares contra el Estado por su dejación en la adopción de medidas para combatir el cambio climático y del que es ejemplo el caso holandés de 2019, pero resuelto en primera instancia en 2014, *In Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, por el que se condena a los Países Bajos a cumplir un objetivo de reducir un 25% las emisiones de gases de invernadero por debajo de los niveles de 1990 para el pasado año, frente al objetivo de un 17% inicialmente fijado. Ha de destacarse que el Tribunal Supremo holandés justifica esta obligación en el deber de cuidado que se desprende de los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derecho Humanos (CEDH). Este tipo de litigación da pie al tercer frente, el abierto por parte del público directamente contra las empresas contaminantes. En el caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* fallado el 26 marzo 2021, por el que se ordena a Shell a reducir en un 45% las emisiones de gases de efecto invernadero por debajo de las de 2019 para el año 2030. Lo mismo se persigue en el litigio abierto en Francia contra la petrolera Total, *Notre Affaire à Tous and Others v. Total*, en este caso valiéndose del deber de vigilancia que impone la ley francesa arriba comentada.

---

63 DOUE *L 351, 20.12.2012.*

64 DOUE L199, 31.7.2007.

Estos esfuerzos pueden verse boicoteados por el reciente anuncio de Shell de trasladar su sede a Reino Unido, en principio por razones fiscales. Y también por el hecho de que, como se ha indicado, no todos los países abren el tercer pilar a sus ciudadanos. La oportunidad de llegar a un consenso en este punto, al menos en la Unión Europea, se planteó durante las negociaciones de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE[65], que, desafortunadamente, deja la materia medioambiental fuera de su ámbito de aplicación[66], al menos de forma directa[67]. Salvo los supuestos en los que las víctimas son consumidores, esta directiva no reconoce la legitimación de particulares frente a empresas, cuestión que sigue en manos de los Estados miembros.

La exclusión no es sorprendente dados los intereses en presencia, pero sí decepcionante, especialmente si se pone en relación con los Principios Rectores y, en particular, con el ODS núm. 14. La exigencia a las empresas de que operen con diligencia debida en la cadena de valor global para evitar infringir derechos medioambientales y sociales no sólo tiene traducción en procedimientos internos o compromisos públicos, sino que el Principio Rector 13b tiene una lectura desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial, como norma de conducta susceptible de generar una acción de reparación[68]. En la práctica, esta norma de conducta está en proceso de desarrollo y lo que se aprecia es una remisión al derecho de daños existente en el territorio donde se localiza el demandado, normalmente una sociedad madre u otra filial, sin que existan normas específicas para este tipo de supuestos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos[69].

Desde una perspectiva transnacional, se han identificado tres tipos de obstáculos a la hora de acceder a la justicia. El primer tipo incluye dificultades en conseguir adecuada representación legal, lidiar con la complejidad de los

---

65 DOUE L 409/1, 4.12.2020.

66 CARBALLO PIÑEIRO, L., GIOIA, G., & AGUILERA MORALES, M., "Editorial al número especial sobre procesos colectivo", *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, Vol. 3(2), 2020, pp. 1–6.

67 Véase el excelente análisis de GARCÍA ALVAREZ, L., "La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. A propósito de la Directiva (UE) 2020/1828", *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, Vol. 3(2), 2020, pp. 59–110.

68 BONNITCHA, J., MCCORQUODALE, R., "The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 28(3), 2017, pp. 899-919, p. 914.

69 Véase un examen de la aplicación del derecho de daños en distintos países europeos a estos supuestos en INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (ISDC), *Gutachten zur geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen. Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden*, E-Avis ISDC 2019, 30 de julio de 2019.

entramados societarios y las dificultades en establecer la responsabilidad de la matriz u otra empresa participante en la cadena de valor, así como en el acceso a la jurisdicción, en particular en aquellos ordenamientos con mecanismos de *forum non conveniens*[70]. El segundo tipo proviene del problema de acceso a información clave en el proceso, pero que está en manos de los demandados, es decir, información que revela el incumplimiento del deber de diligencia debida. Y el tercer tipo es de carácter sociopolítico y apunta al poder de las multinacionales en evitar el desarrollo de legislación que favorezca el acceso a la justicia por parte de las víctimas[71].

Las leyes arriba reseñadas, en particular aquellas que conciben la diligencia debida como una obligación por parte de las empresas, parecen querer abrir la puerta a estas vías de reclamación que van más allá de los responsables directos de la violación de derechos humanos. Ello es clave a efectos de establecer el nexo causal entre el daño y el hecho que lo ha causado o que ha contribuido a causarlo. Sin embargo, estos intentos están lejos de ser suficientes puesto que, por ejemplo, la ley francesa sigue la pauta de remitirles a los principios generales de derecho de daños sentados en los artículos 1240 y 1241 del Código civil francés para fundar su reclamación de manera que la carga de la prueba sigue pesando sobre la víctima y, por tanto, nos situamos ante obstáculos del antes mencionado segundo tipo. Este planteamiento combinado con la no disponibilidad de mecanismos procesales de carácter colectivo dificulta sobremanera la protección de la vida submarina.

La situación podría cambiar tras las recomendaciones que acompañan a la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, y la propuesta de Directiva que acaba de presentar la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y que tendría la virtud de armonizar hasta cierto punto las diversas aproximaciones nacionales dentro de la Unión Europea. Ambas propuestas toman en consideración el Derecho internacional privado. Sin embargo, las mismas se apartan de las incluidas en el proyecto de resolución donde, de una parte, se ampliaba el número de foros de competencia judicial internacional para facilitar el acceso a la justicia en determinadas situaciones tipo[72], y,

---

70 Véase un claro ejemplo en FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., CARBALLO PIÑEIRO, L., "Parallel proceedings: Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)", en MUIR-WATT, H.; BIZIKOVA, L., BRANDAO DE OLIVEIRA, A. & FERNÁNDEZ-ARROYO, D. P. (eds.), *Adjudication without frontiers: the global turn in private international law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, pp. 58-75. Sugiriendo tamizar la aplicación de este principio tomando en consideración el desarrollo sostenible, véase SANNI, T., *loc.cit.*, p. 461.

71 MARX, A., BRIGHT, C., PINEAU, N., WOUTERS, J., *Corporate Accountability Mechanisms in EU Member States for Human Rights Abuses in Third Countries. Working Paper No. 212*, Leuven Centre for Global Governance Studies, marzo 2019. p. 23.

72 Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, *Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129(INL)), Bruselas, 11 de septiembre de 2020, pp. 31-33, que se propone introducir

de otra parte, se introducía una nueva regla de conflicto en Roma II[73]. Ahora bien, y a salvo el foro de necesidad, ninguna de estas previsiones alteraba la normativa aplicable a los daños medioambientales que ya están cubiertos por el artículo 7 del Reglamento Roma II y donde ya se ofrece una alternativa a la víctima entre la *lex loci damni* y la *lex loci delicti commissi*, no exenta de problemas de aplicación[74].

Como contrapartida, se establece en ambas propuestas el carácter de noma material imperativa de sus disposiciones conforme al artículo 16 de Roma II[75], es decir, y con independencia de cuál sea la ley aplicable, las disposiciones sustantivas de la futura directiva, tal y como implementada en Derecho nacional, habrían de aplicarse para examinar la responsabilidad civil de las empresas demandadas para el caso de afectados por violaciones de derechos humanos, incluido a un medio ambiente sano, reclamaran por no haber actuado con diligencia debida. Nótese que lo que está en juego no es la responsabilidad basada en una causalidad directa, sino la que se deriva de una actuación negligente en la cadena de valor global y que posibilita que un tercero en la misma cause daño medioambiental.

De todos modos, no se trata tanto de la eliminación de estos foros como lo que implica en términos de responsabilidad civil. La propuesta incluida en la resolución del Parlamento Europeo contiene una regla específica al respecto, pero su formulación es programática dejando un amplio margen de maniobra a los Estados miembros en su implementación[76]. Aparentemente más explícita es la propuesta de la Comisión Europea que exige de los Estados miembros desarrollar una regla de este tenor para los casos de incumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 7, sobre prevención de potenciales impactos adversos en los derechos humanos y en el medio ambiente, y

---

en el Reglamento Bruselas Ibis un apartado 5 al artículo 8 y un nuevo artículo 26bis: foro del demandado, del co-demandado, y un foro de necesidad condicionado a que exista riesgo de denegación de justicia en el país en el que se ha cometido la violación de derechos humanos y a que exista una conexión suficientemente estrecha con el Estado miembro en el que se presenta la demanda.

73 Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, *Proyecto de informe…loc.cit.*, pp. 33-35. La nueva norma de conflicto estaría contenida en el artículo 6bis del Reglamento Roma I y permitía a las víctimas optar entre la legislación del país en el que se produjeron los daños (*lex loci damni*), la del país en el que ocurrió el suceso que dio lugar a los daños (*lex loci delicti commissi*) y la del lugar donde la empresa demandada se encuentra domiciliada o, si carece de domicilio, la del Estado miembro donde opera.

74 CARBALLO PIÑEIRO, L., *Litigación…loc.cit.*, pp. 65-88.

75 Véase art. 10 de la propuesta en anexo a la Resolución del Parlamento de la Unión Europea.

76 Véase el art. 9.2 de la propuesta en anexo a la Resolución del Parlamento de la Unión Europea: "Los Estados miembros *procurarán* disponer de un régimen de responsabilidad con arreglo al cual las empresas puedan, de conformidad con el Derecho nacional, ser consideradas responsables y proporcionar reparación de cualquier daño que se derive de efectos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos, el medio ambiente o la buena gobernanza que ellas o las empresas bajo su control hayan causado o contribuido a causar por acto u omisión". El énfasis es mío.

por el artículo 8, sobre finalización de los impactos adversos que se puedan haber identificado, cuando dicho incumplimiento que debería haberse identificado, prevenido, mitigado, finalizado o minimizado a través de las medidas establecidas por dichos artículos 7 y 8, haya ocurrido y producido un daño que deba ser reparado[77]. Aunque la propia propuesta de directiva establece mecanismos de queja para advertir de la (in)actividad de las compañías obligadas[78], el problema es que los planes de prevención y vigilancia carecen de concreción y, por tanto, lo mismo se aplica a la regla de responsabilidad civil.

Además, y al igual que la propuesta recomendada por el Parlamento Europeo[79], la propuesta de directiva de la Comisión Europea también aborda la exención de responsabilidad civil cuando el impacto adverso en derechos humanos y/o medioambiente haya sido causado por un socio indirecto con el cual la empresa tenga una relación de negocio establecida, si hubiera reclamado garantías contractuales de un socio directo que cumpliría su código de conducta y exigiría, a su vez, garantías contractuales de terceros, entre los que estaría el que hubiera causado finalmente el impacto adverso. Además de estas garantías, es preciso que haya verificado su cumplimiento en todos los supuestos, tanto cuando se trate solo de prevenir, como lo que se busque es ya finalizar un impacto adverso detectado[80]. Ahora bien, y aunque se hayan cumplido dichas obligaciones, todavía existe una excepción a la exención y es cuando, a la vista de las circunstancias, fuera irrazonable pensar que fueran a ser efectivas las medidas adoptadas para prevenir, mitigar, finalizar o minimizar el impacto adverso. En todo caso, todavía se detallan otros factores a considerar en la evaluación de dicha responsabilidad civil cuya complejidad hacen prever que, antes que un cambio de cultura empresarial, lo que va a generar es un simple ejercicio burocrático.

En definitiva, cabe dudar seriamente que esta propuesta de directiva vaya a contribuir a poner el foco en quien participa en la cadena de valor y se

---

77 Véase Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, art. 22.1.

78 Véase Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, art. 9.

79 Véase art. 9.3 de la propuesta.

80 Véase Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, art. 22.2. "Notwithstanding paragraph 1, Member States shall ensure that where a company has taken the actions referred to in Article 7(2), point (b) and Article 7(4), or Article 8(3), point (c), and Article 8(5), it shall not be liable for damages caused by an adverse impact arising as a result of the activities of an indirect partner with whom it has an established business relationship, unless it was unreasonable, in the circumstances of the case, to expect that the action actually taken, including as regards verifying compliance, would be adequate to prevent, mitigate, bring to an end or minimise the extent of the adverse impact. In the assessment of the existence and extent of liability under this paragraph, due account shall be taken of the company's efforts, insofar as they relate directly to the damage in question, to comply with any remedial action required of them by a supervisory authority, any investments made and any targeted support provided pursuant to Articles 7 and 8, as well as any collaboration with other entities to address adverse impacts in its value chains".

beneficia, siquiera indirectamente, de violaciones de derechos humanos y delitos medioambientales en línea con las exigencias de la sociedad civil, como demuestra la jurisprudencia ya existente al espectro[81]. Así, distintos tribunales europeos han asumido jurisdicción para conocer de casos de violaciones graves de derechos humanos sobre la base del foro del domicilio del demandado, normalmente la empresa matriz, que a su vez serviría para atraer a codemandados, normalmente filiales sitas en el país del daño[82]. De todos ellos, destaca el fallo del Tribunal Supremo británico en el caso *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* de 10 de abril de 2019[83], que ha permitido a 1826 ciudadanos de Zambia continuar su caso frente al gigante minero Vedanta en los tribunales ingleses. Los demandantes son habitantes de Chingola, un pueblo situado en el corazón minero del país, que reclaman indemnización por la grave contaminación tanto de sus tierras como aguas, aparentemente producida por una mina propiedad de una filial de Vedanta, Konkola Copper Mines (KCM). El fallo del alto tribunal británico es histórico porque rechaza las alegaciones de abuso de derecho procesal en la afirmación de jurisdicción por parte de los tribunales británicos abriendo la puerta a reclamaciones similares.

Todo lo antes reseñado también es aplicable a la cadena de valor de la pesca como ocurre cuando la contaminación afecta a aguas y a la fauna marina. Ahora bien, las comunidades marítimo-pesqueras no han dado lugar a muchos casos típicos, a pesar de los graves abusos que ya se han comentado[84]. Sin embargo, existen dos supuestos que ejemplifican el potencial de la litigación internacional en esta materia. El primero de ellos es una acción colectiva planteada frente a Nestlé en California por un grupo de consumidores en 2015[85], que alegaban la violación del derecho de consumo de este país porque no se había revelado que algunos ingredientes de comida para gatos habrían sido obtenidos con trabajo forzoso en Tailandia. El tribunal desestimó la demanda porque la ley californiana aplicable, *California Transparency in Supply Chains*

---

81 Véase un análisis de casos presentados ante tribunales de Estados miembros en MARX, A. et al., *op.cit.*.

82 Carballo Piñeiro, L., Kramer, X., "The Role of Private International Law in Contemporary Society: Global Governance as a Challenge", *Erasmus Law Review*, Vol. 7(3), 2014.

83 El fallo puede consultarse aquí en la página web del Tribunal Supremo: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>

84 Otro supuesto de estas características es el que enfrenta a un trabajador norcoreano con un astillero holandés. El primero trabajaba para la empresa polaca Crist S. A., proveedora de la holandesa, en condiciones de explotación laboral y obligado a entregar sus salarios al régimen norcoreano. Este caso fue planteado en Holanda porque su Código penal contiene una norma que criminaliza el acto de beneficiarse de la explotación laboral. Véase la noticia en Global Legal Action Network (GLAN), *Criminal complaint against Dutch ship-building firm for allegedly profiting from exploitation of North Korean labourers*, 8 de noviembre de 2018.

85 BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER, "Nestlé Lawsuit (Re Forced Labour in Thai Fishing Industry)", 6 de septiembre de 2016.

Act, muy similar a la británica *Modern Slavery Act*, se entiende satisfecha con la publicación por parte de las empresas de sus esfuerzos para cumplimentar el deber de diligencia, pero no tienen que poner a disposición del público toda información relevante. La propuesta de directiva de la Comisión Europea pareciera que salva este obstáculo al exigir no solo transparencia a las empresas cubiertas por su ámbito de aplicación, sino actuaciones para prevenir, mitigar, finalizar o minimizar el impacto adverso en derechos humanos, en este caso, la prohibición de trabajo forzoso que en la mar está ligada a la pesca INDNR y la sobreexplotación de pesquerías. Ahora bien, la generalidad en su formulación puede dar lugar no solo a diversas aproximaciones a la concreción de estas obligaciones, sino directamente a descartar cualquier responsabilidad.

El segundo supuesto concierne plenamente a la defensa de la vida submarina articulada a través de acciones colectivas entabladas en California contra diversas corporaciones por comercializar latas de atún como "Dolphin safe"/ delfín seguro cuando parece ser que no era así[86]. Este tipo de acciones parten del derecho de los consumidores a conocer la trazabilidad del producto ofreciendo otro ejemplo de supuestos que potencialmente podrían cubiertos por la Directiva (UE) 2020/1828 y la Ley de Enjuiciamiento Civil española que contempla la tutela colectiva de consumidores[87]. Como ya se ha indicado, este tipo de casos es complejo y requiere de un amplio apoyo económico y de asesoría jurídica. Las restricciones en materia de legitimación activa a nivel de la Unión Europea dificultan todavía más el acceso a la justicia que, por otra parte, podría quedar reducido en muchos Estados miembros a cuándo las víctimas son consumidores como en los supuestos arriba reseñados. Otros casos quedarían fuera del radar a menos que una entidad decida financiar el mismo con el objetivo de poner de manifiesto una clara violación de derechos humanos.

Por ejemplo, y aunque implique a un ya no miembro de la Unión Europea, cabe reseñar aquí el caso *Hamida Begum (en nombre de MD Khalil Mollah) v. Maran ((UK) Ltd.*, admitido a trámite ante los tribunales ingleses por decisión de 13 de julio de 2020[88]. Khalil Mollah falleció a los 32 años en una instalación de desguace de buques sita en la playa de Chittagong, Bangladesh. Es entonces su viuda, Hamida Begum, la que demanda frente al antiguo propietario del

---

86 Son varios los casos entablados: *Lori Meyers et al. Netsle Purina Petcare Company*, Case No. 5:19-cv-00898, ante el U.S. District Court for the Central District of California; *Duggan, et al. v. Bumble Bee Foods LLC*, Case No. 4:19-cv-02564, ante el U.S. District Court for the Northern District of California; y *Gardner, et al. v. Starkist Co.*, Case No. 4:19-cv-02561, ante el U.S. District Court for the Northern District of California.

87 Aunque están limitados procesalmente por el tipo de daño que se reclame como analiza GARCÍA ÁLVAREZ, L., *loc.cit.*, pp. 68-69.

88 El caso está siendo discutido ante la *English and Wales High Court of Justice. Queen's Bench Division*. El fallo es accesible en la base de datos Bailii: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2020/1846.html>

buque que estaba desguazando Mollah cuando murió, Maran (UK) Ltd. La demanda se basa en que esta compañía era consciente de que las condiciones de trabajo en estas instalaciones son muy peligrosas y, a pesar de ello, realizó una serie de operaciones que acabaron con el buque en Bangladesh y con la muerte de su marido: una filial de Maran vendió el buque Maran Centaurus a una firma sita en Nevis, Hsejar Maritime Inc., que le pagó 16 millones de dólares prestados por la compañía Wirana Shipping. Una vez en poder de Hsejar, el buque pasó a llamarse *Ekta*, fue abanderado en Palau y viajó a Chittagong con una nueva tripulación. A la hora de establecer la responsabilidad de Maran, la demanda se basa en el alto precio que se pagó por el buque ya que, por ejemplo, ni en China ni en Turquía se manejan precios tan altos, así como en el combustible que todavía tenía a bordo en el momento de su entrega a Hsejar, para afirmar que Maran era consciente del destino del buque, Bangladesh, aunque no realizó la transacción directamente con los dueños del desguace. La argumentación de fondo es que Maran tenía que haber actuado con diligencia debida a efectos de asegurar que el buque era desguazado de forma segura y respetuosa con los derechos laborales.

En este supuesto también se apunta que, obviamente, la venta acabó produciendo un importante daño medioambiental. Un buque es considerado desecho peligroso por lo que existe normativa internacional que exige que ello se haga con todas las precauciones necesarias para evitar daño medioambiental[89]. La Unión Europea publica regularmente una lista de los astilleros donde se puede llevar a cabo el desguace por considerar que cumplimentan esta normativa[90], y entre ellos no está el mencionado en el caso *Begum v Marat* ni ningún otro sito en Bangladesh donde el despiece se produce directamente en la playa, en un proceso que se llama gráficamente *beaching*. A día de hoy, si el caso se planteara en relación con una armadora española, no encontraría encaje puesto que ni los privados tienen legitimación activa directa en caso de daño medioambiental, ni los trabajadores contra los participantes en la cadena de valor en la que se inserta su empleador.

---

89 Convenio de Basilea, de 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (Convenio de Basilea) y el Convenio Internacional de Hong Kong para el reciclaje seguro y ambientalmente racional de los buques (Convenio de Hong Kong).

90 Véase el Reglamento (UE) núm. 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, relativo al reciclado de buques y por el que se modifican el Reglamento (CE) no 1013/2006 y la Directiva 2009/16/CE, DOUE núm. L 330, 10.12.2013, implementando la normativa internacional antes reseñada, y Decisión de ejecución (UE) 2021/1211 de la Comisión de 22 de julio de 2021 que modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/2323, por la que se establece la lista europea de instalaciones de reciclado de buques con arreglo al Reglamento (UE) núm. 1257/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Los tres pilares de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos permiten articular qué se ha hecho en relación con el ODS núm. 14 desde una perspectiva de derecho internacional privado pudiendo concluirse que: existen tratados internacionales, pero no abordan mecanismos privados de control salvo alguna excepción y, además, muchos no han sido ampliamente ratificados; algunas empresas transnacionales han adoptado procedimientos de diligencia debida en sus cadenas de valor, pero no así una mayoría; y los Estados restringen desproporcionadamente el acceso transnacional a la justicia en casos en que están en juego derechos culturales, ambientales y sociales. A ello ha de añadirse que, como se puede constatar en otra publicación de esta obra, el ODS núm. 14 es uno de los que menos atención se le presta tanto por parte de organismos gubernamentales como no gubernamentales[91]. Aunque se asiste a una progresiva toma de conciencia sobre su importancia, la presión ha de intensificarse puesto que, de quedarse fuera del radar, ello implicaría que ni siquiera los usuales sujetos dedicados a la movilización jurídica de determinadas causas actuarían, como demuestran los escasísimos supuestos en los que los mares y océanos son protagonistas de litigación internacional y daños al medio ambiente.

---

91 Véase SINGH, G. G., CISNEROS-MONTEMAYOR, A. M., SWARTZ, W., CHEUNG, W., ADAM GUY, J., KENNY, T. A., MCOWEN, C. J., ASCH, R., LAURENS GEFFERT, J., WABNITZ, C. C. C., SUMAILA, R., HANICH, Q., OTA, Y., "A rapid assessment of co-benefits and trade-offs among Sustainable Development Goals", *Marine Policy*, Vol. 93, 2018, p. 223.

EL PACTO VERDE EUROPEO: HACIA UNA ACCIÓN CLIMÁTICA MÁS INTEGRADA EN LA ERA POST COVID

BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PACTO VERDE EUROPEO: UN MARCO ESTRATÉGICO PARA LA RECUPERACIÓN ECOLÓGICA DE EUROPA. 2.1. LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA COMO OBJETIVO PRIORITARIO TRASVERSAL. 2.2. LOS PLANES DE RECUPERACIÓN POST COVID: UNA OPORTUNIDAD PARA ACELERAR LA TRANSICIÓN VERDE. 3. NUEVOS DESARROLLOS JURÍDICOS EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA. 3.1. EL MARCO DE ACTUACIÓN 2030: LA RENOVACIÓN PROGRESIVA DE OBJETIVOS E INSTRUMENTOS EN CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE PARÍS. 3.2. MÁS ALLÁ DE 2030: LA LEY EUROPEA DEL CLIMA Y EL OBJETIVO VINCULANTE DE LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA. 4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) ha demostrado su compromiso con la lucha global contra el cambio climático a lo largo de las últimas décadas[2]. Coincidiendo con el inicio de un nuevo ciclo político institucional en diciembre de 2019, puede afirmarse que este compromiso quedó reactivado con la presentación del Pacto Verde Europeo (PVE) por la nueva Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen[3]. Desde entonces, este documento marco representa la hoja de ruta de la Unión Europea (UE) hacia la neutralidad climática y la sostenibilidad. Constituye a su vez una nueva estrategia de crecimiento que aspira a transformar a la UE en "una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050"[4].

Como marco estratégico integral, el PVE contempla la adopción de numerosas medidas en prácticamente todas las políticas de la UE (energía, transporte, industria, agricultura, etc). Entre estas áreas, la acción climática destaca,

---

1 Catedrática de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Deusto (beatriz.perez@deusto.es). Las páginas web indicadas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 17 de enero de 2022.

2 Véase HARRIS, P., "Europe and the politics and foreign policy on global climate change", en HARRIS, P. (ed.), *Europe and global climate change*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp.12-16; PÉREZ DE LAS HERAS, B., "Beyond Kyoto: the EU's contribution to a more sustainable world economy", *European Law Journal*, Vol.19, 2013, núm. 4, pp. 577-593; GILES CARNERO, R., "La contribución de la Unión Europea al desarrollo del regimen internacional en materia de cambio climático: el paquete europeo sobre clima y energía en el contexto de la acción internacional", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2017, núm. 57, pp. 193-215.

3 COMISIÓN EUROPEA, "El Pacto Verde Europeo", COM (2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019.

4 *Ibidem*, p.2.

sin duda, como el epicentro de la implementación del PVE. No sorprende, por ello, que la primera iniciativa jurídica adoptada en este marco fuera la propuesta de una Ley Europea del Clima, presentada por la Comisión Europea en marzo de 2020[5]. Adoptada como Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo el 30 de junio de 2021, este acto jurídico institucional introduce por primera vez la meta de la neutralidad climática en 2050 como un objetivo vinculante para la UE y los Estados miembros[6].

Este primer desarrollo jurídico del PVE se produjo en el mismo momento en que la pandemia de la Covid-19 se propagaba y golpeaba con dureza la economía y la sociedad a nivel global. Transcurridos más de dos años, es previsible que el proceso de vacunación masiva a nivel mundial y la aparición de tratamientos eficaces contra el virus consigan controlar e incluso erradicar la pandemia en los próximos meses. Sin embargo, los efectos del cambio climático persistirán durante décadas y son irreversibles. Es más, esta crisis sanitaria ha puesto de relevancia la necesidad de investigar en qué medida el cambio climático, como factor de distribución de patógenos, de pérdida de biodiversidad y de desequilibrios en los ecosistemas contribuye a la aparición de pandemias como la actual[7]. Es por ello, que la actual coyuntura de emergencia sanitaria, fuerte contracción económica y creciente desigualdad social provocada por la pandemia de la Covid-19 debe ser utilizada como una oportunidad para implementar políticas de recuperación sostenibles, que garanticen la salud de las generaciones presentes y futuras y reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero (GEIs)[8].

Por parte de la UE, la respuesta a esta crisis en términos de instrumentos financieros para la recuperación parece impulsar, por el momento, la implementación del PVE y la política climática. Ello supone ya un cambio de tendencia con respecto a otras crisis económicas, como la del 2008, en las que la acción medioambiental quedó relegada a un plano más secundario[9]. Es todavía pronto para valorarlo, pero debidamente alineados e implementados

---

5 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento UE 2018/1999 ("Ley del Clima Europea"), COM (2020) 80 final de 4 de marzo de 2020.

6 Reglamento UE 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos CE 401/2009 y UE 2018/1999 ("Legislación europea del clima"), *DO* L243, de 9 de julio de 2021.

7 Véase BAROUKI, R. *et al.*, "The Covid-19 pandemic and global environmental change: emerging research needs", *Environment International*, 2021, núm 146, pp. 1-5.

8 DUPONT, CL., OBERTHÜR, S. y VON HOMEYER, I., "The Covid-19 crisis: a critical juncture for EU climate policy development?", *Journal of European Integration*, vol. 42, 2020, núm. 8, pp.1095-1110, p. 1096.

9 PETERS, G. *et al.*, "Rapid growth in CO2 emissions after the 2008-2009 global financial crisis", *Nature Climate Change*, vol. 2, 2011, núm. 1, pp. 2-4.

con el objetivo de la neutralidad climática, los planes de recuperación post Covid determinarán el contexto de la transición ecológica en Europa en los próximos años, pudiendo servir de catalizador para la implementación efectiva del PVE y el desarrollo significativo de la política climática de la UE como eje transformador.

Con estas premisas, este estudio analiza los principales cambios y desarrollos jurídicos de la acción climática de la UE en implementación directa del PVE, valorando su potencial contribución al objetivo de la neutralidad climática en el contexto de recuperación post Covid. Con tal propósito, el análisis se detiene en primer lugar en los principales elementos del PVE como marco estratégico integral hacia la neutralidad climática y el desarrollo sostenible. Sostiene este primer apartado, que la actual crisis derivada de la pandemia, lejos de constituir un obstáculo, puede servir para acelerar la transición verde en Europa, si los planes de recuperación y los fondos correspondientes se ejecutan en consonancia con el objetivo de neutralidad climática. Un segundo apartado examina los instrumentos jurídicos clave del actual marco 2030 clima y energía, así como la nueva Ley Europea del Clima. Una valoración preliminar general permite concluir que las nuevas medidas propuestas tienen el potencial de reforzar significativamente la política climática de la UE, al introducir la neutralidad climática para 2050 como objetivo jurídicamente vinculante y dotar a la Comisión de capacidad normativa para determinar los ritmos de mitigación necesarios para alcanzar esta meta.

2. EL PACTO VERDE EUROPEO: UN MARCO ESTRATÉGICO PARA LA RECUPERACIÓN ECOLÓGICA DE EUROPA

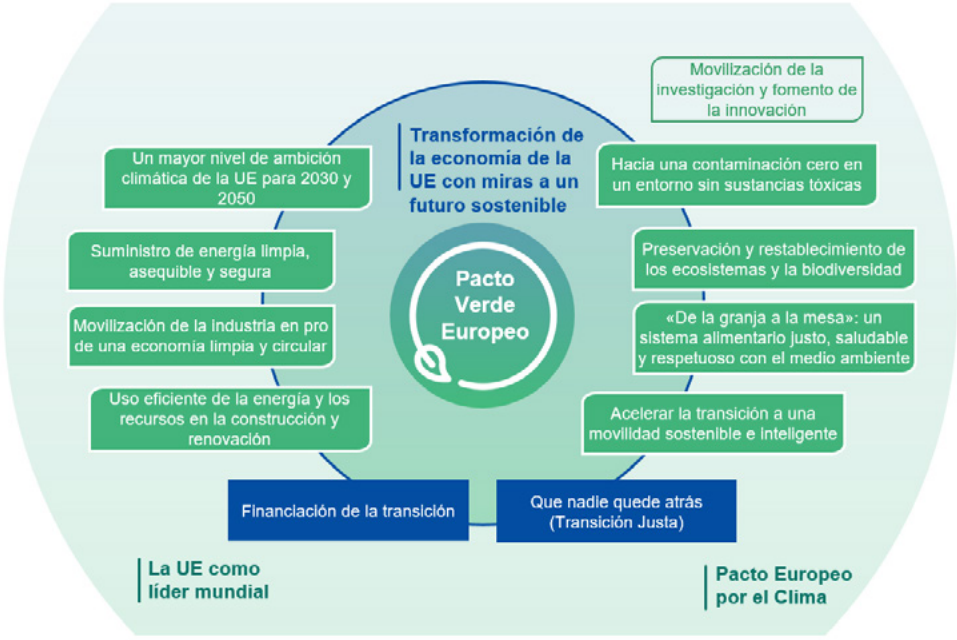
El PVE ofrece un importante potencial para convertir la acción climática de la UE en un instrumento transformador, al considerar la transición hacia la neutralidad climática el eje central en el que deben converger el resto de las políticas de la UE. Todas las iniciativas y medidas necesarias para acometer esta transformación sustancial de la economía y la sociedad europeas requieren un importante esfuerzo económico, que tiene su expresión en los diversos instrumentos financieros que acompañan la implementación del PVE. A ellos se ha unido recientemente el nuevo instrumento *Next Generation EU,* cuyo objetivo es apoyar los planes nacionales de recuperación post Covid con especial prioridad a los proyectos dirigidos a promover la descarbonización y la sostenibilidad, lo que puede reforzar y acelerar la implementación del PVE.

2.1. La integración de la sostenibilidad como objetivo transversal

El PVE representa en estos momentos la respuesta europea a los desafíos del clima y el medio ambiente. Su finalidad primordial es convertir a la UE en

una sociedad y economía climáticamente neutra para 2050. Al mismo tiempo, aspira a mantener y mejorar el capital natural de la UE, así como a proteger la salud y el bienestar de los ciudadanos frente a las consecuencias del deterioro medioambiental, todo ello en un proceso de transición justa e integradora[10]. Para hacer realidad estos objetivos, el PVE incluye como anexo una hoja de ruta con las actuaciones clave a implementar en los distintos sectores.

Los ejes principales del PVE son tres: la transformación de la economía de la UE con miras a un futuro sostenible, la consideración de la UE como líder mundial en esta transición y la adopción de un Pacto Europeo por el Clima.



Elementos clave del PVE. Fuente: Comisión Europea, COM (2019) 640 final, p.4

Sin duda, desde el punto de vista medioambiental, el principal eje de actuación es el relativo a la transformación de la economía de la UE hacia un futuro sostenible. Su implementación comporta la integración de la sostenibilidad en todas las políticas de la UE. Desde 2020 y conforme a la hoja de ruta que guía el PVE, numerosas medidas se han adoptado en estos ámbitos de actuación (nuevas estrategias en el sector de la industria y la economía circular, así como en materia de biodiversidad, el transporte, la seguridad alimentaria, …)[11]. Todas estas políticas y acciones deben converger para contribuir al ob-

10 COMISIÓN EUROPEA, *op.cit.*,p. 2.

11 Para una información detallada y actualizada sobre las acciones desarrolladas, véase COMISIÓN EUROPEA, "Medidas adoptadas por la UE", https://ec.europa.eu/info/strategy/priori-

jetivo de encauzar a la UE en su transición justa hacia un futuro sostenible[12]. Entre estas políticas transformadoras, la climática constituye indudablemente el epicentro de esta transición, ya que el PVE considera la neutralidad climática como objetivo prioritario y requisito trasversal de todas las políticas y acciones de la UE[13]. En coherencia con esta prioridad, la nueva Ley Europea del Clima constituye por el momento la medida más relevante, ya que introduce la meta de la neutralidad climática como objetivo jurídicamente vinculante, lo que conllevará ajustes en los instrumentos jurídicos actuales de reducción de emisiones, promoción de energías renovables e incremento de la eficiencia energética, entre otros. Además, como se analizará en la siguiente parte, la Ley Europea del Clima proporciona un soporte jurídico clave para que la Comisión Europea vaya acomodando el ritmo y alcance de las acciones emprendidas a los compromisos de descarbonización asumidos de conformidad al Acuerdo de París, que es actualmente el principal instrumento multilateral contra el cambio climático[14]. Concretamente, el artículo 2. 1a del Acuerdo de París establece que las Partes Contratantes, entre las que se incluyen la UE y sus Estados miembros, se comprometen colectivamente a limitar la subida de la temperatura del planeta a un máximo de 2ºC, así como a desplegar todos los esfuerzos necesarios para contener este aumento a 1,5ºC para la segunda mitad del presente siglo.

Aparte de corresponder a las obligaciones del Acuerdo de París, el PVE es considerado también una pieza integral de la estrategia de la UE para implementar la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenibles (ODS)[15]. En este sentido, el PVE menciona el Pilar Europeo de Derechos Sociales como referencia clave para asegurar que "nadie se quede atrás"[16], por lo que unido a las consideraciones medioambientales y de crecimiento sostenible, puede afirmarse que el PVE cubre los 17 ODS[17]. En la práctica, garantizar estos objetivos de crecimiento económico, justicia social y protección medioambiental requiere una fuerte coordinación entre las distintas políticas de la UE, así como entre los distintos actores implicados en

---

ties-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu_es

12 FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., "El ambicioso Pacto Verde", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2020, núm. 101, pp. 1-39, p.19.

13 LÁZARO TOUZA, L., "Cambio climático 2020: ciencia, tras el maratón COP 25, el Pacto Verde Europeo y legislación climática en España", *ARI*, 2020, núm. 14, pp.1-17, p.13.

14 Adoptado en París por la 21ª Conferencia de las Partes (COP 21) el 12 de diciembre de 2015. Decisión 1/CP 21 de 12 de diciembre de 2015, Aprobación del Acuerdo de París, Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

15 COMISIÓN EUROPEA, *op.cit*, p. 3. Sobre la Agenda 2030 y los ODS, véase Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. A/RES/70/1 de 25 de septiembre de 2015.

16 *Ibidem*, p. 4.

17 SABATO, S. y FRONTEDDU, B., "A socially just transition through the European Green Deal?", *ETUI. Working Paper*, 2020, pp. 1-42, p. 12.

los diferentes niveles de gobernanza (UE, Estados miembros, entidades regionales y locales, sociedad civil). Con el fin de lograr esta consistencia en la acción conjunta, la Comisión Europea propuso en 2019 el procedimiento del Semestre Europeo como el instrumento más idóneo[18]. Más concretamente, el 17 de diciembre de 2019, la Comisión Europea publicó lo que hasta entonces se denominaba "Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento", que venía marcando el inicio del ciclo del Semestre Europeo, como "Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible"[19]. En esta línea y con objeto de promover efectivamente el modelo de desarrollo sostenible propiciado por el PVE y los objetivos de neutralidad climática, tanto la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2020, como la de 2021, introducen la "sostenibilidad competitiva" como un nuevo paradigma para abordar los retos clave y conseguir los ODS[20]. En consecuencia, como aspecto novedoso, la dimensión medioambiental ha quedado incorporada al proceso del Semestre Europeo, lo que puede proporcionar una mayor coherencia entre las políticas macroeconómicas, fiscales, sociales y medioambientales sobre las que se asienta el PVE.

Como principio general, la transición justa es mencionada varias veces en las dos últimas Estrategias de Crecimiento Sostenible. El propio Acuerdo de París considera el requisito de una transición justa como uno de los elementos clave de la acción climática[21]. En la misma línea, voces tan expertas y autorizadas, como la de Nicholas Stern, han definido la transición hacia la

---

18 El Semestre Europeo es un método de coordinación anual de las políticas económicas y presupuestarias dentro de la UE. Asentado en los primeros seis meses de cada año, este mecanismo de gobernanza económica proporciona a los Estados miembros orientaciones y recomendaciones para ajustar sus políticas macroeconómicas y sociales a los objetivos y normativa de la UE. El Programa de Trabajo de la Comisión Europea para 2020 anunciaba que la UE reorientaría el enfoque del Semestre Europeo integrando los ODS y poniendo la atención en su implementación. Véase CHARVERIAT, C. y BODIN, E., "Delivering the Green Deal. The role of a reformed European semester with a new sustainable economy strategy", *IEEP-An EU Green Deal Series*, 2020, núm. 2, pp.1-26.

19 Este documento, así renombrado, constituye la herramienta a través de la cual la Comisión precisa las prioridades económicas y sociales para el siguiente año. Marca el inicio del Semestre Europeo como proceso para la coordinación y la convergencia de las políticas macroeconómicas de los Estados miembros, al tiempo que proporciona la base para las Recomendaciones Específicas que la Comisión dirige a cada Estado miembro. Véase COMISIÓN EUROPEA, " Paquete de otoño del Semestre Europeo: Apoyo a una recuperación sostenible e integradora en un contexto de gran incertidumbre", accesible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2105

20 COMISIÓN EUROPEA, "Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2020", COM (2019) 650 final de 17 de diciembre de 2019, p. 3 y "Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021", COM (2020) 575 final de 17 de septiembre de 2020, p. 2.

21 "Reconociendo que las partes pueden verse afectadas no sólo por el cambio climático, sino también por las repercusiones de las medidas que se adopten para hacerle frente" y "Teniendo en cuenta los imperativos de una reconversión justa de la fuerza laboral y la creación de trabajo decente y empleos de calidad, de conformidad con las prioridades de desarrollo definidas a nivel nacional" (párrafos 7 y 10 del Preámbulo del Acuerdo de París).

descarbonización como la "historia de crecimiento inclusivo del siglo XXI"[22]. Por su parte, el PVE, cuando alude al impacto social de las medidas medioambientales, prevé dar "prioridad a la dimensión humana y prestar atención a las regiones, los sectores y los trabajadores expuestos a los mayores desafíos"[23]. En la práctica, este enfoque supone repartir de forma equitativa los costes y beneficios de la transición ecológica, prestando especial atención a las regiones más afectadas por el proceso de transformación iniciado, como son las regiones mineras y aquellas dependientes de industrias con altas emisiones de carbono, zonas escasamente pobladas y territorios vulnerables desde el punto de vista medioambiental. Como se analiza en el siguiente apartado, los principales instrumentos para abordar esta dimensión de equidad del PVE son la política de cohesión y el Mecanismo de Transición Justa, destinados a apoyar programas de reciclaje y formación profesional, empleo en los nuevos sectores propios de una economía verde, viviendas energéticamente eficientes, así como medidas de protección social que compensen a los trabajadores que pierdan su empleo, tengan dificultades de obtenerlo o no puedan acceder a los nuevos que se creen[24].

Desde el punto de vista funcional, la participación e implicación efectiva de todos los actores afectados es primordial para garantizar el logro de los objetivos del PVE. En lo que concierne, en concreto, a la coordinación entre la UE y sus Estados miembros, el Semestre Europeo ofrece, tal vez, como hemos apuntado, el instrumento de gobernanza más idóneo en la implementación conjunta del PVE. La interacción de la sociedad civil, tanto con la UE directamente, como con las autoridades estatales, regionales y locales, así como entre los propios grupos y organizaciones de la sociedad civil, es también un elemento clave para garantizar el éxito del PVE y para que se acepten los profundos cambios económicos y sociales que comporta la transición ecológica. En este contexto de diálogo con los ciudadanos, la Comisión Europea lanzó el Pacto Europeo por el Clima en diciembre de 2020[25], respondiendo así a uno de los ejes principales del PVE. El Pacto constituye una plataforma en la que individuos, organizaciones de la sociedad civil y comunidades están intercambiando ideas, propuestas y soluciones sobre los diferentes sectores y aspectos incluidos en el PVE. A nivel nacional, también está emergiendo un número creciente de iniciativas similares, como la *Convention Citoyenne pour le Climat*,

---

22 STERN, N., "Unlocking the inclusive growth story of the 21st century: the drive to the zero-carbon economy", The Harvard University Center for the Environment, 15 de octubre de 2019, accessible en https://vimeo.com/383542909

23 COMISIÓN EUROPEA, *op.cit.*, p.2.

24 ALVÁREZ CUESTA, H., "Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde Europeo en el proyecto de ley de cambio climático en España", *IUSLabor*, 2020, núm. 2, pp. 74-100, pp. 85-89.

25 Véase COMISIÓN EUROPEA, "Pacto Europeo por el Clima", accesible en *h*ttps://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/pact_es

un fórum de 150 personas seleccionadas al azar en Francia, cuyo papel va más allá de la mera representación o consulta, ya que su principal cometido es debatir y proponer medidas jurídicas contra el cambio climático y contribuir así al objetivo de la neutralidad climática en la UE[26]. Con un perfil similar está ya operativa en España la Asamblea Ciudadana del Clima, cuyas actividades se iniciaron en diciembre de 2021[27]. Estos foros sociales expresan la creciente preocupación y demanda ciudadana por políticas más efectivas que aborden el cambio climático, lo que proporciona, a su vez, un apoyo esencial a la UE para reforzar su propia acción contra este desafío global.

La implicación de los actores privados también es esencial para acometer el colosal esfuerzo financiero y de inversión que requiere la implementación del PVE en las próximas décadas. A tal fin, numerosos instrumentos están ya en funcionamiento apoyando las consecuencias económicas de la transición ecológica. A ellos se ha unido recientemente el programa *Next Generation EU,* en apoyo a los planes nacionales de recuperación post Covid-19 que apuesten por relanzar la economía de manera sostenible.

2.2. Los planes de recuperación post Covid: una oportunidad para acelerar la transición verde

Con una previsión inicial de 1 billón de euros en inversiones sostenibles para la próxima década, la Comisión Europea presentó el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible en enero de 2020, como pilar financiero del PVE[28]. El Plan incluye el Mecanismo de Transición Justa, con un Fondo de Transición Justa, destinado a apoyar especialmente a las regiones y sectores más afectados por la transición ecológica, como se ha destacado anteriormente. Por medio de este mecanismo, se pretende movilizar al menos 100.000 millones de euros durante el período 2021-2027.

Este marco financiero de apoyo a la implementación del PVE fue presentado en el mismo momento en que la pandemia de la Covid-19 se propagaba por todo el planeta, golpeando la economía y trastocando la vida de las personas. Desde el punto de vista medioambiental, esta crisis, al igual que otros momentos de contracción económica, ha supuesto un respiro para el clima y la naturaleza, ya que ha ido acompañada de una reducción drástica del consumo de energías fósiles y, consecuentemente, de emisiones de GEIs. Sin embargo, la experiencia de recesiones anteriores demuestra que esta mejoría

---

26 Véase la información disponible en https://www.conventioncitoyennepourleclimat.fr/

27 Véase al respecto la información disponible en https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/arranca-la-asamblea-ciudadana-para-el-clima/tcm:30-533962

28 COMISIÓN EUROPEA, "Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo", COM (2020) 21 final de 14 de enero de 2020.

medioambiental hay que considerarla como una circunstancia coyuntural, propiciada por la menor actividad económica, los confinamientos y las restricciones de movilidad. Según el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas (NU), las emisiones globales deberían reducirse en un 7,6% cada año durante esta década para poder contener la subida de la temperatura por debajo de un 1,5ºC, de conformidad con el objetivo principal del Acuerdo de París[29]. Este esfuerzo de mitigación salvaría, además, millones de muertes prematuras y generaría beneficios por valor de entre 264 y 610 billones de dólares para 2100[30]. Por tanto, sin una acción decisiva por parte de los Estados, es de esperar que las emisiones de GEIs vuelvan a repuntar una vez que finalicen las limitaciones de actividad y restricciones de viaje.

El alcance de ese repunte dependerá, sin embargo, de la celeridad y las prioridades que se establezcan en los planes de recuperación. En efecto, casi todos los países de economía desarrollada están introduciendo medidas para paliar los efectos económicos y sociales de la pandemia y relanzar el crecimiento económico. Estas estrategias de recuperación pueden generar un aumento de emisiones de GEIs si basan el crecimiento en un mayor incremento del uso de las energías fósiles o, por el contrario, propiciar una recuperación verde, si apuestan por disociar las emisiones de la actividad económica[31]. En el caso de la UE, la respuesta adoptada para afrontar las colosales consecuencias derivadas de la crisis de la Covid parece apuntar a reforzar el compromiso europeo por una economía climáticamente neutra. Con este enfoque y prioridad, la Comisión Europea propuso en mayo de 2020 el instrumento de recuperación *Next Generation EU*, con una dotación de 750.000 millones de euros (a precios de 2018) y el nuevo Marco Financiero Plurianual 2021-2027, con un presupuesto incrementado a 1,85 billones de euros (a precios de 2018), ambos aprobados por el Consejo Europeo en julio de 2020[32].

Está previsto que alrededor del 30% de la dotación de ambos instrumentos se destinen a la ejecución de proyectos verdes en los próximos años. Los Estados miembros debían presentar sus planes nacionales de recuperación y resiliencia antes del 30 de abril de 2021. En concreto, es a través de estos planes como se canalizarán los fondos del principal pilar del *Next Generation EU*, el denominado "Mecanismo de Recuperación y de Resiliencia", que cuenta con un presupuesto de 560.000 millones de euros, distribuido en subvenciones y

---

29 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, "Emissions Gap Report 2019", p. XIII.

30 BELSOVA, K., HEYMAN, D.L., y HAINES, A., "Integrating climate action for health into covid-19 recovery plans", *British Medical Journal*, 2020, *núm.* 370, pp.1-4, p. 2.

31 HEPBURN, C. *et al.*, "Will Covid-19 fiscal recovery packages accelerate or retard progress on climate change?", *Oxford Review of Economic Policy*, vol.36, 2020, núm. S1, pp. S359-S381, p.S364.

32 COMISIÓN EUROPEA, "El presupuesto de la Unión Europea: motor del plan de recuperación para Europa", COM (2020) 442 final de 27 de mayo de 2020.

préstamos[33]. Según lo acordado en la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible 2021, un mínimo del 37% del gasto en inversiones y reformas de cada plan debe contribuir a la consecución de los objetivos climáticos y medioambientales definidos en el marco del Semestre Europeo, así como respetar el principio de "no causar daños"[34]. En esta línea, España presentó su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dentro del plazo establecido, en el que se esbozan las líneas prioritarias para ejecutar los aproximadamente 72.000 millones de euros que espera recibir entre 2021 y 2023. De esta cantidad, la inversión para la transición ecológica representa el 40,29%[35]. Los planes de recuperación de otros Estados miembros también prevén volúmenes importantes de inversión para potenciar la transición verde[36].

Tanto el Plan de Inversiones que acompaña al PVE, como los nuevos instrumentos para la recuperación post Covid de Europa destacan la importancia que tienen las inversiones privadas como elemento clave para apoyar las prioridades políticas y completar los flujos financieros de los poderes públicos. Por el momento, sin embargo, la implicación financiera privada se considera insuficiente. Uno de los motivos que justifica esa falta de financiación privada ha sido la ausencia de definiciones comunes sobre proyectos y activos considerados como sostenibles, esto es, la falta de una taxonomía sostenible que aporte guía y certeza a los inversores privados acerca de productos de inversión sostenible[37].

Para colmar este vacío jurídico se adoptó el Reglamento UE 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2020, relativo al

---

33 Dentro de este primer pilar también se incluye una nueva iniciativa denominada "REACT-UE", que complementará los fondos de cohesión con un presupuesto de 55.000 millones de euros, así como el Fondo de Transición Justa, con una dotación de 17.500 millones de euros, mucho menor que lo 40.000 millones inicialmente propuestos por la Comisión Europea, pero en cualquier caso mayor a los 10.000 millones previstos en la propuesta original del Marco Financiero Plurianual. El segundo pilar tiene como objetivo estimular la inversión privada, principalmente a través de un nuevo Instrumento de Ayuda a la Solvencia y un incremento de la capacidad del mecanismo InvestEU. El tercer pilar aspira a reforzar la capacidad de resiliencia de la UE ante futuras crisis, principalmente a través del nuevo programa EU4Health independiente, dotado de 9400 millones de euros. Véase a este respecto, COMISIÓN EUROPEA, "El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación" COM (2020) 456 final de 27 de mayo de 2020, pp.5-6.

34 COMISIÓN EUROPEA, "Estrategia Anual de recimiento sostenible 2021", *op.cit.,*, p.8.

35 Véase "El Plan de Recuperación destinará más del 40% a la transición ecológica", 6 de mayo de 2021, accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transicion-ecologica/Paginas/2021/060521-transicion_ecologica.aspx

36 Véase la información detallada sobre estos planes disponible en https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en#national-recovery-and-resilience-plans

37 ROMO GONZÁLEZ, L.A., "Una taxonomía de actividades sostenibles para Europa", *Banco de España Documentos Ocasionales,* 2021, núm. 2101, p. 8.

establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles[38]. Actualmente, este Reglamento establece los fundamentos del sistema de clasificación común europeo de actividades económicas sostenibles desde el punto de vista medioambiental, lo que proporciona información clave para determinar el grado de sostenibilidad de una inversión. Con todo, se considera una taxonomía todavía incompleta, ya que no incluye algunos sectores clave para los objetivos de reducción de emisiones y la adaptación al cambio climático, ni tampoco contempla otros objetivos medioambientales[39]. En consecuencia, cabe esperar que la taxonomía será modificada y ampliada próximamente por la Comisión Europea, con el apoyo y asesoramiento que le presta la Plataforma de Finanzas Sostenibles, órgano consultivo, compuesto por expertos de los sectores públicos y privadas[40]. Así lo establecen los artículos 23 y 26 del Reglamento UE 2020/852, cuando prevén que la Comisión Europea, tras el primer informe de evaluación del Reglamento, a presentar para el 13 de julio de 2022 a más tardar, pueda proponer la revisión del mismo mediante reglamentos delegados en los que se modifiquen y completen, entre otros aspectos, los criterios para considerar que una actividad económica es medioambientalmente sostenible.

Por el momento, el porcentaje de empresas que tienen ingresos sostenibles de acuerdo a la taxonomía establecida es escaso. Por tanto, sólo un marco regulatorio sólido y previsible podrá hacer que la taxonomía europea consiga canalizar el capital necesario, privado y público, para financiar el crecimiento sostenible en la UE y contribuir a los objetivos del Acuerdo de París y de Desarrollo Sostenible de NU[41].

3. NUEVOS DESARROLLOS JURÍDICOS EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA

Desde finales de los años 90, la política climática de la UE ha estado determinada por los compromisos asumidos en las negociaciones internacionales. En la actualidad, el marco de actuación clima y energía 2030 representa la contribución europea a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París. Este marco integrado establece una serie de metas y acciones a desarrollar durante el período 2021-2030. Sin embargo, no constituye un marco estático, ya

---

38 *DO* L núm. 198, de 22 de junio de 2020.

39 SABATO, S. y FRONTEDDU, B., "A socially just transition through the European Green Deal?", *ETUI. Working Paper*, 2020, pp. 1-42, pp. 30-31.

40 Su creación está prevista en el art. 20 del Reglamento UE 2020/852. Más información al respecto está accesible en https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance/platform-sustainable-finance_es

41 ROMO GONZÁLEZ, L. A., *op.cit.*, pp. 23-24.

que los objetivos e instrumentos jurídicos adoptados en su implementación se van ajustando progresivamente, de conformidad con el régimen flexible del propio Acuerdo de París. La nueva Ley Europea del Clima también participa del sistema adaptable del Acuerdo de París, pero el valor añadido que aporta es la introducción de la neutralidad climática como objetivo jurídico vinculante para 2050, así como la capacidad normativa que atribuye a la Comisión Europea para fijar la trayectoria progresiva de mitigación entre 2030 y 2050.

3.1. El marco de actuación 2030: la renovación progresiva de objetivos e instrumentos en cumplimiento del Acuerdo de París

El Acuerdo de París constituye uno de los tratados internacionales de protección de intereses generales más relevante y singular de los últimos años. Entre sus diversas peculiaridades jurídicas destaca su alcance normativo asimétrico. Así, junto a obligaciones jurídicas, normalmente de comportamiento, se incluyen también meras recomendaciones o invitaciones a realizar ciertas conductas[42]. Entre las obligaciones de comportamiento destaca la de "preparar, comunicar y mantener" las sucesivas "Contribuciones Determinadas a nivel Nacional" (CDNs, art. 4. 2 Acuerdo de París). Las CDNs constituyen el elemento central de este instrumento internacional, ya que representan la obligación individual que asumen las Partes Contratantes, ya sean países desarrollados o en vías de desarrollo, de contribuir colectivamente al objetivo principal de contención del aumento de temperatura establecido por el artículo 2 del Acuerdo de París. Ahora bien, el contenido y alcance del esfuerzo individual de mitigación se deja a la discrecionalidad de cada Parte. Comunicadas las primeras CDNs antes de adoptarse el Acuerdo de París o en el momento de ratificación, las Partes tienen la obligación de revisarlas cada cinco años, debiendo cada renovación representar una progresión respecto a las anteriores y reflejar "la mayor ambición posible de dicha parte" (art. 4.3 Acuerdo de París). Por tanto, las CDNs están sujetas al principio de progresividad y no regresión, lo que significa que cada Parte asume un nivel de compromiso cada vez mayor en cada uno de los períodos quinquenales de revisión[43].

---

42 Véase MALJEAN-DUBOIS, S., "The Paris Agreement: a new step in the gradual evolution of differential treatment in the climate regime?", *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 25, 2016, núm. 2, pp.151-160; LEMOINE-SCHONNE, M., "La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques", *Revue Juridique de l'Environnement*,Vol. 41, 2016, núm 1, pp. 37-55; RODRIGO, A.J., "El Acuerdo de París sobre el cambio climático: entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva", en MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (dirs.), *Retos para la acción exterior europea,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 410- 431, p. 421.

43 VIÑUALES, J.E., "The Paris Climate Agreement: an initial examination", *C-EENRG Working Papers,* 2015, núm. 6, pp. 3-17.

En definitiva, a diferencia del régimen internacional anterior del Protocolo de Kioto, basado en un enfoque *top-down*, esto es, centralizado y descendente de objetivos y asignación de obligaciones específicas de mitigación, el Acuerdo de París se asienta en un enfoque *bottom-up*, descentralizado y ascendente, en el que la lucha contra el cambio climático se vincula a la suma colectiva de esfuerzos que cada Parte asume de modo discrecional y flexible, en función de sus circunstancias e intereses[44].

Como organización regional, la UE y sus Estados miembros fueron una de las primeras Partes Contratantes en comunicar su CDN a la Secretaría del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el 6 de marzo de 2015[45]. Esta primera CDN de la UE se concreta en el marco de actuación 2030 clima y energía, adoptado por el Consejo Europeo en octubre de 2014[46]. Desde entonces, tanto los objetivos, como los instrumentos jurídicos adoptados en su implementación han sido objeto de revisión periódica, lo cual constituye un reflejo evidente del régimen flexible que consagra el Acuerdo de París.

Inicialmente, los tres objetivos fundamentales de este marco 2030 eran:

- Una reducción de, al menos, un 40% de las emisiones de GEIs, con respecto a los niveles de 1990.
- Un incremento de, al menos, un 27% en el uso de las energías renovables en el consumo final de energía de la UE en su conjunto.
- Un aumento de, al menos, un 27% en eficiencia energética a nivel de toda la UE.

La primera actualización de objetivos se decidió en 2018 y supuso, en concreto, la revisión al alza de los objetivos relativos a energía, que pasaron al 32% en el relativo al incremento de las energías renovables y al 32,5% para el de la

---

44 Al respecto véase LEAL ARCAS, R., "Top-Down versus Bottom-Up approaches for climate change negotiations: an analysis", *IUP Journal of Governance and Public Policy*, Vol. 6, 2001, núm. 4, pp.7-52; SALINAS ALCEGA, S., "El Acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional", REDI, Vol. 70, 2018, núm 1, pp. 53-76.

45 Accesible en https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Latvia/1/LV-03-06-EU%20INDC.pdf. Un año después, la UE firmó el Acuerdo de París, el 22 de abril de 2016 en Nueva York, de conformidad con la Decisión UE 2016/590 del Consejo de 11 de abril de 2016, relativa a la firma, en nombre de la UE del Acuerdo de París aprobado en virtud de la CMNUCC (DO L núm. 103, de 19 de abril de 2016).

46 CONSEJO EUROPEO, "Consejo Europeo (23 y 24 de octubre de 2014-Conclusiones", EUCO 169/14, Bruselas, 24 de octubre de 2014. Este marco de actuación se basa y mantiene la estructura del anterior marco 2020 clima y energía, que concretó el compromiso de mitigación asumido por la UE para el segundo periodo del Protocolo de Kioto. Véase al respecto OBERTHÜR, S., y PALLEMAERTS, M., (eds.), *The new climate policies of the European Union: internal legislation and climate diplomacy*, Brussels, VUB University Press, 2010.

eficiencia energética. Por el momento, siguen siendo los objetivos actuales en el apartado de energía. Su revisión fue consecuencia de la visión estratégica a largo plazo para una economía sostenible y climáticamente neutra presentada por la Comisión Europea en noviembre de 2018[47]. Este documento expresa claramente la ambición de la UE de liderar la transición global hacia una economía libre de carbono y contribuir a la consecución de los objetivos del Acuerdo de París y los ODS.

La revisión de los objetivos en materia energética supuso la modificación de algunos instrumentos jurídicos clave de este marco 2030, así como la adopción de otros nuevos. Concretamente, las Directivas sobre Energía Renovable[48] y Eficiencia Energética[49] fueron modificadas a finales de 2018. También se introdujeron cambios en la Directiva sobre el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión (RCDE)[50], mientras que la Decisión relativa al reparto de esfuerzos de mitigación entre los Estados miembros en los sectores no incluidos en el RCDE fue reemplazada por un Reglamento[51]. Así mismo, dos nuevos actos jurídicos fueron adoptados e incorporados al marco 2030 de actuación:

---

47 COMISIÓN EUROPEA, "Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra", COM (2018) 773 final de 28 de noviembre de 2018.

48 Directiva UE 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, *DO* L núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

49 Directiva UE 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, *DO* L núm. 328, de 21 de diciembre de 2018. En el proceso de modificación de esta Directiva, también se adoptaron nuevas medidas para reducir el consumo energético en el sector de la construcción de edificios, que se recogen en la Directiva UE 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, *DO* L núm. 156, de 19 de junio de 2018.

50 Directiva UE 2018/410 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión UE 2015/1814, *DO* L núm. 76, de 19 de marzo de 2018.

51 Reglamento UE 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030, que contribuyan a la acción por el clima con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París y por el que se modifica el Reglamento UE 525/2013, *DO* L núm.156, de 19 de junio de 2018. En materia de reducción de emisiones, también se adoptaron nuevas medidas con el horizonte puesto en 2030. En concreto, dos nuevos Reglamentos sobre límites de emisión de CO2 de turismos, vehículos comerciales ligeros y vehículos pesados, a saber, el Reglamento UE 2019/631 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, y por el que se derogan los Reglamentos CE 443/2009 y UE 510/2011, *DO* L núm. 111, de 25 de abril de 2019, y el Reglamento UE 2019/1242 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO2 de vehículos pesados nuevos y se modifican los Reglamentos CE 595/2009 y

el Reglamento que incluye, por primera vez, las emisiones procedentes de la tierra, del cambio de usos del suelo y de la silvicultura (LULUCF, en sus siglas en inglés)[52], y el Reglamento sobre la Gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima que, entre otras novedades, actualiza el mecanismo de seguimiento y notificación de emisiones adecuándolo a los requisitos de transparencia del Acuerdo de París[53].

Cabe esperar que estos cambios y la actualización de objetivos no serán los últimos, ya que todos estos instrumentos que implementan el marco 2030 incluyen mecanismos de revisión dirigidos a introducir progresivamente esfuerzos adicionales para cumplir con los objetivos del Acuerdo de París[54].

Así, la Directiva modificada relativa al RCDE prevé actualmente una reducción del 43% de las emisiones para 2030 en los sectores incluidos, con respecto a los niveles de 2005. Para conseguir este nuevo nivel de mitigación, el total de emisiones de la UE tiene que reducirse en un 2,2% anualmente entre 2021 y 2030, en lugar del 1,74%, como se establecía anteriormente (art. 10 de la Directiva UE 2018/40). Sin embargo, no será, en efecto, la única actualización antes de 2030, ya que el artículo 30 de esta Directiva anuncia nuevas revisiones en las metas de mitigación, si fueran necesarias para alcanzar los objetivos de París, en particular, tras el primer balance mundial que se haga en 2023 para evaluar los progresos colectivos realizados[55]. Igualmente, para los sectores no incluidos en el comercio de emisiones, el nuevo Reglamento UE 2018/842 sobre la distribución de esfuerzos de mitigación entre Estados miembros establece un objetivo de 30% de reducción de GEIs para 2030, con respecto a los niveles de 2005. Esta meta de mitigación se aplica a las emisiones en ámbitos como el transporte, la agricultura, edificios y sectores industriales no incluidos en el RCDE (art. 1 del Reglamento) y se reparte entre cada Estado miembro en función de su PIB, en los porcentajes especificados en el Anexo

---

UE 2018/956 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 96/53/CE del Consejo, *DO* L núm. 198, de 25 de julio de 2019.

52 Reglamento UE 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura, en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, y por el que se modifican el Reglamento UE 525/2013 y la Decisión 529/2013/UE, *DO* L núm. 156, de 19 de junio de 2018.

53 Reglamento UE 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, sobre la Gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima, *DO* L núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

54 Véase TORNEY, D. y O' GROMAN, R., "Adaptability versus certainty in a carbón emissions reduction regime: An assessment of the EU's 2030 climate and energy policy framework", *RECIEL*, Vol. 29, 2020, núm. 2, pp. 167-176.

55 Conforme al artículo 14 del Acuerdo de París, el primer balance mundial de los progresos realizados en su cumplimiento se hará en 2023 y, a continuación, cada 5 años.

de este Reglamento[56]. Sin embargo, aquí también, las reducciones asignadas son susceptibles de cambio antes de 2030, ya que el artículo 15 de este Reglamento prevé su potencial revisión si fuera necesario para cumplir con los objetivos del Acuerdo de París, en particular, a resultas del primer balance mundial de 2023.

Similares mecanismos de adaptación pueden encontrarse en las Directivas sobre Energía Renovable y sobre Eficiencia Energética, si bien las fechas no son coincidentes en este caso. Así, la Directiva sobre Energía Renovable prevé que el actual objetivo del 32% pueda incrementarse en 2023, en el caso de que se observen reducciones importantes en los costes de producción de la energía renovable o resulte necesario para cumplir los compromisos internacionales de descarbonización de la UE o cuando así lo justifique una reducción significativa del consumo de energía en la Unión (art. 3.1 de la Directiva). Por su parte, la Directiva sobre Eficiencia Energética dispone que el 28 de febrero de 2024, a más tardar, y cada cinco años a partir de entonces, la Comisión Europea evaluará la experiencia de la aplicación de esta Directiva y presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la eventual conveniencia de adaptarla y adoptar, acaso, nuevas medidas en función de los objetivos del Acuerdo de París (art. 24 de la Directiva).

Como acto jurídico nuevo del marco 2030, el Reglamento LULUCF constituye actualmente un elemento clave para la reducción de emisiones, junto con el RCDE y el Reglamento de distribución de esfuerzos de mitigación[57]. Reflejando el régimen adaptable del Acuerdo de París, este Reglamento también incluye una cláusula de revisión en el artículo 17.2, conforme a la cual, en el plazo de seis meses después de cada balance mundial, la Comisión Europea debe remitir un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la contribución efectiva del Reglamento a las aspiraciones de la UE en materia de reducción de emisiones para 2030 y los objetivos del Acuerdo de París.

El otro instrumento jurídico nuevo es el Reglamento sobre Gobernanza. Tal vez el aspecto más innovador que establece este acto jurídico es el requisito de que los Estados miembros elaboren planes nacionales integrados de energía y clima para el período 2021-2030, así como estrategias a largo plazo de reducción de GEIs para un horizonte de al menos 30 años (arts. 9 y 15 del Reglamento). La versión definitiva de estos planes nacionales fue comunicada a la Comisión Europea en diciembre de 2019, conforme a lo establecido en el art. 3 del propio Reglamento sobre Gobernanza. Más de la mitad de estos

---

56 Conforme a este reparto diferenciado, los porcentajes de reducción de emisiones oscilan entre el 0% (Bulgaria) al 40% (Suecia).

57 Véase SAVARESI, A. y PERUGINI, L., "The land sector in the 2030 EU climate change policy framework: a look at the future", *Journal for European and Environmental and Planning Law,* Vol. 16, 2019, núm. 2, pp. 148-164 , p.160.

planes incluyen objetivos para 2050, aunque con distintos grados de precisión[58]. Este Reglamento también prevé una primera evaluación por parte de la Comisión Europea de los avances registrados, a más tardar el 31 de octubre de 2021 y, posteriormente, cada dos años. Si, sobre la base de esta evaluación de los planes nacionales integrados de energía y clima, la Comisión considerara que las contribuciones de los Estados miembros son insuficientes para la consecución colectiva de los objetivos de la Unión para 2030 en materia de energía renovable y eficiencia energética, podrá entonces formular recomendaciones a los Estados miembros cuyas contribuciones considere insuficientes al objeto de que aumenten su nivel de ambición (arts. 29-31 del Reglamento). Las recomendaciones, sin embargo, no son actos jurídicos vinculantes, aunque los Estados miembros tienen que motivar cómo y hasta qué punto han seguido las recomendaciones de la Comisión[59].

Por tanto, todos los actos jurídicos que implementan el actual marco 2030 clima y energía proveen a la UE de una capacidad flexible para revisar los objetivos de reducción de emisiones y reforzar las medidas para alcanzarlos, en consonancia con el régimen flexible del propio Acuerdo de París. Con todo, por el momento, este marco 2030 no se considera una contribución suficiente de la UE al cumplimiento del objetivo global de limitar la subida de la temperatura a 2ºC y, mucho menos, a 1,5ºC[60]. En general, todas las primeras CDNs comunicadas por las Partes del Acuerdo de París fueron consideradas insuficientes para lograr este objetivo en la segunda mitad de este siglo[61]. En el caso de la UE, algunos análisis realizados sobre el reparto de esfuerzos de mitigación en base a criterios de equidad, como son, por ejemplo, la responsabilidad

---

58 Información detallada sobre todos estos planes está accesible en https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/implementation-eu-countries/energy-and-climate-governance-and-reporting/national-energy-and-climate-plans_es. En términos generales, se estima que los compromisos colectivos en materia de energía renovable permitirán superar el objetivo del 32%, no sin embargo, el del 32,5 % de mejora en eficiencia energética, quedando ligeramente por debajo también de la meta del 40% de reducción de GEIs. Véase SJAERSETH, J. B., "Towards a European Green Deal: The evolution of EU climate and energy policy mixes", International Environmental Agreements, Vol. 21, 2021, núm. 1, pp.25-41, p.35.

59 La falta de obligatoriedad jurídica en los esfuerzos a desplegar por los Estados miembros se explica en gran medida por el hecho de que la competencia en materia de energía sigue correspondiendo a los Estados miembros en lo que respecta a la elección y combinación de sus fuentes energéticas (art. 194.2 TFUE). Estas planificaciones nacionales introducidas por el Reglamento sobre Gobernanza proporcionan, al menos, a la Comisión Europea información más concreta para valorar la posibilidad de conseguir los objetivos energéticos establecidos a nivel de la UE. Véase al respecto, BEDIA BUENO, G., "El Derecho de energía, las políticas europeas y la transición energética en la Unión Europea", *Cuadernos Cantabria Europa,* 2017, núm. 16, 2017, pp. 38.62; GARCÍA LUPIOLA, A., "Los retos de la seguridad energética y el cambio climático: hacia una economía europea sostenible", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 2019, núm. 60, pp. 305-339.

60 KULOVESI, K. y OBERTHÜR, S., "Assessing the EU's 2030 Climate and Energy Policy Framework: Incremental change toward radical transformation?", *RECIEL,* Vol. 29, 2020, núm.2, pp. 151-166, p.151.

61 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *op. cit.,* p. X.

histórica y la capacidad económica, constatan que una contribución acorde a estos criterios y compatible con el objetivo del 1,5ºC supondría reducir en un 86% las emisiones de GEIs para 2030 y alcanzar un nivel cero de emisión de CO2 entre 2036 y 2040[62]. Sin embargo, como se está analizando en este estudio, la UE aspira a conseguir este último objetivo en 2050.

Con la vista puesta precisamente en este objetivo, el Consejo Europeo decidió en su reunión de 11 de diciembre de 2020 incrementar del 40% al 55% la reducción de GEIs para 2030[63]. Queda, por tanto, actualizado también este objetivo fundamental del marco 2030. Ello ha permitido, a su vez, que la UE comunicara, el 17 de diciembre de 2020, a la Secretaría de la CMNUCC una CDN renovada incorporando la nueva meta de mitigación y de conformidad a la primera revisión quinquenal prevista por el Acuerdo de París[64].

El nuevo objetivo del 55% también se recoge en la Ley Europea del Clima, que, además, incorpora la neutralidad climática como objetivo vinculante a conseguir por la UE y sus Estados miembros en 2050. Su entrada en vigor e implementación implica una nueva revisión de los actos jurídicos del marco 2030, así como de los planes nacionales de clima y energía, todos los cuales fueron elaborados en base al objetivo del 40%[65].

3.2. Más allá de 2030: la Ley Europea del Clima y el objetivo vinculante de la neutralidad climática

La nueva Ley Europea del Clima se recoge en el Reglamento UE 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, lo cual constituye un instrumento jurídico verdaderamente relevante en un ámbito de competencia compartida entre la UE y sus Estados miembros, como es la política de medio ambiente (arts. 4.2e, 191-193 TFUE). En efecto, a diferencia de la Directiva, técnica jurídica por excelencia en las materias de competencia compartida, el Reglamento es obligatorio en todo su contenido y directamente aplicable en todo Estado miembro (art. 288 TFUE). Por tanto, se trata de un tipo de acto jurídico que proporciona un poder normativo completo al legislador europeo.

---

62 HÖHNE, N. *et al.,* "A possible 2050 climate target for the EU", *NewClimate Institute Report,* 2019, pp. 1-17, p. 6; CLIMATE ACTION TRACKER, "Country Summary", 2021, accessible en https://climateactiontracker.org/countries/eu/

63 CONSEJO EUROPEO, "Reunión del Consejo Europeo (10 y 11 de diciembre de 2020)-Conclusiones", EUCO 22/20, Bruselas, 11 de diciembre de 2020.

64 "Submission by Germany and the European Commission on behalf of the EU and its Member States", https://www4.unfccc.int/sites/ndcstaging/PublishedDocuments/Spain%20First/EU_NDC_Submission_December%202020.pdf

65 KRÄMER, L., "Planning for Climate and the Environment: the EU Green Deal", *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2020, núm. 17, pp.267-306, p.271.

La Ley Europea del Clima vincula explícitamente su contenido normativo con el Acuerdo de París y el compromiso de la UE de lograr la neutralidad climática en 2050. Así lo expresa el artículo 1.2 cuando introduce la neutralidad climática como un objetivo jurídicamente vinculante para la UE y sus Estados miembros en 2050 "con el fin de alcanzar el objetivo a largo plazo referente a la temperatura establecido por el artículo 2 del Acuerdo de París". Esta misma disposición establece también un objetivo vinculante de reducción de emisiones para 2030. El porcentaje concreto de mitigación para 2030 se recoge en el artículo 4.1 y se corresponde con el incremento decidido por el Consejo Europeo en diciembre de 2020, esto es, un 55% con respecto a los niveles de 1990. La nueva meta de reducción de GEIs conllevará necesariamente la revisión de los instrumentos jurídicos de implementación del actual marco 2030, como lo prevé la propia Ley Europea del Clima (art. 4.2). El correspondiente paquete de modificación normativa fue presentado por la Comisión Europea el 12 de julio de 2021 bajo el título "Objetivo 55" (*Fit for 55*)[66].

Además de las nuevas metas de mitigación, otro de los aspectos más destacados de la Ley Europea del Clima es la responsabilidad normativa que atribuye a la Comisión Europea para la consecución del objetivo de plena descarbonización en 2050. En concreto, el artículo 4.2 y 3 prevé que el ejecutivo europeo pueda adoptar propuestas legislativas para determinar la trayectoria a nivel de la UE que permita alcanzar en 2050 la meta de neutralidad climática. A tal propósito, se contempla la fijación de un segundo objetivo intermedio para 2040, tras el primer balance global contemplado por el artículo 14 del Acuerdo de París para 2023, y la consiguiente elaboración por la Comisión Europea de una propuesta legislativa de modificación del Reglamento UE 2021/1119 con el fin de incluir dicho objetivo. Así mismo, el artículo 4.6 prevé que la Comisión pueda proponer una revisión del objetivo de 2040 tras el segundo balance global del Acuerdo de París.

Con estas disposiciones, puede afirmarse que la Ley Europea del Clima proporciona más certeza y un carácter más predecible a los esfuerzos de mitigación de la UE en las próximas décadas. Así mismo, dota a la Comisión Europea de base jurídica para impulsar la normativa de clima y energía con el fin de alcanzar el objetivo de la neutralidad climática en 2050. Reforzar esa normativa será, sin duda, necesario ya que, como se ha destacado en este estudio, el objetivo 2030 de mitigación, incluso mejorado recientemente, sigue siendo insuficiente para contribuir al objetivo de temperatura global del Acuerdo de París y a la aspiración de la neutralidad climática de la propia UE. Por tanto,

---

66 Este paquete de medidas refuerza ocho actos jurídicos existentes y propone cinco nuevas iniciativas normativas, la mayoría de ellas en forma de Reglamentos. Véase la información disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_3541

más medidas tendrán que adoptarse para acelerar la transición verde en la UE y cumplir los compromisos internacionales.

Por el momento, el nuevo objetivo 2030 del 55% permitió a la UE presentar su primera CDN renovada en diciembre de 2020. Después del primer balance mundial en 2023, la UE enviará su segunda CDN en 2025, la cual tendrá que abarcar un período más allá de 2030. Ello requerirá reforzar aún más la política europea de clima y energía para contribuir de forma efectiva al logro del objetivo último del Acuerdo de París.

4. CONCLUSIÓN

La UE se ha propuesto liderar la transición ecológica y convertirse en la primera economía mundial climáticamente neutra en 2050. El logro de esta ambición comporta una profunda transformación de la economía y la sociedad europea. El PVE proporciona en estos momentos el marco estratégico integral que guía a la UE hacia esta meta final. Con este propósito, numerosas acciones en diversos sectores se han puesto en marcha desde 2020. La efectividad de las mismas está condicionada en gran parte por la evolución de la pandemia de la Covid-19 a nivel global y de la UE, en particular. Por el momento, los fondos y planes de recuperación post Covid parecen estimular el desarrollo de la política climática europea, al menos en términos jurídicos.

En este contexto, este estudio ha destacado cómo los objetivos y acciones del actual marco 2030 han sido recientemente reforzados, aunque siguen siendo insuficientes para que la UE contribuya eficazmente al objetivo del Acuerdo de París y logre su propia ambición de neutralidad climática en 2050. Con el fin de acelerar el proceso, la nueva Ley Europea del Clima eleva el objetivo de reducción de emisiones de GEIs del marco 2030, al tiempo que establece la neutralidad climática como meta vinculante para 2050 y mejora el sistema de gobernanza. En este sentido, la Comisión Europea está habilitada a formular propuestas legislativas que fijen la trayectoria de mitigación entre 2030 y 2050 que se estime necesaria para conseguir la neutralidad climática. Estas previsiones sobre un objetivo vinculante para 2030, otro intermedio para 2040 y el último de cero emisiones para 2050 aportan, sin duda, mayor certeza y estabilidad a los poderes públicos, agentes económicos y ciudadanos, representando al mismo tiempo un paso fundamental hacia una política climática más integrada.

Queda por ver en los próximos meses y años si los planes de recuperación impulsan la implementación del PVE y, con ello, el desarrollo de la política UE de clima y energía. Adecuadamente alineados con el objetivo de neutralidad climática, los planes y fondos de recuperación asignados pueden proporcionar la coyuntura propicia para impulsar decisivamente la transición ecológica de Europa y reforzar la política climática como eje de transformación económica y social.

ENTRE LA ECONOMÍA VERDE Y LA AZUL. TENSIONES Y RETOS PARA LA UE ANTE EL ODS 14

MONTSERRAT PINTADO LOBATO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DEBATE CONCEPTUAL SOBRE LA ECONOMÍA AZUL. 3. LA UE COMO "ACTOR VERDE". RETOS Y TENSIONES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA AZUL. 3.1. UNA ECONOMÍA AZUL DIVERSA E INTEGRADA: EL RETO DE LA MULTIPLICACIÓN SECTORIAL 3.2. EL RETO DE UNA PLANIFICACIÓN ESPACIAL MARINA CON ENFOQUE ECOSISTÉMICO. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Desde su aprobación en 2015[2], los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se han convertido no solo en un pilar prioritario de las políticas públicas, sino también en tema de investigación recurrente. No obstante, la atención prestada adolece a menudo de una puesta en valor de su carácter interdependiente, tanto entre los distintos objetivos como con otras políticas de carácter transversal. Este es el caso de la intersección entre la economía verde, ejemplificada a través de la interrelación de los tres pilares de los ODS, y la economía azul (EA). Así, este trabajo avanza en la línea marcada por la Conferencia Oceánica de Naciones Unidas (NN.UU.) sobre el ODS 14, que destacaba "el carácter integrado" y "la importante interrelación" entre los 17 objetivos, y busca contextualizarlos dentro del marco de la EA[3]. La intersección entre ambas líneas de acción supone una puesta en valor de la necesidad de reforzar la sostenibilidad en el contexto marino y submarino, especialmente en el ámbito europeo, tal y como reseñaba la propia Comisión Europea en

---

1 Profesora Ayudante Doctora de Relaciones Internacionales. Universidad de Santiago de Compostela (USC) (montserrat.pintado@usc.es). El presente capítulo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación "La implementación del ODS 14 en España y la UE: desafíos regulatorios para la cooperación internacional y la seguridad marítima. (ESPO-DS14)" (PID2019-109680RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (DOI: 10.13039/501100011033) en el marco del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Todas las páginas web han sido consultadas por última vez el 26 de octubre de 2021.

2 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015, https://undocs.org/es/A/RES/70/1

3 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, "Conferencia de las Naciones Unidas para Apoyar la Consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14: Conservar y Utilizar Sosteniblemente los Océanos, los Mares y los Recursos Marinos para el Desarrollo Sostenible", A/RES/70/226, 22 de diciembre de 2015, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/226&Lang=S

su Comunicación sobre el Pacto Verde europeo en referencia a la "economía azul sostenible"[4].

Concretamente, este trabajo tiene como objetivo contextualizar y enriquecer el nexo entre las economías verde y azul bajo el contexto creado por los ODS, especialmente el 14. Asimismo, en el marco comunitario, pretende estudiar las tensiones y los retos que se presentan en la interrelación entre ambas, en la línea marcada por la Comisión Europea hacia un enfoque de la Economía Azul Sostenible (EAS)[5]. A lo largo de las siguientes páginas, se explorará la tensión inherente en la propia definición del concepto de economía azul, como es el equilibrio entre la definición el medio marino como oportunidad económica y de desarrollo y su naturaleza como espacio explotado, vulnerable y amenazado a proteger[6]. Además, se explorará cómo la práctica comunitaria ha incorporado esa noción teórica, y las tensiones intersectoriales que presenta el inevitable avance hacia una EAS.

2. EL DEBATE CONCEPTUAL SOBRE LA ECONOMÍA AZUL

El concepto de economía azul, si bien se ha convertido paulatinamente en un aspecto central en distintos tipos de foros, estrategias económicas y políticas de desarrollo, presenta aún hoy una definición excesivamente abierta, fluida y pretendidamente ambigua[7]. No en vano, algunos autores se muestran convencidos de que esa ambigüedad constituye una herramienta para que actores de diversa índole promuevan sus propias interpretaciones en pro de lograr apoyo en distintas negociaciones sobre el tema[8]. Concretamente, esa falta de consenso en la definición conceptual ha provocado que distintos actores subrayen únicamente algunas características de esta, como en la Cumbre de la Tierra de Rio +20, en la que algunos autores contabilizan, al menos,

---

4 COMISIÓN EUROPEA, "El Pacto Verde Europeo", COM(2019) 640, 11 de diciembre de 2019, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF

5 COMISIÓN EUROPEA, "Un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la UE. Transformar la economía azul de la UE para un futuro sostenible", COM(2021) 240 final, 17 de mayo de 2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0240&from=ES

6 VOYER, M. et al., "Shades of blue: what do competing interpretations of the Blue Economy mean for oceans governance?", *Journal of Environmental Policy & Planning*, vol. 20, 2018, núm. 5, pp. 595-616, p. 596.

7 Sobre la fluidez de este concepto, *víd.* VOYER, M. et al., *op. cit.* en n. 5; CHOI, Y. R., "The blue economy as governmentality and the making of new spatial rationalities", *Dialogues in Human Geography*, vol. 7, 2017, núm. 1, pp. 37-41; EIKESET, A. M. et al., "What is Blue Growth? The semantics of 'sustainable development' of marine environments", *Marine Policy*, vol. 87, 2018, pp. 177-179; SILVER, J. J. et al., "Blue economy and competing discourses in international oceans governance", *The Journal of Environment & Development*, vol. 24, 2015, núm. 2, pp. 135–160.

8 VOYER, M. et al., *op. cit.* en n. 5, p. 598.

cuatro ideas fuerza distintas sobre los océanos en el marco de la economía azul[9]. En esta distinción se palpa el conflicto entre dos discursos contrapuesto a nivel conceptual: en un primer término aquel que prioriza el crecimiento y el desarrollo y, en un segundo, el que coloca como prioritario en la agenda la protección de los recursos marinos y oceánicos[10]. De hecho, no son pocas las críticas hacia este proceso, calificado por algunos como "neoliberalización de la naturaleza[11]", y con crecientes críticas que cuestionan que pueda realizarse una explotación de recursos sostenible en un marco de crecimiento económico ilimitado[12].

De cualquier modo, la mayoría de los análisis se centran en explorar cómo el conflicto explotación/desarrollo vs. cuidado medioambiental se resuelve en la aplicación política del concepto de economía azul. En este sentido, Voyer et al. señalan que, a pesar de las divergencias en la definición, es posible identificar una serie de consensos en cualquier definición, centrado en una mercantilización y tasación del entorno azul, la delimitación de barreras espaciales para distintos sectores y la creciente securitización de los océanos. Sin embargo, existen mayores conflictos sobre qué sectores incluir en ese amplio espectro de la economía azul, principalmente aquellas o industrias intensivas en carbono, como petróleo o gas, así como la minería del fondo marino[13]. Es, en definitiva, una constatación de que la tensión entre vulnerabilidades ambientales y oportunidades de negocio o de desarrollo debe solventarse antes de poner en marcha cualquier estrategia.

Es precisamente en la interrelación de la variable sostenible con la económica donde más tensiones se evidencian en el camino al cumplimiento del ODS 14. No en vano, muchos autores ya han subrayado la dificultad de reconciliar la maximización de beneficios (que habitualmente incluye cuotas de pesca más importantes, subsidios) con la sostenibilidad del entorno marino y costero (que recoge medidas como la delimitación de las artes de pesca y la eliminación o reducción de capturas de especies en peligro, por ejemplo). Por ello, es importante explorar las tensiones y retos a las que se enfrenta la

---

9 SILVER, J. J. et al., *op. cit.* en n. 6.

10 LEE, K.-H., NOH, J. y KHIM, J. S., "The Blue Economy and the United Nations' sustainable development goals: Challenges and opportunities", *Environment International*, vol. 137, 2020, pp. 1-6, p. 1.

11 CASTREE, N., "Neoliberalism and the biophysical environment 1: What 'neoliberalism' is, and what difference nature makes to it", *Geography Compass*, vol. 4, 2010, núm. 12, 1725-1733, p. 1725.

12 HADJIMICHAEL, M., "A call for a blue degrowth: Unravelling the European Union's fisheries and maritime policies", *Marine Policy*, vol. 94, 2018, pp. 158-164, p. 158.

13 VOYER, M. et al., *op. cit.* en n. 5, p. 595; CISNEROS-MONTEMAYOR, A. N., "A Blue Economy: equitable, sustainable, and viable development in the world's oceans" en CISNEROS-MONTEMAYOR, A. N., CHEUNG, W. W. L. y OTA, Y. (eds.), *Predicting Future Oceans*, Amsterdam, Elsevier, 2019, pp. 395-404, p. 397.

Unión Europea en ese camino hacia una EA más sostenible, con el objetivo de interrelacionar también los avances que se están produciendo en el marco del Pacto Verde Europeo[14].

Las tensiones principales habitualmente coinciden en un lugar común, directamente relacionado con la naturaleza de la Unión como actor global y su dinámica *up-down* en este ámbito, promoviendo, por un lado, la reconciliación entre las agendas verde y azul entre los Estados miembros y, por otro, apostando por un discurso diplomático que refuerce su creciente imagen como "actor verde". Esta tensión, marcada por la recurrente pugna entre el supranacionalismo y el intergubernamentalismo comunitario, también queda recogida en la Comunicación Conjunta de la Comisión Europea y la Alta Representante, que pide una mayor integración entre la Unión y los Estados miembros en sus políticas internas y externas[15].

3. LA UE COMO "ACTOR VERDE". RETOS Y TENSIONES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA AZUL

Para la Unión Europea, la acción contra el cambio climático ha constituido en los últimos años una piedra angular de sus políticas internas y también un argumento central de su identidad como actor global. En este sentido, la adopción en 2019 del Pacto Verde Europeo se ha ubicado como una de las joyas de la corona del proyecto de la Comisión Von der Leyen y constituye un paso importante de acercamiento entre las cuestiones medioambientales y las perspectivas sociopolíticas y humanas[16]. No obstante, el Pacto explícitamente hace mención a las tensiones entre el cuidado medioambiental y el crecimiento y bienestar económico de las sociedades, apostando por un equilibrio que aún parece difícil de cristalizar[17].

Precisamente ese equilibrio ha sido también aplicado como una vara de jerarquización de las actividades que componen la EA. El ineludible antagonismo entre algunas actividades y el paulatino posicionamiento de las instituciones comunitarias en lo relativo a las actividades prioritarias o con mayor

---

14 Para consultar una aproximación reciente a este respecto, ver SOBRINO, J. M., "La Política Marítima Integrada se tiñe de verde: la dimensión oceánica del Pacto Verde Europeo" en FERNÁNDEZ PROL, F. (coord.), *Pesca marítima y crecimiento sostenible: análisis en clave jurídica*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2021, pp. 21-43.

15 COMISIÓN EUROPEA Y ALTA REPRESENTANTE DE LA UNIÓN PARA ASUNTOS EXTERIORES Y DE SEGURIDAD, "Gobernanza internacional de los océanos: una agenda para el futuro de nuestros océanos", JOIN(2016) 49, 10 de noviembre de 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016JC0049&from=EN

16 SANAHUJA, J. A., "Pacto Verde Europeo: el giro ambiental de un actor global", *Anuario CEIPAZ*, núm. 13, 2020-2021, pp. 69-96, p. 77.

17 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 3, p. 2.

capacidad de crecimiento no ha hecho más que complejizar la cuestión. De hecho, es más que evidente que, en los últimos años, la variable de la sostenibilidad ha ganado un mayor peso, priorizando en consecuencia aquellos sectores con menor impacto en la biodiversidad y el futuro de los mares y océanos, a costa de otros más establecidos y cuyo peso en la economía azul es muy significativo, como en el caso de la pesca o el turismo costero[18].

No obstante, algunos autores critican que las instituciones comunitarias han hecho un uso "unidimensional" del término sostenibilidad, únicamente incluyendo la variable medioambiental y atendiendo "excesivamente a la conservación de los recursos naturales", olvidando las dimensiones económica y social[19], que constituyen también una parte fundamental de los ODS. Así, estás críticas apuntan especialmente a la marginación y culpabilización sufrida por el sector pesquero, sujeto a una regulación más desarrollada que otros, obviando también el papel de la pesca en el cumplimiento de varios ODS y crucial en una visión integrada e interdependiente de la Agenda.

Si bien múltiples documentos oficiales comunitarios han ligado directamente el auge de la economía azul con el desarrollo sostenible, desde el lanzamiento del Pacto Verde es posible vislumbrar una reordenación de las actividades en base a un mayor peso de la preocupación por el agotamiento de los recursos marinos y a una explotación excesiva de recursos vivos y no vivos. Así, por ejemplo, se ha avanzado hacia un refuerzo normativo a través de estrategias en materia de biodiversidad[20], energía renovable marina[21] o algunas actividades de acuicultura[22]. A su vez, es más que notable la menor atención a sectores como la pesca y la minería, a menudo percibidos como menos sostenibles y con más afecciones en el medio.

---

18 Atendiendo a los datos del último informe de economía azul, las estadísticas de 2018 indican que el turismo costero reúne el 63.53 % del empleo y el 45.5% del valor agregado bruto, mientras que los recursos marinos vivos aportan el 12.03% del empleo y 10.85% del valor. COMISIÓN EUROPEA, *The EU Blue Economy Report 2021*, Dirección General de Asuntos Marinos y Pesqueros, junio 2021, p. 19, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0b0c5bfd-c737-11eb-a925-01aa75ed71a1

19 SOBRINO, J. M., op. cit. en n. 13, p. 37.

20 COMISIÓN EUROPEA, "Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas", COM(2020) 380 Final, 20 de mayo de 2020, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a3c806a6-9ab3-11ea-9d2d-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF

21 COMISIÓN EUROPEA, "Una estrategia de la UE para aprovechar el potencial de la energía renovable marina para un futuro climáticamente neutro", COM (2020) 741 final, 19 de noviembre de 2020, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0741&from=EN

22 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 4.

La base de este giro la encontramos en el Informe sobre Criterios de Sostenibilidad en la Economía azul[23], que directamente se refiere a una Economía Azul Sostenible (EAS) y operacionaliza los criterios de sostenibilidad de los sectores al tiempo que analiza también su impacto en otros. Es, hasta ahora, la aproximación más completa y todo parece indicar que marcará el camino que seguirá la Comisión ante los necesarios avances en la planificación el espacio marino. Esa noción de EAS recoge explícitamente una visión multidimensional de la sostenibilidad (económica, social, medioambiental y gubernamental) y, además, dada la interacción entre costa y mar, incluye sectores y actividades que tienen lugar en ambas y abre el abanico a actividades no económicas, como las de conservación de hábitats o los servicios ecosistémicos[24].

3.1. Una economía azul diversa e integrada: el reto de la multiplicación sectorial

Como ya hemos venido indicando, si bien los documentos oficiales de las instituciones comunitarias han mostrado pinceladas sobre la jerarquización de las actividades más dinámicas en cuanto a las perspectivas de crecimiento, el Informe sobre los Criterios de Sostenibilidad de la Comisión Europea avanza no solamente en los criterios e indicadores a utilizar, sino también en los peligros y tendencias de cada actividad y sector, yendo así incluso más allá de la propia comunicación posterior de la Comisión.

El uso de los recursos oceánicos y marinos ha generado múltiples conflictos intersectoriales, multiespaciales, multinivel e, incluso, entre los escenarios temporales de uso[25]. Es por ello que la aplicación de criterios de jerarquización no puede únicamente centrarse en una ordenación sectorial ni tampoco en un escenario puramente comunitario, ya que la interdependencia global en el ámbito medioambiental y marino y su carácter integrado dificultan que un actor global como la UE pueda avanzar con una visión tan reducida. No obstante, es posible afirmar que el nuevo enfoque sobre EAS[26] da algunas

---

23 COMISIÓN EUROPEA, "Sustainability criteria for the blue economy. Main report", European Climate, Infrastructure and Environment Executive Agency, marzo 2021, https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/893c5ae2-a63a-11eb-9585-01aa75ed71a1

24 *Ibid*, p. 16. En concreto, el informe recoge la siguiente definición de economía azul sostenible: "A sustainable blue economy promotes economic growth, social inclusion and improved livelihoods while ensuring the environmental sustainability of the natural capital of the oceans and seas. For the purpose of this report, the sustainable blue economy encompasses all sectoral and cross-sectoral economic activities related to the oceans, seas and coasts. It comprises emerging sectors and economic value based on natural capital and non-market goods and services through the conservation of marine habitats and ecosystem services".

25 KLINGER, D. H. et al., "The mechanics of blue growth: Management of oceanic natural resource use with multiple, interacting sectors", *Marine Policy*, vol. 87, 2018, pp. 356-362, p. 356.

26 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 4, p. 15.

pistas sobre cómo las instituciones comunitarias aspiran a resolver algunas de esas tensiones. De hecho, es posible identificar una apuesta clara por priorizar algunos sectores de la economía azul, entre los que cabe destacar la energía marina (principalmente, la eólica), la modernización y diversificación de las actividades portuarias y algunos sectores alimentarios, como la producción de algas.

Indudablemente, la producción de energía renovable marina, principalmente el sector eólico, cuenta actualmente con un enorme potencial a escala comunitaria[27]. A pesar de que algunas costas y zonas marinas europeas cuentan con mejores condiciones para la implantación de este tipo de actividades, los avances en estas tecnologías, que actualmente permiten ya la colocación de los molinos en superficie, las crecientes inversiones del sector privado y su potencial de producción de energía limpia la convierten en la energía marina con un desarrollo más avanzado[28]. Además, las perspectivas de un aumento en la producción energética comunitaria no solamente suponen una excelente oportunidad económica, tecnológica, medioambiental y de empleo, sino también un notable avance en materia de seguridad energética. No en vano, la Comisión Europea pretende que la energía renovable marina, con un peso enorme de la eólica, se convierta en "un componente central del sistema energético europeo de aquí a 2050" [29] con estimaciones que prevén que alcance hasta un 30% del mix energético comunitario[30].

No obstante, el énfasis en la energía eólica marina ha levantado importantes críticas entre otros sectores, principalmente el pesquero, que crecientemente

---

27 Cabe recordar que los documentos oficiales de la Unión realizan una distinción entre la energía renovable marina (donde se encuentran, entre otras la eólica y la solar), que engloban dentro de los sectores establecidos, y la energía oceánica, que queda ubicada dentro de los sectores emergentes. COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 17, p. 6. Dentro de la energía oceánica, con un desarrollo aún escaso, se incluye la energía potencial, cinética, térmica y química de las aguas, a través de seis fuentes principales: "las olas; la amplitud de las mareas; las corrientes de las mareas; las corrientes oceánicas; la conversión de energía térmica oceánica; y, por último, los gradientes de salinidad". ABAD, M., "*Blue growth* y energía en la UE: balance y perspectivas" en CABEZA, J. Y FERNÁNDEZ, B. (coords.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, pp. 379-394, p. 382.

28 *Ibid.*, p. 393. A este respecto, cabe precisar que, tal y como comenta la autora, aunque la producción de esta energía sea considerada sin emisiones, los molinos eólicos sí implican residuos en su eliminación, ya que solamente es posible reciclar entre el 85 y 90 % del aerogenerador desinstalado. PARLAMENTO EUROPEO, "Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2021, sobre el impacto en el sector pesquero de los parques eólicos marinos y otros sistemas de energía renovable (2019/2158(INI))", P9_TA(2021)0338, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0338_ES.html

29 *Ibid*, p. 3.

30 *Ibid.* Partiendo de la capacidad de energía eólica de 12 GW actualmente instalada, la Comisión estima que el objetivo de disponer de una capacidad instalada de al menos 60 GW de energía eólica marina y de al menos 1 GW de energía oceánica para 2030, con vistas a alcanzar respectivamente 300 GW y 40 GW de capacidad instalada de aquí a 2050. COMISIÓN EUROPEA, "Una estrategia de la UE…", *op. cit.* en n. 26, p. 2.

ha elevado el tono ante la posible competencia de espacios. La Comisión de Pesca del Parlamento Europeo también se ha ocupado del tema y ha alertado del "solapamiento" entre ambas actividades, en una postura unisectorial claramente favorable a los intereses pesqueros, al tiempo que solicitaba mayores estudios sobre el impacto en la fauna marina y pedía a las administraciones reservar una mayor implicación de los sectores pesqueros en los estudios de permisos para parques eólicos marinos.

Además de estas reticencias, la energía eólica marina y especialmente otras energías marinas con un desarrollo industrial menos avanzado, se encuentran ante el reto de superar su "valle de la muerte", en referencia al fracaso de múltiples proyectos en fases pre-comerciales por poca financiación[31]. No obstante, el escenario abierto por el Pacto Verde Europeo y por los fondos Next Generation Europe dibuja un futuro más optimista que permita mayores y más rápidos avances gracias la integración transversal de los criterios de sostenibilidad en todas las decisiones de inversión[32].

Otro de los sectores que crecientemente ha ganado peso en las estrategias públicas de EAS es el portuario, muy ligado también a las posibilidades de expansión del sector eólico marino. Así, la Comisión considera que el papel de estas infraestructuras en el futuro será "clave", pero entiende que su papel debe ir más allá del actual, centrado principalmente en el transbordo y la logística, hacia un rol más diverso, incluyendo su constitución como centros energéticos (aprovechando el auge de la energía marina), como nodos industriales y de comunicación y como puntos clave en los procesos de economía circular, y siempre bajo el objetivo de lograr puertos sin emisiones[33].

Asimismo, en materia alimentaria, la Comisión trabaja en una transformación de los hábitos de consumo hacia opciones más sostenibles (principalmente basados en la cercanía en la producción) como la Estrategia de la Granja a la Mesa, que incluye también otros sectores terrestres, así como la propia inclusión de productos innovadores y con gran potencial de consumo, como el propio sector de las algas, que contará con una estrategia específica en 2022.

Si bien la jerarquización de los sectores de la economía azul aún es muy prematura, además de esos tres sectores mencionados, todo parece indicar que la Comisión avanza en pro de un concepto de EAS que "no solo implica que las nuevas industrias sean sostenibles y tengan en cuenta la equidad social, sino que las existentes se transformen"[34]. De hecho, si bien algunos sectores establecidos, como la pesca o el transporte marítimo, no aparecían de inicio

---

31 ABAD, M., *op. cit.* en n. 26, p. 388.
32 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 4, p. 15.
33 *Ibid*, pp. 4 y 5.
34 CISNEROS-MONTEMAYOR, A. N., *op. cit.* en n. 12, p. 400.

en la estrategia de crecimiento azul[35], los últimos documentos oficiales han mostrado un giro a este respecto. No obstante, tanto los sectores consolidados como emergentes han de entender este proceso como un camino que no conducirá a una exclusividad de usos, sino hacia una reordenación de prioridades normativas y presupuestarias que debe abogar por una visión integrada en favor de las sinergias y que reduzca los antagonismos.

En este sentido, un reto no solo en la ordenación del espacio, sino en la propia EAS, será la gestión entre la diversidad de usos y la necesidad de exclusividad que propugnan algunas industrias en un marco de creciente e imparable privatización de la actividad marina[36]. No debe olvidarse, además, que a menudo sectores como el pesquero contribuyen a la creación de empleos en regiones con pocas alternativas de reconversión[37]. En este sentido, una planificación especial efectiva se hace imprescindible para una EAS, ya que su éxito depende de una ordenación de usos en función de su equilibrio medioambiental, económico y social.

3.2. El reto de una Planificación Espacial Marina con enfoque ecosistémico

La relevancia de la planificación espacial en la gestión marítima es uno de los principales consensos sobre los que ha de basarse la EAS[38], hasta el punto de que algunos autores afirman que "es impensable un crecimiento azul sostenible sin que haya una adecuada ordenación de las actividades que se solapan"[39]. El impulso de este tipo de planificaciones espaciales, que pongan orden en el solapamiento entre distintas actividades y sectores, ha de buscar, en consecuencia, no solo una reducción de los conflictos intersectoriales e incluso unas mayores sinergias entre ellos, sino un aprovechamiento de los recursos oceánicos bajo los principios de sostenibilidad, eficiencia y seguridad[40].

La UE viene trabajando de manera sostenida en el impulso de planes de ordenación nacionales, impulsados bajo la Directiva 257/135 por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo[41], así como una

---

35 KLINGER, D. H. et al., *op. cit.* en n. 24, p. 356.

36 ROS, N., "Estrategia *Blue Growth* y retos de privatización del mar" en CABEZA, J. Y FERNÁNDEZ, B. (coords.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, pp. 227-250, pp. 237 y 239.

37 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* en n. 4, p. 1.

38 VOYER, M. et al., *op. cit.* en n. 5, p. 611.

39 SOBRINO, J. M., "La difícil coexistencia entre las actividades pesqueras y la industria minera y petrolera submarina" en CABEZA, J. Y FERNÁNDEZ, B. (coords.), *Estrategia Blue Growth y Derecho del Mar*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2018, pp. 201-226, p. 226.

40 *Ibid*, p. 205.

41 DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo*,

necesaria cooperación transfronteriza en el caso de estados con zonas oceánicas contiguas. Sin embargo, si bien el plazo para presentar esos planes nacionales finalizó en marzo de 2021, aún no se han hecho públicos los planes definitivos[42].

En ese contexto, se hace necesario abogar por una ordenación del espacio en línea con el objetivo de la sostenibilidad, lo que exige una aproximación con enfoque ecosistémico que se distinga del tradicional enfoque sectorial que estudia autónomamente las distintas actividades y produce resultados limitados en la lucha contra la sobrepesca, la degradación medioambiental o la pérdida de la biodiversidad[43]. Por el contrario, el enfoque ecosistémico pone un mayor foco en la conservación de las estructuras del ecosistema, en su funcionamiento y en los procesos, debe tener una aplicación geográfica concreta siempre en base a criterios ecológicos y debe prestar atención a las interacciones entre las actividades humanas y el propio ecosistema, entendiendo también la influencia de factores que tienen lugar fuera de esa zona geográfica y aplicando una evaluación de riesgos y un criterio de precaución[44].

Este enfoque ecosistémico aplicado a la ordenación espacial marina tiene una naturaleza más integral y holística que la tradicional aproximación sectorial[45] y debe constituirse como "un instrumento transversal integrador"[46] que permita la cohabitación y una aminoración de los conflictos entre los usos competitivos al tiempo que avanza en sinergias que beneficien al mayor número de sectores[47]. Por lo tanto, el proceso de ordenación debe incorpo-

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0089&from=EN

42 Al cierre de la edición de este texto, la UE aún no había hecho públicos estos planes. No obstante, en respuesta a una pregunta del europarlamentario Francisco José Millán, registrada el 1 de marzo de 2021, el comisario de Medio Ambiente, Océanos y Pesca, Virginijus Sinkevičius, informó que, a fecha del 31 de marzo de 2021, "seis Estados Miembros habían presentado formalmente a la Comisión planes de ordenación marítima. Según los datos de que dispone la Comisión, la mayoría de los restantes dieciséis Estados miembros costeros ya han finalizado sus planes o están a punto de hacerlo" y la Comisión espera presentar un informe al respecto tanto al Parlamento como al Consejo a más tardar en marzo de 2022. PARLAMENTO EUROPEO, "Respuesta del Sr. Sinkevičius en nombre de la Comisión europea. Referencia de la pregunta: E-001194/2021", 7 de junio de 2021, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-001194-ASW_ES.html

43 RODRÍGUEZ MANZANO, I., "Un objetivo de desarrollo sostenible para océanos y mares: pesca, pobreza y seguridad alimentaria" en PUEYO, J. y URBINA, J. J. (coords.), *La reforma de la gobernanza pesquera internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 29-53, pp. 33 y 35.

44 NACIONES UNIDAS, *Plan de Aplicación de las Decisiones de la cumbre Mundial sobre el Desarrollo sostenible, Informe de la Cumbre Mundial sobre desarrollo sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), UN.Doc.A/conf.199/20* citado en RODRÍGUEZ MANZANO, I., *op. cit.* en n. 42, p. 33.

45 BÜRGIN, A.C., "La pesca y la ordenación del espacio marítimo", en FERNÁNDEZ PROL, F. (coord.), Pesca marítima y crecimiento sostenible: análisis en clave jurídica, Barcelona, José María Bosch Editor, 2021, pp. 45-64. p. 45.

46 *Ibid*, p. 56.

47 *Vid.* ANSONG, J., GISSI, E. y CALADO, H., "An approach to ecosystem-based management in maritime spatial planning process", *Ocean & Coastal Management*, vol. 141, 2017, pp. 65-81, p.

rar la variable de sostenibilidad de manera transversal a la vez que incluye las distintas actividades y sus procesos de interacción integrada y antagónica en pro de generar una relación complementaria y beneficiosa para la mayoría de ellos. No obstante, no se trata de una tarea sencilla y exige, además de un análisis geográfico concreto, una cooperación transfronteriza efectiva y eficaz. Sin embargo, una integrada y efectiva ordenación del espacio, basada en un enfoque que va más allá de la suma de las partes y avanza en una visión de sistema y ecosistema es clave para la consecución no solo del ODS 14, sino también en otros objetivos relacionados que implican una gestión responsable que genera desarrollo ahora y en el futuro.

4. CONCLUSIONES

No cabe duda de que, en los próximos años, la sostenibilidad, en sus múltiples facetas, se consolidará como una perspectiva transversal a toda actividad económica. En el caso de la economía azul, a escala comunitaria hemos visto como, a raíz de la aprobación del Pacto Verde Europeo y en un contexto de creciente conciencia sobre un desarrollo sostenible, la explotación del medio marino se enfrenta a importantes transformaciones. Ese nuevo escenario se enfrenta, no obstante, a importantes tensiones y retos a escala comunitaria, como hemos venido desgranando a lo largo del presente texto. Así, de cara a 2030, meta de importantes retos medioambientales y de desarrollo, las instituciones comunitarias se enfrentan a importantes tareas de cara a convertir la economía azul en verdaderamente sostenible. El primero de los retos obedece a la necesidad de realizar una reordenación de las prioridades sectoriales y de actividades que tienen lugar en el medio marino, con el fin de aprovechar las nuevas oportunidades que ofrece la tecnología en este medio para contribuir a los objetivos medioambientales. Sin embargo, estas trasformaciones se enfrentan a las resistencias de aquellos sectores y actividades más importantes, como el pesquero o el del transporte, que no siempre ven con buenos ojos la diversificación de actividades que se dibuja en ese nuevo escenario.

El segundo de los retos se adscribe a una ordenación efectiva del espacio más allá de la tradicional división sectorial que permitan, no solo aminorar los conflictos, sino avanzar en sinergias entre actividades que optimice los usos manteniendo la sostenibilidad como pilar. No es, no obstante, una cuestión sencilla, por el antagonismo de algunas de las actividades y las resistencias de los sectores tradicionales a recular en los derechos que han obtenido

66; KATSANEVAKIS, S., et al., "Ecosystem-based marine spatial management: Review of concepts, policies, tools, and critical issues", *Ocean & Coastal Management*, vol. 54, 2011, pp. 807-820.

tradicionalmente, así como por el proceso de investigación inacabado sobre algunas de las interrelaciones y afecciones entre las actividades.

Sin embargo, hay razones para vislumbrar un escenario optimista, por el creciente flujo de inversión, que parece ser que se reforzará a través de los Fondos Next Generation Europe y que, a buen seguro, tendrán en algunos casos como destino proyectos recogidos dentro de la EAS. No es una cuestión banal, ya que el éxito de la EAS tiene el potencial de apuntalar y reforzar el rol internacional de la Unión, reforzando su imagen como actor verde y, además, su rol en materia tecnológica.

LA SEMÁNTICA DE LA ECONOMÍA AZUL Y EL ODS 14: HACIA UNA PESCA SOSTENIBLE EN LA QUE "NADIE SE QUEDE ATRÁS"

IRENE RODRÍGUEZ MANZANO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONCEPTO DE "ECONOMÍA AZUL": ORIGEN E INTERPRETACIONES. 2.1 ECONOMÍA AZUL Y ECOSISTEMA MARINO. 2.2. ¿ECONOMÍA AZUL O CRECIMIENTO AZUL?. 3. LA ECONOMÍA AZUL Y EL ODS 14: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA QUE LA PESCA SOSTENIBLE NO DEJE A NADIE ATRÁS?. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del septuagésimo período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se celebra la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible*, de la que emana el documento *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Los esfuerzos diplomáticos de los pequeños Estados insulares en desarrollo (PEID) -y, sobre todo, los del Pacífico (PEIDP)- fueron decisivos para la incorporación en dicha agenda del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14 (SDG 14), orientado exclusivamente a "conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos"[2].

El ODS 14 ha suscitado un creciente interés por la economía azul, una idea promovida en el proceso preparatorio de la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible* (Río+20) (Río de Janeiro, 2012), con el propósito de conectar los océanos con uno de los temas centrales de dicha conferencia: "la economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza"[3]. Con sus pequeñas áreas terrestres, pero grandes espacios oceánicos, fueron también los PEID y, en particular, los PEIDP, los principales impulsores de esta idea. A la sazón, las interpretaciones del término "economía azul" fueron diversas y, aunque complementarias en ocasiones, igualmente entraban en conflicto. Desde entonces la economía azul, como concepto,

---

1 Este trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de investigación "La implementación del ODS 14 en España y la UE: desafíos regulatorios para la cooperación internacional y la seguridad marítima–RETOS 2019" (PID2019-109680RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (DOI: 10.13039/501100011033) en el marco del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Profesora Titular de Relaciones Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela (irene.rodriguez@usc.es).

2 Véase por ejemplo BALGOS, M. C., CICIN-SAIN, B. y WALES, E., "Oceans and Seas", en SHAWKI, N. (ed.), *International Norms, Normative Change, and the UN Sustainable Development Goals*, Lanham, Lexington Books, 2016, pp. 19-40.

3 *Ejecución del Programa 21 y del Plan para su ulterior ejecución, y aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible.* NU.Doc. A/RES/64/236, de 31 de marzo de 2010, párr. 20.

navega por una delgada línea entre su versatilidad e inhibir debates sobre interpretaciones incompatibles.

Uno de los sectores tradicionales de la economía azul es la pesca marítima, un sector esencial para el sustento y la supervivencia de las personas que habitan los países costeros de todo el mundo y el mayor empleador del conjunto de los sectores económicos oceánicos. No obstante, la pesca marítima se ve afectada por desafíos globales en curso como las actividades ilegales, las prácticas destructivas, el exceso de capacidad, el reparto desigual del acceso a los recursos y la distribución también desigual de sus beneficios[4], comprometiendo su sostenibilidad. A esta situación pretende dar respuesta el ODS 14, una intención que suscita dos preguntas: por un lado, ¿las metas del ODS 14 responden en rigor a tales desafíos? y, por otro lado, ¿pueden estas metas hacer de la economía azul un motor que opere a favor de una mayor igualdad global?. Contestar a estas preguntas exige analizar las interpretaciones básicas que, desde el proceso preparatorio de Rio+20, ha recibido el término "economía azul".

2. EL CONCEPTO DE "ECONOMÍA AZUL": ORIGEN E INTERPRETACIONES

Las raíces de la idea de "economía azul" se remontan a la conceptuación del término "desarrollo sostenible", en la que jugaron un papel central tres conferencias internacionales: la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Estocolmo, 1972), la *Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (Río de Janeiro, 1992) y la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* (Johannesburgo, 2002). Mientras la primera delimita su dimensión ambiental, la segunda y la tercera precisan sus dimensiones económica y social respectivamente. No obstante, entre las dos primeras conferencias, la *Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* apela -en 1987- a la necesidad de abordar sin dilación las prácticas de desarrollo con un impacto negativo sobre el planeta. Con base en publicaciones previas[5], su informe -*Nuestro futuro común*- inserta firmemente el desarrollo sostenible en la agenda internacional, al que define como aquel "que satisfaga las necesidades del

---

4 GIRON-NAVA, A., LAM, V.W., ABURTO-OROPEZA, O., CHEUNG, W.W., HALPERN, B.S., SUMAILA, U.R., et al., "Sustainable fisheries are essential but not enough to ensure well-being for the world's fishers", *Fish and fisheries*, Vol. 22, 2021, p. 813.

5 Estas publicaciones incluyen: CARSON, R., *Silent Spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962; HARDIN, G., "The Tragedy of the Commons: The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality", *Science*, Vol. 162, 1968, núm. 3859, pp. 1243-1248; GOLDSMITH, E., ALLEN, R., ALLABY, M., DAVOLL, J. y LAWRENCE, S. (eds.), "A Blueprint for Survival", *The Ecologist,* Vol. 2, 1972, núm. 1, pp. 1-43 y MEADOWS, D.H., MEADOWS, D.L., RANDERS, J. y BEHRENS III, W.W., *The Limits to Growth: A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, Nueva York, Universe Books, 1972.

presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias"[6].

Siguiendo esta evolución, la referida *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible* pasará a la historia por haber prescrito el inicio del proceso de formulación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Con todo, uno de sus temas centrales fue -como se adelantó- la promoción de la "economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza". En consecuencia, los trabajos preparatorios afrontaron el desafío de precisar el concepto de "economía verde" y su papel en el referido contexto. El debate suscitado entonces impidió alcanzar una definición consensuada y, como resultado, los delegados se limitarán a "[alentar] a todos los países a que consideren la posibilidad de implantar políticas de economía verde" como una de las herramientas para alcanzar el desarrollo sostenible[7]. Este resultado explica en parte los diferentes significados otorgados al concepto de economía verde. No obstante, aquí optamos por la definición facilitada en el informe *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 2011. Este informe -una de las referencias claves en el proceso preparatorio de Río+20- sostiene que la economía verde es aquella que "mejora el bienestar humano y la equidad social, al tiempo que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica"[8].

En el marco de dicho proceso y en respuesta a este esfuerzo por "ecologizar" la economía global, los PEID y, en particular, los PEIDP, cuestionaron -como se avanzó- la pertinencia de la economía verde en escenarios altamente dependientes de los océanos e introdujeron en los debates el término "economía azul". Con este término aludían en gran medida a los aspectos oceánicos de la "economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza" y propugnaban el mismo resultado deseado que esta economía: mejorar -como se señaló- "el bienestar humano y la equidad social", a la vez que se reducen "significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica"[9]. No obstante, el proceso preparatorio de Río+20 evidencia la divergencia de intereses respecto a la "economía azul" y, como ocurrió en el caso de la "economía verde", no se logra un consenso sobre su significado.

---

6 *Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: Nuestro futuro común*. NU. Doc. A/42/427, de 4 de agosto de 1987, anexo, párr. 27.

7 NACIONES UNIDAS, *El futuro que queremos*. NU.Doc. A/CONF.216/L.1*, de 22 de junio de 2012, párrs. 62 y 56.

8 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP), *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, Nairobi, UNEP, 2011, pp. v y 16.

9 UNITED NATIONS, *Blue Economy Concept Paper*, Rio de Janeiro, United Nations, 2012 (https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2978BEconcept.pdf, visitado el 1 de junio de 2021).

En dicho proceso, siguiendo a Jennifer J. Silver et al., las interpretaciones del término conciben los océanos como "parte integral de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo", como "medios de vida en la pesca a pequeña escala (PPE)", como "capital natural" y como "buen negocio"[10].

2.1 Economía azul y ecosistema marino

Las dos primeras narrativas destacan la importancia de los recursos marinos y costeros para los PEIDP y las comunidades dependientes de la pesca a pequeña escala en una coyuntura en la que el uso, gestión y desarrollo de estos recursos es notablemente desigual. Los PEIDP, en particular, reconocen que "los recursos marinos, oceánicos, costeros y pesqueros" son el cimiento de sus economías y, en tal sentido, dirigen sus esfuerzos hacia la paralización del detrimento de los beneficios que extraen de dichos recursos. Tres son sus propuestas básicas: "apoyar las expectativas de desarrollo de los PEID respecto al uso de los recursos marinos y costeros", "reducir y eliminar la sobrepesca y las prácticas pesqueras destructivas y, en particular, la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR)" y "abordar los impactos del cambio climático y la acidificación de los océanos en los ecosistemas marinos y la protección de los arrecifes de coral"[11]. Así pues, estos países vinculan la economía azul -como apuntan Meg R. Keen et al.- a una "gestión sostenible de los recursos oceánicos" que garantice "los medios de vida, una distribución más equitativa de los beneficios y la resiliencia de los ecosistemas frente al cambio climático, las prácticas pesqueras destructivas y las presiones de fuentes externas al sector pesquero"[12]. En definitiva, para los PEIDP, la economía azul ofrece la posibilidad de emprender un crecimiento económico sostenible, ambientalmente racional y socialmente inclusiVol.

La segunda narrativa concibe la economía azul como un instrumento para favorecer los medios de vida de los/as pescadores/as a pequeña escala. Para los defensores de esta interpretación, fundamentalmente organizaciones de pesca a pequeña escala, los océanos juegan un papel vital en la erradicar la pobreza y la promoción del desarrollo sostenible. Así, por ejemplo, el *International Collective in Support of Fishworkers* -representado por Sebastian

---

10 SILVER, J.J., GRAY, N.J., CAMPBELL, L.M., FAIRBANKS, L.W. y GRUBY, R. L., "Blue economy and competing discourses in international oceans governance", *The Journal of Environment & Development*, vol. 24, 2015, núm. 2, pp. 135-160.

11 PACIFIC SMALL ISLAND DEVELOPING STATES (PSIDS), *Statement by H.E. MR. Robert G. Aisi, Permanent Representative of Papua New Guinea to the UN, on behalf of the Pacific Small Island Developing States*, Preparatory Committee for the United Nations Conference on Sustainable Development: Second intersessional meeting, Nueva York, 15 December 2011 (https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/18805PSIDS.pdf, visitado el 10 de junio de 2021).

12 KEEN, M.R, SCHWARZ, A-M y WINI-SIMEON, L., "Towards defining the Blue Economy: Practical lessons from Pacific ocean governance", *Marine Policy*, Vol. 88, 2018, p. 334.

Mathew- buscó que los participantes en la conferencia reconocieran el valor de la pesca a pequeña escala para la seguridad alimentaria y la provisión de oportunidades de empleo e ingreso en los países en desarrollo, así como su potencial para el desarrollo sostenible[13]. Por su parte, Arthur Bogason -presidente de la *Icelandic National Association of Small Boat Owners* y copresidente del *World Forum of Fish Harvesters and Fish Workers*- defendió la función que los/as pescadores/as a pequeña escala desempeñan en la economía azul, en contraposición a la expansión insostenible de los pescadores industriales y abogó por una mejor definición de los derechos de las comunidades pesqueras en la legislación nacional e internacional[14].

Aunque la primera de estas narrativas centra la atención en las vulnerabilidades que singularizan a los PEIDP como consecuencia de sus características geográficas y la segunda se refiere a todas las comunidades pesqueras, Michelle Voyer et al. -con base en el trabajo de Jennifer J. Silver et al.- engloban ambas narrativas en una categoría conceptual que denominan "océanos como medio de vida". La economía azul se distingue aquí como una vía indispensable para abordar el alivio de la pobreza, la seguridad alimentaria y la generación de ingresos y empleo en las comunidades costeras, distinguiéndose la pesca marítima como el sector esencial para dar respuesta a estas cuestiones[15]. Desde esta perspectiva combinada, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) sostiene que un enfoque de economía azul "apoya los medios de vida sostenibles y la seguridad alimentaria de los PEID y las poblaciones costeras"[16].

Algunos participantes en el proceso preparatorio de Rio+20 -fundamentalmente las organizaciones internacionales no gubernamentales de defensa del medio ambiente- se refirieron a la "economía azul" desde la percepción de "los océanos como capital natural". Para los abogados de esta tercera narrativa, en la que los océanos son un ecosistema crucial, una mayor protección del medio ambiente marino incrementa los beneficios -y, en particular, las oportunidades económicas- que fluyen de dicho ecosistema. Así, por ejemplo, mientras Jim Leape -director general del *World Wildlife Fund*- destacaba que el

---

13 *The Oceans Day at Rio+20: Advancing Oceans and Coasts at Rio+20 and Beyond. June, 16, 2012. United Nations Conference on Sustainable Development Rio Conventions Pavilion, Rio de Janeiro, Brazil* (https://globaloceanforum.com/wp-content/uploads/2013/03/oceansdayatrio20summary-1.pdf, visitado el 1 de junio de 2021), p. 15.

14 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD), "Summary of the Rio Conventions Pavilion", *Rio Conventions Pavilion Bulletin*, Vol. 200, 2012, núm 10

15 VOYER, M., QUIRK, G., MCILGORM, A. y AZMI, K., "Shades of blue: what do competing interpretations of the blue economy mean for oceans governance?", *Journal of Environmental Policy & Planning*, Vol. 20, 2018, núm. 5

16 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *The Oceans Economy: Opportunities and Challenges for Small Island Developing States*, Nueva York, UNCTAD, 2014, p. 2.

capital natural estaba trazando la ruta hacia el desarrollo sostenible, ampliando las opciones para solventar los problemas generados por la creciente presión de los seres humanos sobre los sistemas ecológicos, Lynne Zeitlin Hale -en representación de *The Nature Conservancy*- insistía en el valor de la protección del ecosistema marino para el "mantenimiento de la pesca como fuente importante de alimentos y, por lo tanto, como medio de vida"[17].

Debe notarse -como lo hacen Michelle Voyer et al.- la existencia de un estrecho vínculo entre esta narrativa de la economía azul y la referida a los "océanos como medio de vida"[18], pues en ambos casos -como señalan Christina Hoerterer et al.- dicha economía se fundamenta en los "bienes y servicios ecosistémicos". Esta perspectiva difiere sustancialmente de la interpretación de la economía azul que percibe los "océanos como buen negocio"[19]. Al abarcar el conjunto de las actividades económicas oceánicas es común que las referencias a esta narrativa utilicen indistintamente los términos "economía azul" y "economía oceánica".

2.2. ¿Economía azul o crecimiento azul?

El valor económico de los activos oceánicos se ha estimado en 24 billones de dólares[20], lo que hace de ellos la séptima economía más grande del mundo en términos de Producto Interior Bruto, y se espera que las actividades económicas relacionadas con los océanos -valoradas en 1.5 billones de dólares- se dupliquen para 2030[21]. Esto explica que, para diversos actores, la economía azul se sustente en la percepción de los "océanos como buen negocio" o -como indica Nathan James Bennett et al.- como "'propicios para el desarrollo'" y repletos de oportunidades para estimular el crecimiento económico"[22].

La atención que esta narrativa presta a la sostenibilidad ambiental de este crecimiento varía ampliamente. En general, sus partidarios pretenden aprovechar el potencial económico de los océanos, garantizando su conservación. Así, el Banco Mundial define la economía azul como "el uso sostenible de los recursos oceánicos para el crecimiento económico, la mejora de los medios

---

17 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD), *op. cit.*, nota 14, pp. 16 y 6.

18 VOYER, M., QUIRK, G., MCILGORM, A. y AZMI, K., *op. cit.*, nota 15, p. 10.

19 HOERTERER, C., SCHUPP, M.F., BENKENS, A., NICKIEWICZ, D., KRAUSE, G. y BUCK, B.H., "Stakeholder perspectives on opportunities and challenges in achieving sustainable growth of the blue economy in a changing climate", *Frontiers in Marine Science*, Vol. 6, 2020, p. 2.

20 HOEGH-GULDBERG, O. (ed.), *Reviving the Ocean Economy: The case for action–2015*, Ginebra, World Wide Fund for Nature / The University of Queensland, 2015, p. 7.

21 ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *The Ocean Economy in 2030*, Paris, OECD, 2016, pp. 23 y 30.

22 BENNETT, N.J., BLYTHE, J., WHITE, C.S. y CAMPERO, C., "Blue growth and blue justice: ten risks and solutions for the ocean economy", *Marine Policy*, Vol. 25, 2021, p. 124.

de vida y el empleo, preservando la salud de los ecosistemas oceánicos"[23]. Por su parte, la Comisión Europea -en su Comunicación *Crecimiento azul: Oportunidades para un crecimiento marino y marítimo sostenible*- describe el mar y las costas como "motores de la economía" y defiende que la economía azul "puede contribuir a la competitividad internacional de la Unión, a la eficiencia en el uso de los recursos, a la creación de empleo y al nacimiento de nuevas fuentes de crecimiento". Todo ello, "salvaguardando la biodiversidad, protegiendo el medio marino y preservando así los servicios que prestan los ecosistemas marinos y costeros si se mantienen sanos y fuertes"[24]. Con todo, como señala Maria Hadjimichael, la inclusión del término "sostenibilidad" en la política marítima y pesquera de la Unión Europea no es coherente con su principal impulsor, el crecimiento económico, raíz de gran parte de los problemas ecológicos y sociales vinculados al océano. En tal sentido, apela a un decrecimiento azul que posibilite "un uso ecológicamente viable y socialmente justo de los océanos"[25].

En general, los críticos de esta narrativa reconocen el potencial económico de los océanos, pero se muestran escépticos respecto a la posibilidad de alcanzar un equilibrio adecuado entre el crecimiento económico y los otros pilares del desarrollo sostenible. Estos censores -como apunta Kahlil Hassanali- se interrogan a menudo sobre el modo en que algunas actividades como la minería en aguas profundas, la industria del gas y el petróleo en alta mar o las modalidades de pesca comercial se alinean con la sostenibilidad ambiental y social. Si bien es cierto que la interpretación de los "océanos como buen negocio" otorga con frecuencia validez a estas actividades, en rigor son inherentemente contradictorias con tal interpretación[26].

---

23 WORLD BANK, *The potential of the Blue Economy: Increasing long-term benefits of the sustainable use of marine resources for small island developing states and coastal least developed countries*, Washington D.C., World Bank, 2017, p. 6.

24 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Crecimiento azul–Oportunidades para un crecimiento marino y marítimo sostenible*, COM(2012) 494, final, de 13 de septiembre de 2021, pp. 2-3.

25 HADJIMICHAEL, M., "A call for a blue degrowth: Unravelling the European Union's fisheries and maritime policies", *Marine Policy*, Vol. 96, 2018, p. 163.

26 HASSANALI, K., "CARICOM and the blue economy–Multiple understandings and their implications for global engagement", *Marine Policy*, Vol. 120, 2020, pp. 2-3.

3. LA ECONOMÍA AZUL Y EL ODS 14: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA QUE LA PESCA SOSTENIBLE NO DEJE A NADIE ATRÁS?

Los esfuerzos por conceptuar la economía azul en el proceso preparatorio de Rio+20 reflejaron -como se adelantó- los diversos e, incluso, contradictorios, intereses de los actores implicados, impidiendo que el documento final de la conferencia incluyese un concepto consensuado sobre su significado. Con todo, este trabajo se fundamenta en la definición de economía azul implícita en el párrafo 158 del mencionado documento, en el que se destaca

> "la importancia de la conservación y uso sostenible de los océanos y mares y sus recursos para el desarrollo sostenible, en particular mediante su contribución a la erradicación de la pobreza, el desarrollo económico sostenido, la seguridad alimentaria, la creación de medios de vida sostenibles y trabajo decente, y al mismo tiempo, la protección de la biodiversidad y el medio marino y las medidas para hacer frente a los efectos del cambio climático"[27].

Esta definición adopta un enfoque holístico de la economía azul que pretende agregar las tres dimensiones del desarrollo sostenible y, aunque previa en el tiempo, resulta muy próxima a la filosofía que preside los ODS y, en especial, el ODS 14. La incorporación de este objetivo en la Agenda 2030 es un valioso paso adelante, al subrayar la importancia del futuro del océano y pretender solventar algunos de los problemas a los que se enfrenta dicho futuro. No obstante, sus metas plantean serias dudas sobre la posibilidad de alcanzar una economía azul que -como propone Nathan J. Bennett- preste mayor atención a las cuestiones relacionadas con la justicia social y la inclusión y, especialmente, a las consecuencias sociales -tanto en términos de costos como de beneficios- de las políticas destinadas a tal fin[28].

Indudablemente, el océano es fundamental para la vida y gran parte del impacto humano sobre sus recursos es insostenible, pero también las conductas de explotación de estos recursos -y sus resultados- son profundamente desiguales. A medida que esta explotación se acelera, el océano amenaza con convertirse en un motor de intensificación de la desigualdad global. En este contexto resulta conveniente preguntarse por las posibilidades que ofrece el ODS 14 para alcanzar una pesca sostenible en la que "nadie se quede atrás" y, por lo tanto, obre en favor de una economía azul que incremente la igualdad global.

En principio, la meta 14.7 de este objetivo suscita ciertas expectativas al pretender "aumentar los beneficios económicos" de los PEID y los países menos desarrollados (PMA) derivados del "uso sostenible de los recursos marinos, en particular mediante la gestión sostenible de la pesca, la acuicultura

---

27 NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, nota 7.

28 BENNETT, N.J, "Navigating a just and inclusive path towards sustainable oceans", *Marine Policy*, Vol. 97, 2018, p. 142.

y el turismo". Aunque la meta no especifica si dicho aumento se computa en términos absolutos o relativos, su indicador apunta a la proporción del Producto Interior Bruto (PIB) correspondiente a la pesca sostenible en los PEID, los PMA y en todos los países. La formulación de este indicador -como advierte Chris Armstrong- es cuestionable. Así, por ejemplo, la meta 14.7 puede alcanzarse en un país donde el PIB disminuya a un ritmo más rápido que la contribución del sector pesquero o incluso -dado que el indicador omite los beneficios de cualquier país respecto al resto- si las ganancias de los PEID y los PMA se reducen en comparación con otros países, pero crecen como porcentaje de sus respectivos PIB. Además, un aumento del rendimiento económico de la acuicultura y el turismo reduciría la proporción del PIB procedente de la pesca sostenible[29].

En puridad, por lo tanto, el indicador 14.7.1 se centra en el crecimiento económico, limitando el alcance de la meta 14.7. Los medios de vida y la seguridad alimentaria de una parte significativa de los PEID y los PMA dependen notablemente de los recursos marinos y costeros. De acuerdo con los últimos datos de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), el pescado -por ejemplo- representó, en 2017, el 20% de la ingesta media per cápita de proteínas animales para más de 3.300 millones de persona, cifra que en los PMA ascendió aproximadamente el 29% y en algunos PEID superó el 50%[30]. No obstante, el crecimiento económico de muchos de estos países depende en gran medida de las exportaciones de pescado y productos pesqueros[31]. Por lo tanto, aunque estas exportaciones brindan importantes oportunidades para la generación de ingresos y empleo, a menudo generan efectos adversos sobre el suministro local de alimentos. En definitiva, la concentración del indicador 14.7.1 en el crecimiento económico excluye de la meta 14.7 -entre otras cuestiones- la protección del derecho a la alimentación en estos países.

La gestión sostenible de los recursos pesqueros es objeto también de las metas 14.4 y 14.6. La primera de estas metas aborda el trascendental problema de la sobrepesca y hace un llamamiento para poner fin a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada y a las prácticas pesqueras destructivas, mientras la meta 14.6 centra la atención en las subvenciones pesqueras con el objeto no sólo de prohibir aquellas que "contribuyen al exceso de capacidad y la pesca

---

29 ARMSTRONG, C., "Ocean justice: SDG 14 and beyond", *Journal of Global Ethics*, Vol. 16, 2020, núm. 2, p. 6.

30 FAO, *El Estado Mundial de la Pesca y la Agricultura 2020*, Roma, FAO, pp. 73 y 5.

31 En los PEIDP, la pesca proporciona entre el 30 y el 80% de sus exportaciones, mientras en los PMA es el principal producto alimenticio exportado. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *Advancing Sustainable Development Goal 14: Sustainable fish, seafood value chains, trade and climate*, Ginebra, UNCTAD, 2019, pp. 6 y 7.

excesiva" y eliminar las que favorecen la pesca INDNR, sino también de "abstenerse de introducir nuevas subvenciones de esa índole".

La pesca es el recurso renovable que ofrece mayores expectativas de desarrollo para los PEID y los países de ingreso medio bajo, especialmente por lo que se refiere a las comunidades de pescadores a pequeña escala. Dichas expectativas se ven con frecuencia socavadas por la pesca INDNR que, si bien puede producirse en todas las escalas, en aguas nacionales e internacionales, con efectos notablemente adversos para la pesca y el medio marino, sus consecuencias afectan sobre todo a los países en desarrollo[32]. El deterioro o agotamiento de las pesquerías que se derivan de la pesca INDNR -así como de las prácticas pesqueras destructivas- pueden truncar las escasas opciones con las que a menudo cuentan estos países para satisfacer sus necesidades socioeconómicas. También algunas subvenciones pesqueras contribuyen a la sobrepesca, con sustanciales impactos ambientales, económicos y sociales. En contra de las *Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza*, estas subvenciones crean una competencia desleal, sobre todo entre las pesquerías a gran y pequeña escala[33]. La PPE emplea a más del 90% de los pescadores y trabajadores del sector de la pesca de captura en el mundo, pero reciben solo el 19% de tales subvenciones[34]. Además, como advierten Ratana Chuenpagdee y Svein Jentoft, la mayor parte de las subvenciones destinadas a la pesca a gran escala se consideran "perjudiciales", mientras las consignadas a la pesca a pequeña escala son fundamentalmente "beneficiosas"[35]. Esta división desproporcionada de las subvenciones perjudica la viabilidad socioeconómica de la PPE, que ya es vulnerable.

Aunque las metas del ODS 14 son importantes por derecho propio, están intrínsicamente conectadas. Así, aunque solo la meta 14.b menciona específicamente la pesca a pequeña escala, todas las metas del objetivo son relevantes para estas pesquerías. Reconociendo la importancia de las dificultades que enfrenta la PPE y reflejando el firme compromiso de la Agenda 2030 con no dejar a nadie atrás, esta meta tiene como fin "facilitar el acceso de los pescadores artesanales a los recursos marinos y los mercados". Un fin incuestionable desde el momento en que la PPE -como observan Philippa J. Cohen et

---

32 MACKAY, M., HARDESTY, B.D. y WILCOX, C., "The intersection between illegal fishing, crimes at sea, and social well-being", *Frontiers in Marine Science*, Vol. 7, 2020, p. 2.

33 FAO, *Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza*, Roma, FAO, párr. 5.8.

34 SCHUHBAUER, A., SKERRITT, D.J., EBRAHIM, N., LE MANACH, F. y SUMAILA, U.R, "The global fisheries subsidies divide between small-and large-scale fisheries", *Frontiers in Marine Science*, Vol. 7, 2020, p. 1.

35 CHUENPAGDEE, R. y JENTOFT, S., "Small-scale fisheries: too important to fail", en BOUDREAU, P.R., BROOKS, M.R., BUTLER, M.J.A., CHARLES, A., COFFEN-SMOUT, S., GRIFFITHS, D. et al. (eds.), *The Future of Ocean Governance and Capacity Development. Essays in Honor of Elisabeth Mann Borgese (1918-2002)*, Leiden, International Ocean Institute-Canada, 2019, p. 351.

al.- "continúa generando ingresos y satisfaciendo las necesidades nutricionales de millones de familias en todo el mundo" y, en algunos casos, proporciona rutas para salir de la pobreza tanto a hombres como a mujeres y actúa como motor de crecimiento en el ámbito no sólo local, sino también nacional[36]. Si bien es cierto que algunas pesquerías a pequeña escala son económicamente disfuncionales y ecológicamente insostenibles, cabe esperar que este sector se transforme en un segmento importante de la economía azul.

4. CONCLUSIONES

El creciente interés por la economía azul tiene sus orígenes en los trabajos preparatorios de Río+20. A la sazón, las interpretaciones sobre su significado reflejaron los diversos intereses de los actores implicados en los debates que acentuaron en mayor o menor grado su dimensión económica, social y medioambiental. Desde entonces, el término "economía azul" ha alcanzado tal ambigüedad que es difícil precisar su influencia en la práctica y en la formulación de políticas. A pesar de esta dificultad, las distintas interpretaciones del término pueden simplificarse en dos perspectivas contrapuestas: por un lado, aquella en la que la economía azul se cimienta en los bienes y servicios ecosistémicos y, por otro lado, aquella en la que esta economía se basa únicamente en el crecimiento azul. Reconociendo el significativo potencial de garantizar la sostenibilidad de los océanos, esta segunda perspectiva plantea -como subrayan Christina Hoerterer et al.- una importante disyuntiva: "el crecimiento azul se logra "maximizando el crecimiento económico derivado de los recursos marinos y acuáticos"" o, por el contrario, "maximizando el crecimiento económico inclusivo derivado de los recursos marinos y acuáticos y al mismo tiempo previniendo la degradación del capital natural azul"[37].

Esta segunda opción preside el ODS 14, en el que se aborda la necesidad de alcanzar una pesca sostenible en la que nadie se quede atrás y, en consecuencia, posibilite que la economía azul obre en favor de una mayor igualdad global. Aunque las metas de este objetivo distinguen adecuadamente un conjunto de medidas imprescindibles para caminar en esta dirección, centrándose explícitamente en las posiciones distintivas de los PEID y los PMA, así como en las dificultades específicas de los pescadores a pequeña escala, no aprovechan las oportunidades que ofrece la economía azul para reducir las desigualdades globales.

---

36 COHEN P.J., ALLISON, E.H., ANDREW, N.L., CINNER J., EVANS, L.S., FABINYI, M., GARCES, L.R., HALL, S.J., HICKS, C.C., HUGHES, T.P. et al., "Securing a just space for small-scale fisheries in the blue economy", *Frontiers in Marine Science*, Vol. 6, 2019, p. 5.

37 HOERTERER, C., SCHUPP, M.F., BENKENS, A., NICKIEWICZ, D., KRAUSE, G. y BUCK, B.H., *op.cit.*, nota 19.

LOS DESPLAZADOS CLIMÁTICOS EN EL ESCENARIO JURÍDICO INTERNACIONAL: DESAFÍOS PARA SU PROTECCIÓN EN PLENO SIGLO XXI

DAVID CARRIZO AGUADO[1]

"…El cambio climático puede afrontarse solo mediante una corresponsabilidad mundial, una solidaridad fundada en la justicia, en la compartición de un destino común y en la conciencia de la unidad de la familia humana, proyecto de Dios para el mundo…".

Palabras del santo Padre Francisco previas al inicio de la COP 26, 30 de noviembre de 2021.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA MIGRACIÓN CLIMÁTICA A DEBATE. 1.1. CONTEXTUALIZACIÓN. 1.2. PRONÓSTICO PREOCUPANTE. 2. PROBLEMÁTICA PARA OPTAR A LA CONDICIÓN DE REFUGIADO MEDIOAMBIENTAL. 2.1. OBSERVACIÓN PRELIMINAR. 2.2. IMPORTANCIA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA. *2.2.1. Obstáculos para su identificación. a) Marco normativo. b) Intrincado alcance jurídico. 2.2.2. Propósitos para su encauzamiento legal. 2.2.3. Adecuación y diligencia en la esfera internacional.* 3. EVENTUALES VÍAS PARA LOGRAR SU PROTECCIÓN. 3.1. DERECHO A LA MIGRACIÓN ECOLÓGICA TRANSNACIONAL. 3.2. PASOS HACIA UN FUTURO CERCANO. *3.2.1. Basamento inicial. 3.2.2. Fragilidad del migrante.* 4. OBSERVACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN: LA MIGRACIÓN CLIMÁTICA A DEBATE

1.1. Contextualización

De todos es bien sabido que, las amenazas climáticas están intensificando el riesgo de que se produzcan catástrofes provocadas por fenómenos meteorológicos extremos[2]. Este motivo, entre otros[3], invita a meditar que, las migraciones internacionales han aumentado espectacularmente no sólo en volumen, sino también en grado de mundialización del régimen migratorio en una doble dirección: de un lado, por el alza de la diversidad de las

---

1 Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado en la Universidad de León (dcara@unileon.es). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 2 de noviembre de 2021.

2 *Vid.* AA.VV., *Desarraigados por el cambio climático. La necesidad de responder al aumento del riesgo de desplazamientos*, Oxfam Internacional, 2017, pp. 4-5; RED IGNACIANA GLOBAL DE MIGRACIONES (GIAN Migraciones), *Conectados en la globalidad de la migración forzada y la hospitalidad*, 2021, p. 5.

3 Como amenaza global, la transformación de los modelos climáticos del planeta no sólo es un problema medioambiental, sino también de desarrollo socio económico: *Vid.* PÉREZ DE LAS HERAS, B. y FERNÁNDEZ ROJO, D., "La Unión Europea y el acuerdo de París. Liderando la acción global contra el cambio climático", *Unión Europea Aranzadi*, 2017, núm. 11 pp. 45-56.

regiones receptoras y, de otro, por el incremento de las áreas de origen de los inmigrantes[4].

Así, las obligaciones que incumben a los Estados parte en virtud del Derecho internacional del medio ambiente deberían, por lo tanto, informar el contenido del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El cumplimiento del mandato de respetar y garantizar el derecho a la vida, en particular la vida con dignidad depende, entre otras cosas, de las medidas adoptadas por los Estados parte para preservar el medio ambiente y protegerlo frente a los daños, la contaminación y el cambio climático que provocan agentes públicos y privados[5].

1.2. Pronóstico preocupante

Con base a los últimos datos ofrecidos por la Agencia de las Naciones Unidas para el Refugiado -ACNUR-, la suma de conflictos, tensiones entre comunidades, pobreza, brotes de enfermedades, cambio climático y desastres resultan en un incremento del desplazamiento hasta llegar a los 33,4 millones de personas desplazadas[6]. A decir verdad, veintiocho Estados asumieron el Reto de la Energía Limpia del ACNUR, que consiste en garantizar un acceso a energía sostenible, asequible y moderna en los asentamientos de personas refugiadas y comunidades de acogida para 2030, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible[7].

Los desplazados medioambientales han puesto de manifiesto un sinnúmero de límites, carencias y vacíos en nuestra actual arquitectura jurídica e institucional, incluidos los mecanismos de derechos humanos, así como el imperativo de adoptar mecanismos nacionales, regionales e internacionales que respondan a la real necesidad de protección de estos colectivos[8].

---

4 A tenor de ciertos postulados ofrecidos por la doctrina internacional privatista, se comprueba en los países más desarrollados un incremento en el número de extranjeros de los países "desfavorecidos", lo cual ha provocado una mutación del sistema de extranjería. *cfr.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Problemática en torno a los movimientos migratorios en el contexto de la globalización", *Praxis sociológica*, 2016, núm. 20, pp. 147-166, p. 149.

5 *Vid. Observación general núm. 36 del Comité de Derechos Humanos* (CCPR/C/GC/36), de 3 de septiembre de 2019.

6 «Cambio climático y desplazamiento por desastres», https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html.

7 *Vid.* Informe 2020 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) que lleva por título, *Las personas refugiadas en España y Europa*, 2020, p. 33.

8 DOS SANTOS SOARES, A., "El desafío global de la responsabilidad de proteger a los desplazados medioambientales: la propuesta de la Convención de Kampala", en GILES CARNERO, R.Mª. (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 237-255, p. 246.

2. PROBLEMÁTICA PARA OPTAR A LA CONDICIÓN DE REFUGIADO MEDIOAMBIENTAL

2.1. Observación preliminar

El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, conocido por el acrónico PNUMA, en 1985 ofreció una primera definición de refugiado ambiental, incluyendo en ella conceptos como los trastornos ambientales marcados, tanto naturales como provocados por el hombre, o la no distinción entre temporal o permanente del abandono del hábitat natural. Así las cosas, y a pesar de esta definición vanguardista en los tiempos previos al Protocolo de Kyoto, a las Cumbres del Clima o los Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS-, la cuestión continúa más de tres décadas después vadeando entre la indefinición y la asimilación oficiosa de los términos jurídicos internacionales de protección. Así, sirva de adelanto que, generalmente, se les incluye dentro de los flujos migratorios de raíz económica y que por lo tanto no son susceptibles de recibir el estatus de refugiado[9].

2.2. Importancia de la calificación jurídica

2.2.1. Obstáculos para su identificación

a) Marco normativo

El fundamento básico para la determinación de la condición de refugiado se encuentra en las conceptualizaciones surgidas en diversos instrumentos legales internacionales. El elenco de normas a destacar se asienta sobre los siguientes *corporum iure*: la Convención de 1951[10] y el Protocolo de 1967 relativos al Estatuto de los Refugiados[11], el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de 1950[12],

---

9 En opinión de sólida doctrina internacional privatista, lo más fácil y rápido sería que ACNUR reconociera el *status* de refugiado a aquellas personas que cumplieran con las condiciones que esta Organización solicita para el caso de los desplazamientos forzosos por razón del clima, *cfr.* PARRA RODRÍGUEZ, C, "Del migrante al refugiado ambiental", *Tiempo de paz*, 2020, núm. 136, pp. 43-50, esp. pp. 49-50.

10 Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Su entrada en vigor, el 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189, p. 137. La adhesión del Reino de España, *vid.* BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

11 Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Su entrada en vigor, el 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII Serie Tratados de Naciones Unidas núm. 8791, vol. 606, p. 267.

12 Adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

la Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los Aspectos Específicos de los Refugiados en África[13], y, en América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984[14]. Asombrosamente, ninguna de estas normas señala cómo debe llevarse a cabo la determinación de la condición de refugiado.

No obstante, la definición del término refugiado mantiene una misma línea en todos los textos *supra* citados, a excepción del último que carece de definición expresa, a pesar de la remisión directa a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Sin embargo, para hallar una acepción más concreta sobre el *topic* que aquí respecta, hay que acudir a la Organización Internacional para las Migraciones -OIM- que se refiere a los migrantes ambientales, como aquellas personas o grupos de personas que, por razones imperiosas de cambios repentinos o progresivos en el medioambiente que afectan negativamente a sus vidas o condiciones de vida, están obligados a abandonar sus hogares habituales, o eligen hacerlo, ya sea temporal o permanentemente fuera o dentro de su país[15].

b) Intrincado alcance jurídico

En este ámbito, se observa que, existen dificultades en la caracterización del cambio climático como persecución, pues esta, de cuya existencia debe haber fundados temores, fundamenta la calificación de refugiado con basamento en la Convención de Ginebra de 1951[16]. No es general o por cualquier motivo, sino que tiene que deberse a alguno de los cinco motivos que, como *numerus clausus*, se establecen con carácter claramente limitador del concepto de refugiado[17]. La persecución implica violaciones de los derechos huma-

---

13 Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969). La entrada en vigor, el 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2 Texto: Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691.

14 Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. En torno a la misma, *vid.* SÁNCHEZ-MOJICA, B.E., "Refugiados ambientales. Una propuesta de protección a los desplazados trasnacionales por motivos ambientales en América Latina", *Latin American Law Review*, 2020, núm. 5, pp. 71-96, p. 90.

15 «Términos fundamentales sobre migración», https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion (último acceso el 30 de abril de 2021).

16 Cierto sector de la doctrina internacional publicista entiende que es tal la ineficacia actual de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que ni tan siquiera alumbra la consideración de nuevas figuras como la de los refugiados climáticos. *Vid. per omnia*, ZAMBRANO GONZALEZ, K.D., "El impacto del cambio climático en la movilidad humana: las migraciones climáticas en el contexto internacional y europeo", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 526-559.

17 Por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. De tal modo que, tan sólo uno, o varios, de estos que motivaran la persecución permitirían definir a una persona como refugiado: *vid.* VACAS FERNÁNDEZ, F., *El derecho migratorio, internacional y europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los*

nos que son suficientemente graves, debido a su naturaleza inherente o a su repetición[18].

En suma, los desplazados por causas medioambientales no pueden optar por el estatus de refugiado, pues las causas medioambientales que fuerzan a la persona a desplazarse no se encuentran tipificadas como válidas para solicitar el estatus[19].

Resulta llamativo que la noción de refugiado ambiental[20] quedó excluida del *Pacto mundial sobre los refugiados*, de 17 de diciembre de 2018[21]. La oposición estatal a reconocer el cambio climático, la degradación del medio ambiente y los desastres naturales como posibles causas del desplazamiento de refugiados, impidieron que tuviera cabida en el Pacto[22].

Es de sobra conocida la complicación que presenta la cuestión migratoria devenida en gran medida por el «particularismo normativo» que entraña la materia, el cual responde a los propósitos ya sea de cada país en particular, o de los propios de la región en el que se integran. Como muy bien sostiene un sector de la doctrina *ius internacional privatista*, el reto global que supone el escollo migratorio debe estar asentado en una deseable ordenación internacional que, aunque respetuosa con una cierta discrecionalidad y autonomía legislativa de los países y sistemas de integración regional a la hora de configurar esta política, oriente y establezca un marco de referencia común que

---

Estados en materia migratoria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 287; IBARRA SARLAT, R., "Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 20, 2020, pp.135-167.

18 La exigencia estricta de persecución en el Estado de origen es también la que determina las resistencias a reconocer el derecho de asilo refugiados climáticos, *vid.* MIÑARRO YANINI, M., "La protección socio-laboral de los refugiados como grupo vulnerable: balance crítico y propuestas de mejora", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2017, núm. 203, pp. 223-247.

19 Sutilmente, se puede indicar que "refugiado ambiental" o "refugiado climático" son, en realidad, inapropiados, dado que, estos desplazados no tienen, en principio, derecho a la protección internacional de la Convención de Ginebra de 1951. De este modo es razonado por ROSERO MELO, D., "El régimen jurídico de la movilidad humana transnacional por motivos medioambientales", *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 48, 2021, pp. 443-504.

20 Bajo las premisas de SALINAS ALCEGA se debe descartar el término «refugiados climáticos» por su imprecisión jurídica y su escaso rédito político, prefiriendo otros como el de desplazado ambiental: *cfr.* SALINA ALCEGA, S., *Desplazamiento ambiental y Derecho internacional. Consideraciones en torno a la necesidad de un marco regulatorio no exclusivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 216.

21 La Asamblea General adoptó el 17 de diciembre de 2018 la resolución sobre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que afirma el pacto mundial sobre los refugiados (A/RES/73/151). El párrafo 8 [A/73/12 (Part II)] entiende que, el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, pero interactúan cada vez más con las causas de estos movimientos.

22 El Pacto no tiene valor vinculante lo que no impide que pueda tener repercusiones normativas: *vid.* en torno al mismo, POZO SERRANO, Mª.P., "El Pacto Mundial sobre los refugiados: límites y contribución a la evolución del derecho internacional de los refugiados", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 2019, núm. 38, pp. 28-29.

permita dotar de una cierta seguridad legal y de garantías a las personas que suelen verse abocadas a este cambio de su país de residencia[23].

2.2.2. Propósitos para su encauzamiento legal

Como contrapartida a todo lo anterior se aprecia que, dentro del sistema internacional, no existe una estructura que permita responder a las necesidades de los migrantes por razones climáticas.

En este sentido, la persecución ha de poder imputarse al Estado de la nacionalidad o residencia del perseguido, ya sea por acción o por omisión e aquiescencia. Aunque existe cierto consenso por parte de la comunidad científica en considerar que la gran mayoría de disrupciones medioambientales tienen un origen antrópico, difícilmente se puede, por su carácter disperso y difuso, responsabilizar de las mismas a un solo Estado o, más concretamente, al Estado de la nacionalidad o residencia[24]. Además, ciertos autores aseguran que, no se aprecia en ellos ningún especial temor de ser perseguidos por las autoridades nacionales, ni desde luego concurre una característica objetiva determinante de discriminación por raza, religión, opinión política, pertenencia a un grupo social o supuesto similar[25].

A sensu contrario, hay especialistas que propugnan redefinir este concepto e incluir las nuevas realidades sociales como los desplazamientos forzosos por consecuencias climáticas, las guerras o contiendas civiles, conflictos religiosos étnicos o tribales[26]. De hecho, se aboga por la necesidad imperiosa de celebrar una Convención sobre la que reposar los pilares de creación de mecanismos

---

23 PALAO MORENO, G., "Asilo e inmigración. Retos para el derecho internacional y europeo en el siglo XXI", en CUARTERO RUBIO, Mª.V. (dir.), *Inmigración: Retos para el Derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 21-42, esp. p. 24.

24 La persecución ha de ser individualizada, esto es, dirigida contra un individuo o segmento concreto de la población e implicar un cruce de fronteras internacionales, *vid.* GRACIA PÉREZ, D., "La tragedia de los pequeños Estados insulares en desarrollo. Desplazamientos climáticos antes la subida del nivel del mar", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2020, núm. 24, pp. 257-268, esp. pp. 261-262.

25 Así pues, se considera improcedente aplicar a los refugiados climáticos el estatuto de los refugiados políticos, argumentándose incluso que la ampliación de éste podría implicar su misma debilitación al tener que aplicarse a un conjunto de personas muy superior en número: *cfr.* LÓPEZ RAMÓN, F., "Los refugiados climáticos", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2017, núm. 68, pp. 28-33, esp. p. 69; MARTÍN CUBEL, F., "El esfuerzo por el reconocimiento del refugiado medioambiental: la Iniciativa Nansen", *bie3: Boletín IEEE*, 2017, núm. 5, pp. 435-449; CABRERA RIVERA, I.V., "El impacto de los desastres naturales y el cambio climático en el desplazamiento forzado de personas", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 16, 2018, núm. 21, pp. 379-396.

26 FERRO, M., "El reconocimiento del Estatuto de Refugiado por la afectación a Derechos Fundamentales como consecuencia del Cambio Climático", *Observatorio medioambiental*, 2016, núm. 19, pp. 71-89.

jurídicos que amparen de manera efectiva a los grupos poblaciones que huyen de su estado de origen a consecuencia de las catástrofes naturales[27].

Una postura intermedia es la mantenida por SALINAS ALCEGA, al entender que, la situación de desprotección en la que se encuentran quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por causa de afecciones ambientales exige un análisis riguroso, cuya premisa fundamental sea la identificación de los elementos clave de un futuro régimen jurídico que garantice los derechos básicos de esas personas. De todas maneras, esa aproximación debiera ir más allá y superar, que no desproteger, a quienes se desplazan por causas ambientales para englobar a todos aquellos que se ven forzados a hacerlo sea cual sea la circunstancia que les mueves a desplazarse y que no encuentran acomodo en el régimen establecido en la Convención de Ginebra[28].

Por todo ello, no sería recomendable crear una confusión terminológica en relación con el concepto «refugiado medioambiental», puesto que a pesar de que los factores medioambientales puedan fagocitar los movimientos transfronterizos, estos no son motivos suficientes *per se* para conceder a los desplazados medioambientales un estatus de refugiado tal y como se define en la Convención de Ginebra de 1951[29]. En concordancia con esta premisa, las líneas de distinción entre refugiados y desplazados forzosos se desdibujan, pues cada vez será más difícil diferenciar entre el refugiado climático y el inmigrante económico[30].

2.2.3. Adecuación y diligencia en la esfera internacional

A pesar de que sigue sin existir una denominación y definición jurídica internacionalmente aceptada, parece que la designación "migración climática" comienza a entenderse como término apropiado, pues incluye el movimiento de personas causado directa e indirectamente por la degradación ambiental generada por el cambio climático, tanto de manera individual como colectiva, de forma relativamente voluntaria o forzada, a nivel interno e internacional[31].

---

27 CAYOTOPA DÍAZ, J.R., *Estatuto jurídico internacional de refugiados ambientales en comunidades ancestrales*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2017, pp. 114-123.

28 *Cfr.* magnífico estudio de SALINAS ALCEGA, S., "El carácter multicausal de los desplazamientos humanos y la oportunidad de un régimen jurídico exclusivo de protección de los desplazados por causas ambientales", en SALINAS ALCEGA, S. (dir.), *La lucha contra el cambio climático. Una aproximación desde la perspectiva del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 271-272.

29 SOLÀ PARDELL, O., *Desplazados medioambientales. Una nueva realidad*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2012, p. 108.

30 Hay que extender la noción de refugiados a más sujetos, para hacerla de alcance universal a todos los que lo necesiten, *cfr.* DE LUCAS MARTÍN, F.J., "Refugiados: nuevos problemas, viejas reticencias", *Le Monde diplomatique en español*, 2010, núm. 174, p. 3.

31 FELIPE PÉREZ, B., *Migraciones climáticas: una aproximación al panorama actual*, ECODES, 2018, pp. 21-22.

3. EVENTUALES VÍAS PARA LOGRAR SU PROTECCIÓN

3.1. Derecho a la migración ecológica transnacional

Tal y como ha quedado ostensible hasta el momento, la compleja tarea de encuadrar a las personas que se desplazan por motivos medioambientales es transcendental, ya que el consenso en la comunidad internacional será el «vector de transmisión» para determinar la responsabilidad de ayuda y protección[32].

Asimismo, se percibe que, los organismos responsables se resisten a reconocer a los desplazados ambientales como un tipo de «migrantes forzados», a pesar de que es indiscutible que estas personas necesitan que, de forma diferenciada, se protejan sus derechos dentro del país[33]. *De facto*, en los movimientos transfronterizos se reconocen actuaciones similares a las que se enfrentan en cualquier tipo de desplazamiento forzado, *exempli gratia* violencia de género, retorno forzado, discriminación en la ayuda, etc[34]. Ante eventos irresistibles de fuerza mayor no cabe invocar ni fronteras, ni soberanías como contenido esencial del derecho humano de libre desplazamiento[35].

3.2. Pasos hacia un futuro cercano

3.2.1. Basamento inicial

A pesar de la existencia de leyes nacionales sobre la gestión de cataclismos en muchos países, y ciertas disposiciones internacionales sobre aspectos específicos de la respuesta en casos de desastre, el Derecho de derechos humanos proporciona un marco jurídico internacional importante e integral que sirve

---

32 Una posibilidad es extender la responsabilidad a todos aquellos que pueden hacerse cargo de los refugiados climáticos, *vid.* en este sentido, LOEWE, D., "Refugiados climáticos: ¿quién debe cargar los costos", *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana – REMHU*, 2014, año XXII, núm. 43, p. 179.

33 En este sentido, la inmigración es un fenómeno sistémico, que por lo tanto requiere de soluciones desde una "gobernanza multinivel" y de un enfoque "transnacional" y multilateral: *Vid.* in extenso, FAGGIANI, V., "¿Hacia una reforma integral o solo aparente y más involutiva del sistema europeo común de asilo?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, núm. 52, 39 pp.

34 La enmienda o adaptación de las convenciones y otras normativas existentes a nivel internacional y los acuerdos bilaterales, junto con la creación de un nuevo tratado multilateral *ad hoc* de carácter global son opciones relativamente viables que deben continuarse explorando: *cfr.* FELIPE PÉREZ, B., "La degradación ambiental, el cambio climático y las migraciones", *Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 2016, núm. 11, p. 8.

35 Desplazarse para conservar la vida y la integridad ante la catástrofe es probablemente la más elemental de las exigencias que ha de garantizar la actuación humanitaria internacional: *cfr.* LÓPEZ RAMÓN, F., "Los derechos de los emigrantes ecológicos", *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2017, núm. extra 6, pp. 6-18, esp. p. 16.

de guía para las actividades de respuesta humanitaria[36]. Doctrina especializada en la materia mantiene la idea de la construcción de una «conexión normativa» mediante la aplicación del análisis de los derechos humanos al contexto del régimen del cambio climático. En especial, se deben superar las lagunas existentes en las normas internacionales de protección de los derechos humanos que amparen a la nueva figura del desplazado medioambiental[37].

En consecuencia, habrá de actuar en base a dos grandes posibilidades: de un lado, el reconocimiento del migrante por cambio climático mediante un concepto legal y unívoco en el ámbito del derecho internacional que permita definir con claridad el instrumento jurídico aplicable, y de otro, crear un nuevo instrumento que además de otorgar certidumbre conceptual, estructure una regulación específica[38].

3.2.2. Fragilidad del migrante

Conviene poner de relieve que, la vulnerabilidad de las personas, grupos y comunidades depende de su capacidad para encarar situaciones adversas[39]. El reto debe ser no sólo mitigar los efectos del predecible cambio climático, sino atender a la población que continua e históricamente se ve afectada de manera negativa y de múltiples maneras por un medio adverso, conociendo sus necesidades y mecanismos de adaptación[40].

En síntesis, proporcionar protección jurídica no es solo establecer políticas que aseguren la asistencia económica, logística y técnica para la adaptación

---

36 IASC, *Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, 2011, pp. 3-4.

37 ESPÓSITO, C., y TORRES CAMPRUBÍ, A., "Cambio climático y Derechos Humanos: el desafío de los «nuevos refugiados»", *Relaciones Internacionales*, 2011, núm. 17, pp. 67-86; TREJO POISON, M., "Desplazados ambientales: causas y propuestas", *Derecho y Economía de la Integración*, 2017, núm. 4, pp. 131-147, p. 142.

38 SOSA, V.A., "Determinación de la Condición de Refugiados ¿Los cambios climáticos, constituyen un motivo para buscar refugio?", *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, 2008, núm. 15, p. 10; IBARRA SARLAT, R., "Indeterminación del estatus jurídico del migrante por cambio climático", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2020, núm. 20, pp. 135-167, esp. pp. 161-163; ARENAS HIDALGO, N., "Las poblaciones desplazadas de su hábitat natural por efecto del cambio climático, el traslado planificado de las comunidades nativas del Ártico como caso de estudio", en SOROETA LICERAS, J. (dir.), *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XV, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2016, p. 229.

39 La superación de la laguna normativa existente en relación a los migrantes climáticos consiste en una exigencia para complementación del sistema internacional de protección de los derechos humanos: *vid.* CONTIPELLI, E., "Migraciones climáticas, dignidad humana y geopolítica", en GILES CARNERO, R.Mª. (coord.), *Desafíos de la Acción Jurídica Internacional y europea frente al cambio climático*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 326.

40 EGEA JIMÉNEZ, C. y SOLEDAD SUESCÚN, J.I., "Los desplazados ambientales más allá del cambio climático. Un debate abierto", *Cuadernos geográficos de la Universidad de Granada*, vol. 49, 2011, núm. 2, PP. 201-216, esp. pp. 211-212.

e incluso reubicación, sino también interpretar las políticas migratorias de acuerdo con las obligaciones internacionales en razón de los derechos humanos, para así facilitar el ejercicio de los derechos de los migrantes del cambio climático[41]. Según el parecer de un sólido sector doctrinal, la comunidad internacional debe cubrir sus necesidades básicas y proporcionarles una 'protección temporal', para los casos en que haya sido necesario cruzar una frontera internacional[42].

4. OBSERVACIONES FINALES

La piedra angular sobre la que se debe sustentarse la comunidad internacional no es otra que la de aunar esfuerzos para remediar las carencias que afrontan los migrantes climáticos con vistas a preservar su dignidad y a hacer efectivos sus derechos[43]. La ausencia de disposición política puede considerarse como una constante en la inacabada construcción de una política europea de asilo[44].

De esta suerte, el 23 de septiembre de 2020 la Comisión Europea propone un *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo* [(COM (2020) 609 final]. En él, se afirma que el año 2019 se cierra con la notoria cifra de 272 millones de migrantes internacionales y los movimientos migratorios se produjeron mayoritariamente entre países en desarrollo. El cambio climático, además de las tendencias demográficas y económicas, la inestabilidad política y los conflictos, apuntan a que, en años venideros, la migración seguirá siendo un fenómeno de importantes dimensiones y un reto de alcance mundial[45]. Conviene poner de manifiesto que un año después de la adopción de la propuesta de un Nuevo

---

41 LLAIN ARENILLA, S., y HAWKINS RADA, C., "Cambio climático y migración forzada", *Migraciones Internacionales*, 2020, núm. 11, p. 10.

42 Esa cooperación de emergencia debe incluir esfuerzos para modificar la conducta ecológicamente incorrecta del Estado: *cfr.* ARENAS HIDALGO, N., "La normativa jurídica aplicable a los desplazados por causas medioambientales", *Ecología política*, 2007, núm. 33, pp. 69-71, esp. p. 70.

43 MARTÍN PASCUAL, E., "Migraciones causadas por la subida del nivel del mar: un reto para el Derecho internacional", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9, 2018, núm. 2, pp. 29-30; SÁNCHEZ ESPINOSA, J.J., "Migración. Visión general de Estrategia Mundial de la Federación Integral sobre migraciones 2018-2020. Reducción de la vulnerabilidad, fomento de la resiliencia", en *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional*, Ministerio de la Presidencia, Relación con las Cortes e Igualdad, 2019, p. 100.

44 RUEDA FERNÁNDEZ, C., "La continua necesidad de cambio en las directivas del ansiado Sistema Europeo Común de Asilo", en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., y MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 563-576.

45 No olvidemos que, en respuesta a acontecimientos como la creciente importancia de la economía digital, el cambio climático, la migración y el terrorismo y la salida del Reino Unido de la Unión Europea, han aumentado los llamamientos a la reforma institucional de la UE y a una mayor participación de los ciudadanos, así lo entiende FERNÁNDEZ PÉREZ, A, "La Conferencia sobre el Futuro de Europa: una apuesta arriesgada para fortalecer y reactivar a la Unión tras las últimas crisis", *La Ley Unión Europea*, 2021, núm. 91, versión on line.

Pacto sobre Migración y Asilo, la Comisión Europea ha presentado un Informe sobre migración y asilo[46] en el que sostiene que, abordar las causas fundamentales de la migración irregular y el desplazamiento forzado requiere una cooperación sostenida con los socios para promover los esfuerzos en la prevención de conflictos, la protección de los derechos, el desarrollo económico y social junto con la acción climática.

Así las cosas, depositemos la esperanza en los grandilocuentes y elaborados compromisos para alcanzar los nobles objetivos descritos, pero desgraciadamente, ni en el Pacto Verde Europeo de 11 de diciembre de 2019 [COM (2019) 640 final], ni Pacto sobre Migración y Asilo *supra* reseñado, ni tan siquiera en la 26.ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, nada se concreta sobre los desplazamientos poblaciones y migraciones forzosas a causa de consecuencias gravosas que tienen su origen en el medioambiente.

En cualquier caso, se presume como altamente indispensable una fluida interacción entre los impactos climáticos biofísicos, la migración, el desplazamiento y la seguridad con el propósito de brindar asistencia y protección a las poblaciones afectadas a causa del cambio ambiental y climático y, en la misma medida, mejorar la adecuación de las comunidades afectadas, sin renunciar a la búsqueda de soluciones duraderas, implementadas a través de acciones que favorezcan la reducción de riesgos de desastre, adaptación al cambio climático y sostenibilidad medioambiental.

---

[46] COM (2021) 590 final, de 29 de septiembre de 2021. El informe hace balance de los progresos registrados y de los principales avances en la política de migración y asilo durante el último año y medio, identifica los principales retos y destaca las perspectivas de progreso, además de definir las medidas que se traducirán en una política de migración y asilo más sólida, viable y justa.

LA PROHIBICIÓN DE SUBVENCIONES QUE AFECTAN A LA SOBRECAPACIDAD Y LA SOBREPESCA (ODS 14.6): UN CASO TEST DE ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL A LA AGENDA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

CARLOS TEIJO GARCÍA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES PARA LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PESQUERAS. 3. DELIMITACIÓN DE LOS SUBSIDIOS QUE CONTRIBUYEN A LA SOBRECAPACIDAD Y SOBREPESCA. 4. LAS PROHIBICIONES RELATIVAS A LAS FLOTAS DE PESCA A DISTANCIA. 5. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO. 6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El mandato del ODS 14.6, relativo a la prohibición de ciertas subvenciones pesqueras nocivas, presenta varias notas de interés desde el punto de vista de la adaptación progresiva del derecho internacional a los principios del desarrollo sostenible. En primer término, esto es debido a la fluidez institucional que deriva del hecho de que las negociaciones multilaterales para adoptar un instrumento jurídico en la materia se desarrollan en el marco comercial de la OMC, a pesar de perseguir un objetivo explícitamente medioambiental. En segundo lugar, esta negociación resulta paradigmática del enfoque interdependiente de la Agenda 2030 al basarse en la interacción de tres regímenes distintos como son el derecho internacional del comercio, del medio ambiente y del mar. En un tercer momento, es preciso tener en cuenta que el debate sobre subsidios pesqueros de la meta 14.6 -que incorpora un mandato sobre el reconocimiento de un trato especial y diferenciado (TED) para los países en desarrollo- constituye un epítome de la tensión que atraviesa al proceso de implementación de los ODS cuando este genera obligaciones para países medios y para potencias consideradas como Estados en desarrollo, como China, que son los principales financiadores de estas subvenciones. Y, por último, la negociación concita también un elevado interés puesto que se ha convertido

[1] Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular) de Derecho Internacional Público y RR.II. Universidad de Santiago de Compostela (carlos.teijo@usc.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación "La implementación del ODS 14 en España y la UE: desafíos regulatorios para la cooperación internacional y la seguridad marítima. (ESPO-DS14)" (PID2019-109680RB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (DOI: 10.13039/501100011033) en el marco del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad. Este trabajo ha sido realizado con la información sobre el desarrollo de las negociaciones disponible hasta la fecha de 2 de noviembre de 2021.

-a pesar de su restringido alcance material- en un test crucial para la revitalización de una organización en crisis, como la OMC, y la articulación normas vinculantes en materia de desarrollo sostenible[2].

La meta del ODS 14.6 no establece una prohibición general relativa a las subvenciones pesqueras sino que persigue la supresión de las tres modalidades que generan consecuencias medioambientales más lesivas, esto es, las ayudas que contribuyen a la pesca INDNR, a la captura de poblaciones de peces sobreexplotadas y a la sobrecapacidad y sobrepesca[3]. Estos tres pilares han sido objeto de una propuesta de regulación en el proyecto de texto consolidado presentado por el Presidente del Grupo de Negociación sobre las Normas de la OMC[4], tras haber recibido las observaciones y opiniones formuladas por los Estados respecto a los borradores previos de acuerdo[5]. Aún manteniendo la idea, expresada por el Presidente, de que "todo el documento está efectivamente entre corchetes y que nada está acordado hasta que todo esté acordado"[6] es preciso señalar que este texto, sobre el que se basa el presente análisis, supone un notable avance en el proceso negociador que debe concluir en la adopción de un acuerdo durante la Duodécima Conferencia Ministerial (CM12) de la OMC.

Esta aportación se centra en el análisis del debate establecido sobre el tercer pilar, relativo a las subvenciones ligadas a la sobrecapacidad y la sobrepesca. La delimitación del objeto se justifica, materialmente, porque la regulación de este tipo de subsidios se ha convertido en el nudo gordiano de la negociación. Si bien durante el proceso diplomático se ha producido una creciente convergencia en torno a los dos primeros pilares (pesca INDNR y poblaciones sobreexplotadas) en el tercero subsisten importantes diferencias que determinan la viabilidad del consenso final.

Este trabajo realiza un análisis valorativo de las principales opciones regulatorias sobre esta cuestión, de acuerdo con el siguiente esquema. En primer término, el texto avanza una contextualización mínima del debate sobre subvenciones a la pesca (2). Después, se centra sobre el problema nuclear de la delimitación de los subsidios que contribuyen a la sobrecapacidad y la sobrepesca (3). En tercer lugar, aborda la prohibición conexa de las subvenciones a la pesca que se desarrolla más allá de la jurisdicción de un miembro ribereño

---

2 KINDLON, J., "*Can Fish Save the WTO: Current Problems and Potential Outcomes of the WTO Fisheries Subsidies Negotiations", NYU Environmental Law Journal, 2020, vol. 28.2, pp. 282-318.*

3 ASAMBLEA GENERAL, ONU, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1, 25.9.2015.

4 TN/RL/W/276, 11.5.2021, y TN/RL/W/276/Rev.1, 30.6.2021.

5 RD/TN/RL/126, 25.6.2020, RD/TN/RL/126 rev. 1, 2.11.2020 y RD/TN/RL/126 rev. 2, 18.12.2020.

6 Nota explicativa del Presidente que acompaña al nuevo proyecto de texto de negociación TN/RL/W/276/Add.1, 11.5.2021, p. 7.

o fuera de la competencia de organización o acuerdo regional de ordenación pesquera (OROP/AROP), así como el debate sobre si debe ser o no suprimidas las ayudas para un buque que no enarbole el pabellón del Miembro que las otorga (4). Y, por último, el trabajo se detiene en el problema axial de las flexibilidades que deben incorporar las nuevas disciplinas a fin de reflejar el trato especial y diferenciado (TED) para los países en desarrollo (5).

2. LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES PARA LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PESQUERAS

En los diagnósticos sobre la crisis de las pesquerías mundiales suele aparecer, junto con las críticas relativas a la deficiente gestión, un elemento recurrente: la sobrepesca se produce porque existe una flota pesquera mundial hipertrofiada y sobrecapitalizada por razón de los subsidios que proporcionan los gobiernos[7]. A pesar de que los debates sobre el volumen de subsidios y sobre su naturaleza (positiva, negativa o neutra en función del tipo de ayuda otorgada) han sido constantes durante años, las estimaciones globales más recientes indican que se conceden 35400 millones de dólares estadounidenses (USD) a la industria pesquera, de los que 22200 tienen un carácter negativo al contribuir al incremento de la capacidad del sector. En términos cuantitativos, China es el principal financiador (21% del total), seguido por los EEUU y Corea del Sur (10% y 9% respectivamente), mientras que los Estados miembros de la UE conceden el 11% de las ayudas mundiales a la pesca[8].

La regulación internacional vigente en materia de subsidios resulta inadecuada para atajar la problemática generada por estas ayudas puesto que el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) fue diseñado para incidir sobre las distorsiones que generan las subvenciones en el ámbito comercial pero no aborda otro tipo de disfunciones, que se dan en

---

7 WORLD BANK, FAO, *The Sunken Billions: The Economic Justification for Fisheries Reform, World Bank*, 2009, p. 23; en el mismo sentido, World Bank, *The Sunken Billions Revisited: Progress and Challenges in Global Marine Fisheries*. World Bank, 2017, p. 58.

8 SUMAILA, R. *et. al.*, "Updated estimates and analysis of global fisheries subsidies", *Marine Policy*, 109, 2019. Para los autores del análisis el 86% del total de subsidios negativos han sido concedidos por países con un alto Índice de Desarrollo Humano. Sin embargo, la afirmación es equívoca puesto que el estudio establece como punto de corte entre los países de desarrollo bajo/medio y los de desarrollo alto/muy alto un IDH de 0,7, con el objetivo de incorporar a China (principal flota a distancia del mundo, primer subsidiador global y, claramente, potencia pesquera líder a nivel mundial) como "Estado desarrollado en el ámbito pesquero". No obstante, si utilizásemos criterios más estándar para fijar la difusa frontera entre países desarrollados y en desarrollo, observaríamos que "splitting the total subsidy amount in terms of developed and developing countries reveals that 35% and 65% are provided by the former and the latter group of countries, respectively. This is because high HDI countries such as China are classified as developing countries by the United Nations", ibid., p. 4.

el ámbito productivo o extractivo, si no tienen una repercusión inmediata y medible sobre la capacidad exportadora del país[9].

La comunidad internacional incorporó esta problemática a la agenda multilateral y ha impulsado durante dos décadas el desarrollo de negociaciones orientadas a la adopción de un nuevo tratado. En el mandato de Doha de la OMC fue incluido un apartado sobre la adopción de normas específicas sobre subsidios pesqueros, vinculadas al ASMC[10] y en la Conferencia Ministerial de Hong Kong se perfiló este mandato, haciendo un énfasis particular sobre la seguridad alimentaria[11]. En 2007 se presentó un primer borrador de acuerdo que no fue apoyado por los Estados[12] y a partir de 2015 ha tenido lugar una revitalización del debate tras su incorporación como meta 14.6 al marco referencial de los ODS. A pesar de ello, los Estados miembros de la OMC tampoco fueron capaces de alcanzar un consenso en la décimo primera Conferencia Ministerial (2017) por lo que la decisión final ha sido diferida a la décimo segunda Conferencia Ministerial (CM12), que se desarrollará en junio de 2022. El intenso trabajo diplomático desarrollado a lo largo del último año en el Grupo de Negociación sobre Normas ha permitido disponer de un borrador de texto consolidado que -a pesar de las diferencias subsistentes- es el mejor estructurado de los formulados durante este largo proceso multilateral.

3. LA DELIMITACIÓN DE LOS SUBSIDIOS QUE CONTRIBUYEN A LA SOBRECAPACIDAD Y LA SOBREPESCA

Las propuestas estatales avanzadas durante la negociación han puesto sobre la mesa tres modelos de regulación orientados a implementar la prohibición de los subsidios que contribuyen a la capacidad y a la sobrepesca. El primero de ellos es el que ha sido calificado como modelo "de los efectos"[13], puesto que vincula el despliegue de la prohibición con la calidad de la gestión pesquera y tiende a restringir las ayudas, en consecuencia, solo cuando se acredite que han causado efectos negativos sobre los recursos. Esta propuesta ha sido defendida, sobre todo, por países con altos índices de desarrollo humano, bajo el argumento de que no existe una razón objetiva para prohibir una subvención que sea medioambientalmente neutra y no suponga un

---

9 CHANG, S.W., "WTO Disciplines on Fisheries Subsidies: A Historic Step Towards Sustainability?", *Journal of International Economic Law*, 2003, nº. 6, pp. 879-921, p. 885.

10 WT/MIN(01)/DEC/1, 20.11.2001.

11 WT/MIN(05)/W/31, 7.12.2005, Anexo D, párr. 9.

12 JTN/RL/W/213, 30.11.2007.

13 LUNENBORG, Peter, *Analysis of the overcapacity and overfishing, pillar of the WTO fisheries subsidies negotiations*, Research Paper, No. 122, South Centre, Geneva, 2020.

perjuicio para una población ictícola bien gestionada[14]. Distintos Estados en desarrollo, sin embargo, han llamado la atención sobre el hecho de que hacer orbitar la prohibición sobre la condición de que exista una gestión sostenible previa beneficia de manera desproporcionada a las economías avanzadas, como EEUU o la UE, que cuentan con mejores modelos de gobernanza pesquera pero que han sido y continúan siendo grandes financiadores de subsidios y debieran asumir, por tanto, el coste principal de su reducción.

Un segundo enfoque propuesto para aplicar la prohibición es el denominado "de topes", que plantea suprimir subsidios a partir de un determinado límite cuantitativo[15]. En la mayoría de las propuestas presentadas, el establecimiento de un umbral mínimo de subsidios permisible se conjuga con la prohibición específica de las ayudas más perjudiciales, como las relacionadas con la pesca INDNR o la sobrexplotación. Las fórmulas manejadas en la negociación divergen sobre los métodos empleados para la fijar los topes puesto que algunas contemplan un enfoque progresivo, a fin de que los países con mayor porcentaje de captura mundial redujeran en mayor medida las ayudas que conceden a su flota. Una segunda alternativa pasaría por permitir a los Estados elegir entre diferentes "diseños" del tope previsto (que puede ser concretado como un recorte porcentual de la ayuda, como un porcentaje máximo sobre el valor de mercado de las capturas, o bien como un monto financiero límite que pueda ser asignado a cada pescador) a fin de favorecer la adaptación de la prohibición a la especificidad nacional de cada sector pesquero[16].

La tercera y última opción sometida a debate tiene un carácter cualitativo y supone establecer un listado de subvenciones prohibidas, como ha defendido, entre otros, el grupo de los ACP[17]. El avance de la negociación ha conducido hacia la prevalencia de un enfoque "híbrido" en el que la base de la regulación consiste en una relación de subvenciones prohibidas que, a su vez, aparece modulada por una salvedad que permite mantener un subsidio si el Estado otorgante dispone de medidas de gestión suficientes para mantener las poblaciones de peces en un nivel biológicamente sostenible. De este modo, el artículo 5.1 del texto consolidado considera prohibidas las ayudas a: la construcción, adquisición, modernización, restauración o mejora de buques; la compra de máquinas y equipo (incluidos artes de pesca,

---

14 Con diversas modulaciones, esta ha sido la posición de Nueva Zelanda e Islandia, RD/TN/RL/79/Rev.1, 18.4.2019, así como de la UE, Japón, Corea del Sur y Taiwán, RD/TN/RL/112/Rev.1, 5/2/2020.

15 Esta solución, con distintos formatos técnicos, aparece en las propuestas de EEUU, Argentina, Australia y Uruguay, TN/RL/GEN/197/Rev.2, 11.7.2019, Brasil, RD/TN/RL/124, 28.2.2020, o China TN/RL/GEN/199, 4.6.2019.

16 Sobre las diversas opciones, TIPPING, A., IRSCHLINGER, T., Negociaciones de la OMC sobre las subvenciones a la pesca: ¿En qué situación se encuentran?, Agosto 2020, International Institute for Sustainable Development, p. 16.

17 RD/TN/RL/96/Rev.1, 4.2.2020.

motores y maquinaria para la localización y la elaboración de pescado); los costos del combustible, hielo o cebos; d) los costes de personal, cargas sociales o seguros; e) el sostenimiento de los ingresos de los buques, operadores o trabajadores que estos emplean; f) el sostenimiento de los precios del pescado capturado; g) la asistencia en el mar; y h) las pérdidas de explotación de los buques.

4. LAS PROHIBICIONES RELATIVAS A LAS FLOTAS DE PESCA A DISTANCIA

Una parte sustancial del debate sobre el control de las subvenciones pesqueras gravita sobre la necesidad de limitar las ayudas concedidas a las grandes flotas de pesca a distancia. El volumen y la naturaleza de este tipo de subsidios es objeto de una crítica recurrente -por parte de Estados en desarrollo y desde el ámbito académico- al señalarse que benefician a los segmentos de flota más industrializada, que tiene un mayor impacto ambiental negativo y que genera un menor rendimiento social, al emplear a un número reducido de trabajadores[18]. Los datos disponibles apuntan que los diez primeros Estados proveedores de subvenciones pesqueras (China, Japón, Corea, Rusia, EE.UU., Tailandia, Taiwán, España, Indonesia y Noruega) destinaron más de 5.300 millones de USD a financiar actividades extractivas de su flota en las ZEE de otras naciones, lo que supone más de una tercera parte de su gasto en subvenciones perjudiciales[19]. Por lo que se refiere a la pesca en alta mar, que es una actividad dominada por un pequeño grupo de países se ha estimado que el volumen de subsidios anual asciende a 4.200 millones de USD[20].

La percepción de que este tipo de subsidios conlleva una transferencia de exceso de capacidad pesquera desde el Estado subvencionador al ribereño de destino ha conducido a que el texto refundido (5.2 a) prohíba las

---

18 Ha sido estimado que de los 35.400 millones de USD en subsidios pesqueros proporcionados globalmente en 2018, solo el 19% se dirigió a subsector de la pesca a pequeña escala, que incluye a las pesquerías artesanales y de subsistencia, mientras que más del 80% financió a la pesca industrial a gran escala; a consecuencia de dicho reparto, un pescador implicado en actividades de pesca industrial recibe, como media, casi cuatro veces más subsidios que un pescador a pequeña escala, SCHUHBAUER, A. et al., "The Global Fisheries Subsidies Divide Between Small- and Large-Scale Fisheries", *Frontiers in Marine Science*, vol. 7, 2020.

19 SKERRITT, D., SUMAILA, R., *Assessing the spatial burden of harmful fisheries subsidies*, Final report, February 2021, Oceana, p. 13.

20 Los países que conceden mayores cantidades de subsidios a su flota industrial de alta mar son Japón (20% de las ayudas mundiales a este segmento) y España (14%) seguidos de China, Corea del Sur y Estados Unidos. Entre las conclusiones más relevantes de este estudio se encuentra la estimación de que el 54% de las pesquerías en alta mar resultarían deficitarias sin la recepción de subsidios por parte de los gobiernos, SALA, E., et al., "The Economics of Fishing the High Seas". *Science Advances*, 2018, eaat2504, p. 4.

subvenciones a la pesca en zonas situadas fuera de la jurisdicción del Miembro otorgante, si bien se establece como excepción que esta prohibición no será aplicable a la no recaudación de los operadores de pagos entre Gobiernos en el marco de acuerdos concertados con los Miembros ribereños cuando el gobierno que adquiere el acceso contribuya a las medidas de conservación y ordenación en la pesquería (5.2 b). De modo paralelo a la prohibición de subvenciones relativas a la pesca en la ZEE de un tercer Estado, el texto establece que tampoco podrán concederse a la pesca realizada fuera de la competencia de una OROP/AROP (5.3)[21].

El artículo 5.4 establece también la importante prohibición de las subvenciones concedidas a buques que no enarbolen el pabellón del Miembro que las otorga. Como han indicado varios Estados proactivos en esta materia, esta limitación puede tener repercusiones beneficiosas de gran alcance puesto que la mayoría de las empresas que emplean pabellones de conveniencia están situadas en países que cuentan también con las mayores flotas de aguas distantes[22]. Esta limitación contribuiría a reforzar la transparencia del sector pesquero, que se caracteriza por una notable opacidad transnacional derivada distintos factores como la estructura multinacional de la propiedad de empresas y buques, la propia dinámica transfronteriza de la actividad extractiva, el carácter plurinacional de las tripulaciones y la multiplicación de los abanderamientos de conveniencia. La medida contribuye al refuerzo del vínculo efectivo entre el Estados de pabellón y su flota nacional por lo que su inclusión en el texto debe ser valorada de forma positiva[23].

5. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El mandato de modular la prohibición de subsidios pesqueros para dar un TED a los países en desarrollo está en el núcleo de la meta 14.6, pero ha constituido el principal obstáculo en el que se ha atascado el debate durante décadas. La dificultad de alcanzar un acuerdo para la definición de este régimen estriba en la necesidad de combinar distintos intereses en presencia (de

---

21 En este sentido, habían sido avanzadas distintas propuestas como las del Grupo de los Países Menos Avanzados (PMA), RD/TN/RL/125, 6.3.2020, o la de EEUU, Argentina, Australia, Chile, Nueva Zelanda y Uruguay, RD/TN/RL/91, 27.6.2019

22 Comunicación de Argentina, Australia, los Estados Unidos, Nueva Zelandia y Uruguay, TN/RL/GEN/201, 7.10.2019, así como propuesta de Indonesia, TN/RL/GEN/189/Rev.1, 13.7.2017.

23 En este sentido, se ha señalado que la eliminación de las subvenciones destinadas al 15% de embarcaciones pesqueras que enarbolan pabellón de conveniencia o que están inscritas como embarcaciones "de pabellón desconocido" se suprimirían las distorsiones artificiales y los incentivos potencialmente perjudiciales que afectan actualmente a la economía pesquera, vid. Indonesia, Nueva Zelanda, Islandia, Pakistán, TN/RL/GEN/186, 27.4.2017.

los Estados desarrollados, pescadores a distancia o no, los PMA, pequeños Estados insulares, otros Estados en desarrollo que, a su vez, pueden disponer solo de flota artesanal o contar con buques industriales para faenar en aguas nacionales y/o a distancia) con los diferentes vectores que permitirían estructurar el trato preferente. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que las flexibilidades pueden organizarse de acuerdo con varios vectores. En primer lugar, tomando el parámetro de la riqueza nacional de los Estados puesto que las delegaciones han tendido a coincidir, por ejemplo, en eximir a los PMA de cualquier prohibición que se aplique en materia de sobrecapacidad. Un segundo enfoque consistiría en aplicar un nivel de restricciones diferente en función de los distintos espacios marinos en los que se realice la actividad pesquera; de esta forma, los Estados han propuesto alternativas para que los países en desarrollo puedan excluir las prohibiciones de este pilar o bien dentro de las doce millas náuticas de sus aguas territoriales o, en una concepción más extensa del TED, dentro de la totalidad de su ZEE. Una tercera fórmula para articular la flexibilidad de la prohibición pasaría por enfatizar la idea de que la pesca de subsistencia, artesanal y en pequeña escala debiera permanecer exenta de restricciones en los países en desarrollo, que tendrían únicamente que aplicar este capítulo a la flota industrial nacional que pesque en su ZEE o en aguas distantes.

La falta de consenso en este punto ha llevado a incorporar dos formulaciones alternativas, ambas entre corchetes, en el texto consolidado. La primera de ellas establecía que la prohibición no resultaría aplicable ni a las subvenciones concedidas por los PMA (5.5.a), ni a las subvenciones otorgadas por el resto de países en desarrollo dentro de su mar territorial (5.5.b). El artículo permitía también las subvenciones en la ZEE y en la zona de competencia de una OROP/AROP pero en caso de que el Estado financiador no cumpliese acumulativamente con los cuatro criterios siguientes: i. el INB per cápita superior a 5.000 USD durante tres años consecutivos; ii. superar el 2% de la producción mundial anual de la pesca de captura marina; iii. tener flota de pesca en aguas distantes; y iv. acreditar una contribución de la agricultura, la silvicultura y la pesca al PIB nacional anual del Miembro inferior al 10% durante los tres años consecutivos más recientes (5.5.c). Lógicamente, esta disposición estaba diseñada para frenar la agresiva política de subsidios realizada por grandes potencias pesqueras, teóricamente en desarrollo, como China, si bien embargo esta redacción ha encontrado una firme oposición por parte de un número significativo de Estados[24].

La segunda alternativa para la redacción del artículo 5.5 ha evolucionado ya desde la primera versión de texto consolidado presentada en mayo, que ha

[24] TN/RL/W/276/Add.1, 11.5.2021, p. 10.

sido corregida en algunos aspectos en julio[25]. En esta versión se pone el énfasis en la naturaleza de la actividad pesquera, puesto que se exime de la prohibición a las subvenciones para actividades relacionadas con la pesca de bajos ingresos, limitadas en recursos y de subsistencia dentro del mar territorial[26], al tiempo que se suprime el límite temporal de 7 años previsto inicialmente y que fue fuertemente contestado por los países en desarrollo. Para las subvenciones a actividades en la ZEE del financiador o en la zona de competencia de una OROP/AROP se establece un período transitorio máximo de 5 años, junto con una cláusula de flexibilidad que le permitiría a un país en desarrollo que no sea una gran potencia pesquera[27], solicitar al Comité una prórroga del período transitorio. Debido al rechazo generado por la primera alternativa, esta segunda opción, que resulta más ponderada, se ha convertido en el referente principal sobre el que gira la fase final de la negociación.

A pesar de los equilibrios que contiene, esta interpretación del TED, avalada por el Presidente del Grupo sobre Normas, ha sido cuestionada por prácticamente un centenar de Estados en desarrollo que insisten sobre la idea de que la pesca artesanal y a pequeña escala debe quedar directamente fuera del alcance de las prohibiciones, en vez de aparecer englobada como una excepción dentro del apartado sobre trato especial[28]. Por supuesto, un problema con el que tropieza esta exclusión es la ausencia de una definición internacional armonizada de lo que constituye pesca a pequeña escala[29]. Para ambos

---

25 Vid. nota 3.

26 Esta exención había sido solicitada, entre otros, por India (TN/RL/GEN/200/Rev.1), Camerún (RD/TN/RL/135) y Argentina, Chile y el Ecuador (RD/TN/RL/136).

27 Se establecen como condiciones limitativas determinar este carácter que la participación en la producción mundial anual de la pesca de captura marina del Estado en desarrollo en cuestión no supere el [0,7%], según los datos más recientes publicados por la FAO; y, a la vez, que el montante de las subvenciones anuales que otorgue no superen los [25 millones] de USD anuales.

28 Propuesta conjunta del Grupo ACP y del Grupo de países africanos, RD/TN/RL/146, 23.9.2021.

29 Al respecto de esta espinosa cuestión, vid. entre otros los posicionamientos, a lo largo del proceso negociador, de India (TN/RL/W/203, 6.3.2006), Brasil, China, Ecuador, México y Venezuela (TN/RL/W/241/Rev.1, 16.10.2009), Brasil, China, India y México (TN/RL/GEN/163, 11.2.2010). Para un análisis doctrinal, UNEP, *Artisanal Fishing: Promoting Poverty Reduction and Community Development Through New WTO Rules on Fisheries Subsidies*, Ginebra, 2005. Una opción para hacer operativa la exclusión consistiría en remitir la delimitación de la pesca a pequeña escala al derecho nacional o, en nuestro caso, al de la UE; que es la opción por la que se decantaron los redactores de las Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala de la FAO en 2015. Una segunda posibilidad sería definir la noción, con alcance general, en la nueva normativa sobre subsidios pesqueros, lo que no parece ni realista ni práctico, al no ser la OMC una organización con competencias en materia de pesca. Y, por último, cabría la posibilidad, apuntada por SUMAILA, de remitir el término a la definición nacional pero estableciendo una serie de parámetros (técnicos del buque, en primer lugar, y socioeconómicos vinculados al formato de la actividad extractiva y a su rendimiento comunitario) que permitiesen al Comité sobre SMC verificar que las subvenciones concedidas se dirigen realmente a la financiación de pesca a pequeña escala, SUMAILA, R., "Small-scale Fisheries and Subsidies Disciplines: Definitions, Catches, Revenues, and Subsidies", en ICTSD. *Fisheries*

grupos de Estados, en cualquier caso, las prohibiciones no deben ser aplicadas ni a los PMA ni a los países en desarrollo cuya aportación porcentual anual a la captura global sea reducida. En un sentido similar, estos países también defienden que la prohibición del artículo 5.1 no se aplique a la financiación de actividades dentro de la ZEE. La lógica invocada por los Estados en desarrollo para mantener esta posición negociadora es que las economías avanzadas deben soportar el coste principal de la retirada de las ayudas perniciosas, sin condicionar el eventual crecimiento del sector pesquero en países pobres.

La India se ha opuesto también al texto presentado por el presidente al considerarlo desequilibrado y perjudicial para los países en desarrollo. En su propuesta, el país asiático defiende que Estado en desarrollo pueda conceder ayudas dentro del mar territorial, la ZEE y en una OROP/AROP de la que es parte si la pesquería se mantiene a un nivel biológicamente sostenible (art. 5.2). Pero la verdadera innovación de la propuesta india -que choca frontalmente con el consenso previo recogido en el borrador de acuerdo- estriba, sin embargo, en el énfasis que realiza sobre la limitación de los subsidios a las grandes flotas industriales de pesca a distancia, al proponer que estos no puedan conceder subsidios a este segmento de la flota durante un período 25 años (art. 5.3), mientras que los Estados en desarrollo (con una participación anual en la captura global inferior al 1%) tendrían derecho a disfrutar de una moratoria equivalente de la prohibición para financiar la construcción de una flota a distancia[30].

6. CONSIDERACIONES FINALES

Las negociaciones sobre subsidios pesqueros han alcanzado un grado de consenso significativo por lo que resulta probable que, tras dos décadas de negociación, puedan desembocar en la adopción de un texto vinculante. En el ámbito del control de las subvenciones que alientan la sobrecapacidad, se ha producido un avance notable en la definición del listado de subsidios perniciosos; con la excepción de las ayudas genéricas al combustible (respecto a las que no se ha alcanzado un acuerdo sobre si ha de lograrse una limitación parcial, total o si deben seguir, por el contrario, fuera del régimen de regulación) el artículo 5.1 ha establecido una enumeración detallada de subsidios prohibidos. Esta solución de establecer una lista roja de subvenciones, matizada con la flexibilidad ligada a la implantación de mecanismos eficaces de gestión pesquera, resulta cualitativamente superior a la opción, menos discriminatoria en razón del impacto negativo de la ayuda, de haber establecido

Subsidies Rules at the WTO: A Compilation of Evidence and Analysis. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2018, p. 118.

30 RD/TN/RL/148, 23.9.2021.

topes máximos permitidos de carácter lineal para cada Estado. La meta 14.6 se refiere a la prohibición de ciertos tipos de subsidios perjudiciales por lo que la identificación y enumeración de aquellos que contribuyen a generar sobrecapacidad parece, en este sentido, pertinente.

El enfoque de las disposiciones contenidas en los artículos 5.2 y 5.3 del proyecto, que inciden sobre la restricción de las ayudas concedidas a las flotas industriales que pescan fuera de la jurisdicción del Estado también se encuentra orientado en la dirección correcta; al igual que la previsión del artículo 5.4 sobre buques que enarbolan pabellón de un país distinto del otorgante de la subvención, que constituye un elemento positivo para aportar transparencia y desincentivar el recurso a los pabellones de conveniencia.

Respecto a la barrera final que condiciona, en mayor medida, el remate de la negociación -es decir, las heterogéneas concepciones expresadas por los Estados respecto al alcance del TED para los países en desarrollo- da la impresión de que, si se produce un desbloqueo, tendrá que derivar de una reducción general del grado de ambición medioambiental de las disciplinas. El núcleo de las prohibiciones va a centrarse, en este sentido, sobre la limitación de la pesca a distancia, pero parece difícil que los Estados en desarrollo vayan a aceptar un compromiso que no incluya exenciones completas para los PMA, para la pesca a pequeña escala en el mar territorial sin límite temporal e, incluso, para la pesca industrial dentro de sus propias ZEE con un amplio régimen transitorio.

PERSONAS

LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LA GOBERNANZA INTERNACIONAL DE LA MIGRACIÓN: EL PACTO EUROPEO SOBRE LA MIGRACIÓN Y EL ASILO A LA LUZ DEL PACTO MUNDIAL PARA LA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR DE LAS NACIONES UNIDAS

CRISTINA CHURRUCA MUGURUZA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL INICIO DE UN MARCO DE GOBERNANZA GLOBAL DE LA MIGRACIÓN: EL VÍNCULO MIGRACIÓN Y DESARROLLO EN LOS ODS. 3. EL CAMINO HACÍA MARRAKECH Y LA PARADÓJICA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR. 5. EL NUEVO PACTO EROPEO SOBRE LA MIGRACIÓN Y EL ASILO A LA LUZ DEL PACTO GLOBAL DE MIGRACIÓN. 6. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en septiembre de 2015 significa un cambio de paradigma al reconocer por primera vez el papel de la migración para el desarrollo sostenible mundial y abrir la posibilidad de integrar las políticas migratorias en un marco basado en los derechos humanos. La referencia central a la migración aparece en la meta 10.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): "Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas". Un año más tarde la mal llamada crisis europea de los refugiados de 2015 conduce a la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2016 de la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes para dar respuesta a los problemas planteados por los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes sin precedentes. La Declaración de Nueva York establece las bases para la adopción de dos pactos mundiales en 2018: un Pacto Mundial para

[1] Profesora asociada de Relaciones Internacionales en la Universidad de Deusto (cristina.churruca@deusto.es). Este trabajo se inserta en el marco del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y los Fondos FEDER, liderado por la profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Deusto, Joana Abrisketa Uriarte , titulado "El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y los Estados del Mediterráneo en el contexto post-covid", Ref. PID2020-13999RB-100. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 15 de enero de 2022.

los Refugiados (PMR) y un Pacto Mundial para la Migración (PMM) Segura, Ordenada y Regular de acuerdo a la meta 10.7 de los ODS. Los dos pactos incluyen marcos concretos de acción para poder exigir cuentas a los Estados, al menos políticamente, a través de nuevos mecanismos de revisión. Por primera vez los Estados reconocen la responsabilidad de gestionar la movilidad humana a nivel multilateral mediante la cooperación internacional respetando los derechos humanos incluido el derecho de las personas de vivir su vida en condiciones de seguridad y dignidad (párrafo 11).

Desde la denominada crisis migratoria en 2015, la UE y sus Estados miembros tienen como objetivo establecer una política europea de migración eficaz, humanitaria y segura coherente con la meta 10.7 de los ODS. Sin embargo, las medidas aplicadas por la UE para gestionar las fronteras exteriores y los flujos migratorios han demostrado no ser ni eficaces, ni humanitarias ni seguras. La política migratoria europea se ha caracterizado por la insolidaridad y falta de responsabilidad compartida entre los Estados miembros centrándose en la externalización, el control de las fronteras y el retorno de las personas migrantes y refugiadas antes que en garantizar el respeto de los derechos humanos y la vida de los migrantes y solicitantes de asilo. Por ello el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo propuesto por la Comisión en septiembre de 2020 se presenta como una guía para la política europea de gestión de la migración en los próximos años para "reducir las rutas inseguras e irregulares y promover vías legales sostenibles y seguras a quienes necesitan protección"[2].

En este contexto, el objetivo de este capítulo es analizar si, y en qué medida, el Pacto presentado por la Comisión Europea responde al marco de gobernanza global de la migración diseñado en el Pacto Mundial sobre Migración. ¿Comparten la misma visión de lo que es y cómo lograr una migración ordenada, segura y regular? En nuestra opinión uno de los principales logros del PMM es haber logrado un equilibrio entre consideraciones de seguridad nacional y soberanía de los Estados, que han impedido hasta la fecha avanzar en la adopción de un marco de gobernanza global de la migración, y consideraciones de seguridad humana que ponen a las personas y los derechos humanos en el centro del debate. Nos preguntamos si la nueva propuesta de política migratoria europea responde, como el PMM, a una concepción común del fenómeno migratorio, a la idea de responsabilidades compartidas y a una unidad de propósito, así como al respeto de los derechos humanos de los migrantes como sugieren los valores y objetivos de la Unión Europea y los compromisos internacionales asumidos por la misma. Con este fin el trabajo se articula en cinco partes. En primer lugar, se plantea el inicio de un

---

2 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, COM (2020) 609 final, Bruselas, 23.9.2020, p.2.

marco de gobernanza multilateral de la migración a partir del vínculo entre migración y desarrollo en los ODS. A continuación, se exponen las cuestiones principales de debate en las negociaciones del Pacto Mundial sobre una migración segura, ordenada y regular y la paradójica posición de la Unión Europea. A pesar de haber presentado una posición común e influir decisivamente en las negociaciones, la Unión Europea se convierte en la región con mayor oposición al PMM cuestionando la propia existencia de una política exterior común en esta área. Desde esta premisa, la cuarta parte analiza el Nuevo Pacto Europeo de Asilo y Migración a la luz del Pacto Mundial de Migración. La última parte presenta unas reflexiones finales sobre la importancia del PMM para el avance hacia una migración, segura, regular y ordenada y sobre el papel de la UE en la gobernanza mundial de una migración basada en los derechos humanos y cómo actor internacional en general.

2. EL INICIO DE UN MARCO DE GOBERNANZA GLOBAL DE LA MIGRACIÓN: EL VÍNCULO MIGRACIÓN Y DESARROLLO EN LOS ODS

La regulación del fenómeno migratorio han interesado durante mucho tiempo, de manera exclusiva, al derecho interno de los Estados[3]. Desde la antigüedad los Estados han adoptado medidas tanto para limitar los derechos de los extranjeros como para impedir, limitar o controlar la entrada de los mismos. Con la globalización las migraciones se intensifican al mismo tiempo que se convierten en catalizador y producto de la globalización. Desde los años 70 y fundamentalmente en los 90 las crisis económicas y las disparidades crecientes entre países desarrollados y países en vías de desarrollo marcan una nueva tendencia hacia las restricciones migratorias[4]. Restricciones que desde entonces no han hecho más que multiplicarse.

A diferencia de otros ámbitos políticos que implican movimientos transfronterizos, ha tardado en surgir un marco de gobernanza multilateral de la migración. La principal objeción a la gobernanza mundial en esta materia es la limitación de la soberanía de los Estados. La migración se percibe como un tema complejo, con carga emocional, que afecta la soberanía y la seguridad nacional. Como señala Saskia Sassen:

> "los inmigrantes y los refugiados reflejan la tensión existente entre la protección de los derechos humanos y la soberanía de los Estados. Esta tensión es especialmente agua tratándose

---

3 Como consecuencia hay diferentes definiciones de lo que es la migración. Por este motivo la Organización Internacional de la Migraciones (OIM) elaboró un glosario de términos relativos al fenómeno con el fin de dar claridad sobre estos y evitar ambigüedades.

4 Véase CASTLES, S. y M. MILLER; *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México D.F., Universidad Autónoma de Zacatecas, 2004.

de los migrantes en situación irregular, ya que su simple existencia implica una erosión de la soberanía"[5]

Por este motivo los países receptores de migrantes han sido muy reticentes a introducir la migración en el marco de las Naciones Unidas. Aunque la distinción entre países de inmigración, emigración y tránsito es a menudo borrosa, la división entre emisores y receptores se inscribe en el contexto más amplio de una división Norte-Sur con diferentes perspectivas sobre la función de la gobernanza migratoria mundial[6]. Así los estados tendían a aproximarse a la migración ya sea desde una perspectiva de derechos humanos, desarrollo económico o gestión[7]. Sin embargo, la globalización ha convertido el fenómeno migratorio en un fenómeno mundial que concierne a todos los países del mundo.

Los primeros diálogos sobre migración se remontan a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1984, seguida por la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares de 1990 y el primer Diálogo de Alto Nivel sobre Migración y Desarrollo, celebrado en 2006. Estas iniciativas intentaron avanzar discusiones sobre migración internacional, pero no lograron hacerlo desde una perspectiva integral. También se presentaron resoluciones concomitantes en la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos; de valor limitado ante las resistencias a dialogar sobre el tema a nivel multilateral[8]. Pero cómo señalaba el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, François Crépeau en su informe de 2013 a la Asamblea General, la gobernanza de la migración era cada vez más informal, *ad hoc*, no vinculante, dirigida por los Estados y desarrollada fuera de la ONU en foros como el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMD) así como en los procesos regionales consultivos[9].

La noción de "gestión de la migración" surge a principios de la década de 1990 con el objetivo de lograr un nuevo marco internacional sobre la movilidad y la migración mundiales. La gestión se refiere al funcionamiento cotidiano de un programa mientras que la idea de gobernanza se refiere al marco de responsabilidad ante los usuarios, las partes interesadas y la comunidad en general, dentro del cual las organizaciones toman decisiones, y dirigen y controlan sus funciones, para alcanzar sus objetivos. La gobernanza mundial

---

5 SANSSEN, S., *¿Perdiendo el control? ¿La soberanía en la era de la globalización?*, Barcelona, Bellaterra,2001, p.5.

6 BETTS, A. y KAINZ, L., *The history of global migration governance*, Working Paper Series No. 122, Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford, Julio 2017, p.3,

7 ÜNVER, Can, "Migration in International Relations: Towards a Rights-Based Approach with Global Compact?", *Perceptions*, vol. 22, n° 4, 2017.

8 Véase, BETTS, A., *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011 p.9 y ss.

9 UNGA, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, Human Rights of Migrants, A/68/283, 07 August 2013.

de la migración puede definirse como las normas y estructuras organizativas que regulan el trabajo colectivo de los Estados de forma que les permita cumplir sus objetivos, mejor de lo que lo harían actuando individualmente[10]. La gobernanza adopta diversas formas, como las políticas y los programas de migración de los distintos países, los debates y acuerdos interestatales, los foros multilaterales y los procesos consultivos, y las actividades de las organizaciones internacionales, así como las normas y los estándares internacionales pertinentes. También se esfuerza por ofrecer una serie de funciones en beneficio de los países de origen, tránsito y destino, y de los propios migrantes[11]. Como señala Alexandra Castro Franco, el término "gestión" muy empleado al hablar de la regulación migratoria y el control fronterizo ha sido criticado por quienes encuentran que "deshumaniza al fenómeno". El término gobernanza de las migraciones ha sido considerado más apropiado y más humano, por lo que su utilización fue aconsejada por parte del FMMD durante su sexta reunión celebrada en Port Louis, Mauricio el 19-22 de noviembre de 2012[12].

A pesar de los escasos avances a nivel mundial durante la década de 1990, las dos décadas previas a la adopción de los ODS y el Pacto Mundial fueron testigo de la aparición de múltiples diálogos informales dirigidos por los Estados y centrados en la migración, tanto a nivel regional como (eventualmente) a nivel mundial, para lograr una mejor comprensión, confianza y cooperación en materia de migración. Los diálogos regionales sobre migración surgieron en todas las regiones. La Iniciativa de Berna de 2001-04 y la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales de 2003-05 allanaron el camino a nivel mundial para el Diálogo de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo de 2006, que, a su vez, condujo a la creación del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo dirigido por los Estados, con cumbres anuales organizadas alternativamente por los gobiernos de los países desarrollados y en desarrollo[13].

Es en estos foros de consulta multilateral donde empieza a surgir el concepto de "migración segura, ordenada y regular"[14]. En 2004, los Estados acordaron que debían encontrar "formas de gestionar más eficazmente, para que

---

10 CASTRO FRANCO, A., *La gobernanza internacional de las migraciones: de la gestión migratoria a la protección de los migrantes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 41. Véase también en relación al concepto de gobernanza de la migración: IOM, Resolución N° 1310 (Aprobada el 24 de noviembre de 2015 por el Consejo en su Centésima sexta Reunión) Marco de Gobernanza sobre la Migración, *C/106/RES/1310*, 4 de diciembre de 2015.

11 CRÉPEAU, F. y ATAK, I., "Global migration governance avoiding commitments on human rights, yet tracing a course for cooperation", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 34, nº2, 2016, pp. 113–146.

12 CASTRO FRANCO, A., *La gobernanza internacional de las migraciones*, op.cit p.40

13 BETTS, A. y KAINZ, L., *The history of global migration governance*, op.cit. pp.15-16.

14 Véase, IOM, *Global Compact Thematic Paper | Safe, Regular and Orderly Migration*, 2017, p.2.

sea segura, ordenada y beneficiosa para los migrantes y las sociedades "[15] , como parte de la Agenda Internacional para la Gestión de la Migración (AIM). El resumen del presidente del Diálogo de Alto Nivel de la Asamblea General de la ONU sobre Migración Internacional y Desarrollo, señala que "las estrategias nacionales para abordar el impacto de la migración internacional en el desarrollo deberían complementarse con el fortalecimiento de la cooperación bilateral, regional y multilateral"[16]. Los Estados participantes consideraron que dicha cooperación era necesaria "para promover una migración legal, segura y ordenada, reducir la migración irregular y mejorar las posibilidades de cosechar todos los beneficios de la migración internacional"[17]. Siete años después, durante el Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración de 2013, los Estados reconocieron "la necesidad de cooperación internacional para abordar, de manera holística y global, los retos de la migración irregular para garantizar una migración segura, ordenada y regular, con pleno respeto de los derechos humanos"[18]. Los Estados miembros abogaron además por la inclusión de la migración en la negociación de la agenda de desarrollo post-2015.

En 2015, los gobiernos adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con 17 objetivos y 169 metas, diseñada para dar forma a la acción durante los próximos 15 años para hacer realidad los derechos humanos de todos y equilibrar el desarrollo económico, social y medioambiental. Por primera vez, la agenda mundial de desarrollo contenía compromisos explícitos sobre la migración. En el párrafo 29 de la declaración que acompaña a la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) por primera vez, el fenómeno migratorio era reconocido de manera holística:

> "Reconocemos la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Reconocemos también que la migración internacional es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. Cooperaremos en el plano internacional para garantizar la seguridad, el orden y la regularidad de las migraciones, respetando plenamente los derechos humanos y dispensando un trato humanitario a los migrantes, sea cual sea su estatus migratorio, y a los refugiados y los desplazados. Esa cooperación también deberá fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados, particularmente en los países en desarrollo. Subrayamos que los migrantes tienen derecho a regresar a su país de nacionalidad y recordamos

---

15 *Iniciativa de Berna. Agenda Internacional para la Gestión de la Migración,* International Organization for Migration (IOM) and the Federal Office for Migration (FOM), Switzerland, 2005, p. 169

16 Resumen del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, 2006, A/61/515, párr. 18.

17 Ibid.

18 Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, 2013, A/RES/68/4, párr. 5.

> que los Estados deben velar por que se reciba adecuadamente a los nacionales que regresen a su país."[19]

Concretamente, la Agenda 2030 establece en su meta 10.7 del Objetivo 10, relativa a la reducción de las desigualdades dentro de los países y entre ellos, los Estados se comprometen a "facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas". Otras metas abordan aspectos de la migración, como la meta 8.7 sobre la adopción de medidas para erradicar el trabajo forzoso y poner fin a la esclavitud moderna y a la trata de seres humanos, y la 8.8 sobre la protección de los derechos laborales y la promoción de entornos de trabajo seguros para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, y las mujeres en particular[20].

La meta 10.7 es la piedra angular del componente migratorio de la Agenda 2030 y es a la vez el llamamiento más completo y, en muchos aspectos, el más opaco, para actuar en materia de migración. La Agenda de Acción de Addis Abeba de 2015 complementaria a la Declaración contiene la afirmación de la necesidad de "promover los derechos humanos y las libertades de todos los migrantes, especialmente las de las mujeres y los niños, independientemente de su estatus migratorio". Por tanto, los ODS significan no sólo un cambio de paradigma en la medida que conllevan el reconocimiento del papel de la migración para el desarrollo sostenible en todo el mundo, sino también porque abren la posibilidad de integrar las políticas migratorias en un marco más basado en los derechos humanos.

3. EL CAMINO HACIA MARRAKECH Y LA PARADOJICA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Mientras los Estados negociaban la nueva agenda mundial de desarrollo en 2015, las crisis de refugiados y migración en Siria y en todo el mundo ocupaban los titulares de prensa a diario despertando un nuevo sentido de responsabilidad compartida entre los Estados. En octubre, un mes después de la adopción de la Agenda 2030 el entonces Representante Especial del Secretario General para la Migración Internacional, Peter Sutherland, propuso la idea de convocar una gran conferencia internacional para impulsar a la comunidad internacional a proporcionar más financiación, aceptar más refugiados para su reasentamiento y abordar la cuestión de los migrantes en situaciones vulnerables que no tenían derecho a la condición de refugiado.

---

19 NACIONES UNIDAS-ASAMBLEA GENERAL, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

20 Ibid.

El informe Sutherland concluía que, para lograr el compromiso de facilitar una migración segura, ordenada y regular, "los Estados necesitan políticas sólidas que (a) protejan a los migrantes; (b) les den la oportunidad de emigrar de forma legal y segura; y (c) garanticen que, una vez que hayan emigrado, puedan participar plenamente en la sociedad y la economía a las que se han incorporado"[21].

Los esfuerzos de Sutherland condujeron a la convocatoria de la primera Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Grandes Movimientos de Refugiados y Migrantes del 19 de septiembre de 2016. La cumbre concluyó con la adopción de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. La declaración sentó las bases para la elaboración de dos pactos mundiales: uno sobre los refugiados y otro pacto sobre la migración en su totalidad. Para 2018, los Estados acordarían un "pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular" acorde con el Objetivo 10.7 de los ODS. Las negociaciones sobre el Pacto para la Migración tuvieron lugar entre febrero y julio de 2018, tras intensas e inclusivas consultas y debates temáticos, regionales y de balance en 2017[22].

¿Qué es y cómo garantizan los Estados una "migración segura, ordenada y regular"? No existe una definición común para el concepto de "migración segura". Cómo señala la OIM es importante entender que un migrante puede estar en una situación insegura mientras o después de haber migrado a través de los canales regulares; y a la inversa, un migrante puede estar en una situación que es a la vez segura e irregular. La "migración segura" no es un concepto estático[23]. Además, mientras que los conceptos de migración "ordenada" y "regular" tienen un carácter normativo, el concepto de "migración segura" se refiere principalmente al bienestar de los migrantes. La OIM define la migración ordenada como "el desplazamiento de una persona desde su lugar de residencia habitual a un nuevo lugar de residencia, de acuerdo con las leyes y reglamentos que rigen la salida del país de origen y el viaje, el tránsito y la entrada en el país de acogida"[24]. Esta definición subraya el derecho del Estado a regular la entrada como base para poder garantizar el trato adecuado de los migrantes, conceder derechos, hacer cumplir la ley y gestionar las relaciones

---

21 UNGA, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Migración, A/71/728, 3 de febrero de 2017, punto 18.

22 El presidente de la Asamblea General nombró a los Representantes Permanentes de México y Suiza como cofacilitadores del proceso preparatorio para la adopción del pacto mundial, quienes diseñarían y conducirían las negociaciones intergubernamentales del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular. De acuerdo con la resolución sobre las modalidades adoptada el 6 de abril de 2017 los cofacilitadores propusieron un proceso de tres fases: (I) consultas (de abril a noviembre de 2017), (II) balance (de noviembre de 2017 a enero de 2018) y (III) negociaciones intergubernamentales (de febrero a julio de 2018) (A/RES/71/280).

23 Véase IOM, *Global Compact Thematic Paper | Safe, Regular and Orderly Migration*, 2017, p.2.

24 Ibid. p.1

con las comunidades de acogida. Se entiende por migración regular "la migración que se produce a través de canales reconocidos y autorizados".[25] La regularidad de la migración no sólo se refiere al método utilizado para cruzar la frontera de un país, ya que los migrantes pueden entrar en un país a través de canales regulares, pero encontrarse en una situación irregular después de un cierto período.

La pregunta clave era y es: ¿cómo? ¿Qué políticas son necesarias, tanto a nivel nacional como a nivel internacional para tener una migración planificada y bien gestionada? El Marco de Gobernanza sobre la Migración (MiGOF) de la OIM adoptado en 2015 se basa en tres principios y tres objetivos con el fin de garantizar una migración ordenada y en condiciones humanas, que beneficie a los migrantes y a la sociedad de acuerdo al ODS 10.7.[26] Los principios establecen las condiciones y requisitos necesarias para una gobernanza de la migración beneficiosa para todos: adhesión a las normas internacionales y respeto a los derechos de los migrantes; formular políticas con base empírica y aplicar un enfoque integral de gobierno, y; forjar asociaciones para encarar la migración y las cuestiones conexas[27]. Los tres objetivos en conjunto, pretenden garantizan una gobernanza de la migración de carácter integrado y holístico que dé respuesta tanto a las necesidades de los migrantes como a las del Estado. En concreto son: fomentar el bienestar socioeconómico de los migrantes y la sociedad; abordar eficazmente los aspectos relativos a la movilidad en situaciones de crisis, y asegurar una migración ordenada, segura y digna[28].

Esta tensión entre preocupaciones sobre la soberanía estatal y los derechos de las personas migrantes se hace evidente en las negociaciones del PMM. A medida que se desarrollaban las consultas para el Pacto Migratorio, surgieron tres consideraciones clave para las negociaciones. En primer lugar, el reconocimiento del derecho soberano de los Estados de determinar qué no nacionales pueden entrar y permanecer en sus territorios, y en qué condiciones. En segundo lugar, la aceptación de que la gran mayoría de la migración internacional actual es segura y regular: personas con la documentación adecuada que se desplazan por motivos de trabajo, turismo, oportunidades educativas o para reunirse con sus familiares. Por último, la asunción de que incluso las cuestiones relativas a la migración irregular y a los migrantes en situación de vulnerabilidad, algunas de las cuales, a primera vista, podrían parecer situaciones similares a las de los refugiados, están inextricablemente interrelacionadas con cuestiones igualmente relevantes en el contexto de la migración regular, como la necesidad de que los países aumenten su mano de obra con

---

25 Ibid.
26 OIM, *Marco de Gobernanza sobre la Migración*, Ginebra, OIM-ONU Migración, 2015,
27 Ibid. p.3.
28 Ibid. p.4

las habilidades que podrían aportar los migrantes y mejoren el funcionamiento de los procesos de migración, desde la contratación hasta la gestión de las fronteras[29]. Con todo, el diplomático mexicano Fernando de la Mora Salcedo afirma que el proceso diplomático que da lugar al PMM fue diseñado con la seguridad humana en mente y con el objetivo de atender a la migración en todas sus dimensiones[30].

La UE adalid del multilateralismo se encuentra en una situación paradójica respecto al PMM. Primero, la Declaración de Nueva York fue claramente impulsada por la crisis migratoria y de refugiados de 2015 en Europa[31]. Todos los Estados miembros de la UE, apoyaron la Declaración y en el nuevo Consenso Europeo sobre Desarrollo, la UE y los Estados miembros se comprometen a apoyar activamente la elaboración de los dos Pactos Mundiales como una forma de desarrollar "un planteamiento más coordinado, holístico y estructurado en relación con la migración"[32].. En Naciones Unidas, el SEAE representó a la UE en las negociaciones que llevaron al PMM. Presentó "declaraciones coordinadas por la UE a través de las delegaciones de la UE en la fase consultiva y de balance" y comentó las primeras versiones preliminares del PMM; una aportación que la Comisión Europea consideró satisfactoria[33]. Había un acuerdo sobre que el Pacto "refleja en gran medida el acervo y la política de la UE, y refleja el objetivo de la Unión de promover soluciones multilaterales a problemas comunes" [34]. Sin embargo, de todas las regiones del mundo, la UE es donde se encuentra la mayor oposición al pacto. Durante los dos años de negociaciones, los responsables políticos europeos se enfrentaron a un entorno político cada vez más dividido entre dos

---

29 SOLOMON, M.K. y SHELDON, S., "The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration" , *International Journal of Refugee Law*, Volume 30, Issue 4, December 2018, pp. 584–590

30 DE LA MORA SALCEDO, F.," Construyendo el Pacto Mundial para la Migración: la seguridad humana como paradigma diplomático", *Relaciones Internacionales*, nº43, 2020, pp. 87-110.

31 CARLIER, Jean-Yves, CRÉPEAU, François, " De la 'crese' migratoire européenne au Pacte mondial sur les migrations: Exemple d'un mouvement sans droit?", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 64, 2018, pp. 461-499.

32 Consejo Europeo, "Conclusiones-20 y 21 de octubre 2016", *EUCO 31/16*, 21 de octubre de 2016; PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO, COMISIÓN EUROPEA, Declaración conjunta del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión. EL NUEVO CONSENSO EUROPEO EN MATERIA DE DESARROLLO «NUESTRO MUNDO, NUESTRA DIGNIDAD, NUESTRO FUTURO», C 210, p.1, 30.6.2017.

33 European External Action Service (EEAS), EU Input to the UN Secretary-General's Report on the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. Brussels: European External Action Service, 2017. https://www.refugeesmigrants.un.org/sites/ default/files/stocktaking_eu.pdf;

34 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de DECISIÓN DEL CONSEJO por la que se autoriza a la Comisión a aprobar, en nombre de la Unión, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular en el ámbito de la cooperación para el desarrollo, COM* (2018) 167, 21 de marzo de 2018, p.1

polos: uno que abogaba por una mayor colaboración más allá de los foros bilaterales y regionales tradicionales, y otro que negaba los beneficios de la migración y expresaba su escepticismo sobre el multilateralismo[35].

Con respecto al contenido del PMM desde un inicio se hizo visible la diferente posición del Parlamento Europeo y el SEAE. El Parlamento Europeo enmarcó su posición en la línea de un enfoque de derechos humanos centrado en los derechos de todos los seres humanos, especialmente los más vulnerables. En una resolución sobre el movimiento de refugiados y migrantes el Parlamento Europeo pide el "establecimiento de una verdadera política migratoria europea común basada en los derechos humanos" y hace hincapié en la necesidad de prestar especial atención a las necesidades y vulnerabilidades de las mujeres y los niños no acompañados[36]. Sin embargo, cuando el SEAE proporcionó información antes de la elaboración del borrador original (el "Borrador Cero"), enfatizó claramente la necesidad de que el futuro Pacto sobre migración sea un documento no vinculante legalmente que no debe dar lugar a la creación de nuevas obligaciones jurídicamente vinculantes y limitarse a desarrollar principios no vinculantes y directrices voluntarias para los Estados[37]. Esta concepción de la protección de los migrantes basada en una asistencia voluntaria en vez de en una lógica de protección basada en los derechos humanos y sus correspondientes obligaciones refleja en gran medida la visión de la UE de la cooperación internacional en el ámbito del asilo y migración. Y como argumentan, Boucher y Gördemann este aspecto de los Pactos Mundiales "is morally problematic"[38].

Asimismo, en sus comentarios al borrador original del Pacto, el SEAE insistió en dos puntos. Primero, en la incorporación de una distinción clara entre migrantes regulares e irregulares para lo que solicitó que los borradores fueran revisados con objeto de consagrar mejor esta distinción, insistiendo en los efectos negativos de la migración irregular y afirmando que el texto "debe evitar cualquier lenguaje que pueda ser interpretado como una justificación o

---

35 Sobre las posiciones de los Estados miembros en las distintas fases de la negociación, véase: KAINZ, L., and LE COZ, C., *The Winding Road to Marrakesch. Lessons from the European Negotiations of the Global Compact for Migration*, Trasatlantic Council on Migration, Migration Policy Institute, January 2022, pp. 24-26, https://www.migrationpolicy.org/research/european-negotiations-global-compact.

36 EUROPEAN PARLIAMENT*, A Global Compact on Migration: Placing Human Rights at the Heart of Migration Management,* Brussels, European Parliament Research Service, 2017. http://www.europarl. europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/614638/ EPRS_BRI(2017)614638_EN.pdf.

37 European External Action Service, *EU Statement – United Nations Global Compact for Migration: General Statement on the Zero Draft*, Brussels, European External Action Service, 2018. https:// www.eeas.europa.eu/headquarters/headquartershomepage/40981/eu-statement-%E2%80%93–united-nations-global-comp

38 BOUCHER, F. y GÖRDEMANN, J., "The European Union and the Global Compacts on Refugees and Migration: A Philosophical Critique*", Interventions*, vol.23, nº2, 2021, p. 228.

incluso un incentivo para la migración irregular"[39]. En segundo lugar, el SEAE exigió un reconocimiento más claro de la responsabilidad de los Estados a la hora de abordar las causas fundamentales de la migración (por ejemplo, fomentando la cooperación internacional para el desarrollo) y su deber de readmitir a sus nacionales de forma incondicional y facilitar los retornos y readmisiones. Guild y Weatherhead destacan la ironía de esta situación: si bien la posición oficial de la UE insiste en la naturaleza no vinculante del Pacto, solicita el reconocimiento de una ley internacional de obligación de readmitir nacionales[40]. Ambas demandas expresadas por el SEAE se incluyeron en el borrador revisado del Pacto[41] y se mantuvieron en el borrador final en el que se incluye una referencia que indica que el regreso y la readmisión son una obligación legal según el derecho internacional (Punto 37 del PMM).

A pesar de los esfuerzos por coordinar y mantener una posición común entre los Estados miembros de la UE, Hungría comenzó a oponerse firmemente a la forma en que se enmarcaba la migración en las primeras etapas de las negociaciones e insistió en que el pacto debía hacer hincapié en los riesgos de seguridad asociados a los migrantes y pedir esfuerzos internacionales para detener toda la migración[42]. Con la ruptura de filas Hungría, el proceso de negociación del PMM se convirtió en catalizador de un debate más amplio sobre cómo se decide la política de migración exterior dentro de la Unión Europea y sobre el papel de la UE como actor internacional. Una de las cuestiones objeto de discusión fue cómo gestionar los acuerdos no legalmente vinculantes que afectan a multitud de carteras políticas, tanto a nivel de la UE como en relación con el papel que deben desempeñar los gobiernos y parlamentos nacionales y cómo crear consensos en una materia tan controvertida como la migración[43]. A medida que la negociación concluía y se ultimaba el texto, el acuerdo se convirtió en el objetivo de una publicidad negativa sin precedentes incluida una campaña de desinformación dirigida por populistas de derecha y extremistas de derecha que desempeñó un papel fundamental en la decisión de nueve Estados miembros de negar su apoyo al pacto[44].

---

39 European External Action Service, *EU Statement – United Nations Global Compact for Migration: General Statement on the Zero Draft*, op.cit.

40 GUILD, E. y WEATHERHEAD, K.T., "Tensions as the EU negotiates the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 06 Friday Jul 2018, https://eumigrationlawblog.eu/tensions-as-the-eu-negotiates-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration/.

41 United Nations, "Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration", Zero Draft, United Nations, Geneva, February 5, 2018.

42 Hungary, "Security First: Proposal by Hungary to the UN's Global Compact on Migration," accessed January 5, 2022.

43 VOSYLIŪTĖ, L, "What is the EU's role in implementation of the Global Compact for Migration?" *CEPS* No. 2019-12, December 2019, pp.5-7.

44 GÓMEZ ISA, F., "La influencia de los populismos de extrema derecha en la posición de la UE respecto del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular" en ABRISKETA

4. EL PACTO MUNDIAL PARA UNA MIGRACIÓN SEGURA, ORDENADA Y REGULAR

El 10 y 11 de diciembre de 2018 en Marruecos, representantes de 164 estados participantes y la UE asistieron a la Conferencia Intergubernamental para aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto de Marrakech sobre la Migración. Más de una semana más tarde, el 19 de diciembre, la Asamblea General de la ONU aprobó el Pacto Mundial de Migración con los votos a favor de 152 países (19 de la UE) y 12 abstenciones[45]. La firma del PMM ha sido celebrada como una "victoria sin precedentes del multilateralismo"[46], ya que significó que, por primera vez, se había acordado un marco de cooperación comprensivo en el ámbito de la migración. El PMM es también el primer "Pacto Mundial", una designación sin precedentes para un instrumento diplomático. Sin embargo, tres Estados miembros de la Unión Europea, República Checa, Hungría y Polonia votaron en contra junto con Estados Unidos e Israel, cinco se abstuvieron, Austria, Bulgaria, Italia, Letonia, y Rumania y uno, Eslovaquia, no asistió a la sesión[47]. Y, aunque la mayoría de los 19 Estados miembros de la UE signatarios, firmaron el Pacto sin ninguna observación, Dinamarca, Lituania, los Países Bajos, Malta y el Reino Unido destacaron en sus exposiciones de motivos el carácter jurídico no vinculante del PMM[48].

El Pacto se basa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo la interdependencia entre los países de origen, tránsito y destino. El objetivo central del Pacto es facilitar y abordar la migración en todas sus dimensiones lo que supone una nueva narrativa

---

URIARTE, J.(Dir.), *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp.69-90 e Institute for Strategic Dialogue, Research featured in POLITICO about the trolling of the UN migration pact, 2019 https://www.isdglobal.org/isd-research-featured-in-politico-surrounding- the-trolling-of-the-un-migration-pact/. Véase en este sentido también, Cerulus, L., and E. Schaart, "How the UN Migration Pact Got Trolled"; Politico, 3, January 2019. https://www.politico.eu/article/united-nations-migration-pact-how-got-trolled/

45 NACIONES UNIDAS-ASAMBLEA GENERAL, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, A/RES/73/195, 19 de enero de 2019.

46 Sobre las negociaciones que conducen a los pactos globales véase: FERRIs, E.G. y K.M. DONATO, *Refugees, Migration and Global Governance: Negotiating the Global Compacts*, Londrés,Routledge, 2019

47 Naciones Unidas- Noticias ONU, "La ONU confirma su respaldo al Pacto Mundial de Migración en la Asamblea General", 19 de diciembre de 2018 https://news.un.org/es/story/2018/12/1448301

48 KAINZ, L., and LE COZ, C., *The Winding Road to Marrakesch. Lessons from the European Negotiations of the Global Compact for Migration*, Trasatlantic Council on Migration, Migration Policy Institute, January 2022, *http*

sobre la migración[49]. A pesar de ser un Pacto "no vinculante jurídicamente", en el cual se reafirma el respeto a la soberanía de los Estados a adoptar sus propias políticas migratorias, se basa en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a los Estados a respetar, proteger y garantizar los derechos de todas las personas, sin discriminación alguna, incluido su estatus migratorio[50]. Así ratifica el compromiso de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los nueve instrumentos jurídicos principales del derecho internacional de los derechos humanos (Preámbulo 2.).

El Pacto Mundial recoge las recomendaciones de la Comisión Mundial sobre Desplazamiento Forzado adoptando un enfoque integral que aborda al mismo tiempo los riesgos y desafíos a los que se enfrentan las personas y las comunidades en los países de origen, tránsito y destino y que reconoce el "principio de responsabilidades compartidas de todos los Estados" así como la "obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes independientemente de su estatus migratorio" (Preámbulo 11.)[51]. Aunque no introduce nuevas obligaciones legales de protección, la novedad del Pacto Mundial es que incorpora una obligación moral de protección de todos los migrantes al reconocer la vulnerabilidad de todas las personas migrantes. El propósito del Pacto es reducir los riesgos y vulnerabilidades que surgen durante el proceso migratorio, pero que no están necesariamente vinculadas o limitadas a la situación del país de origen (a diferencia del régimen internacional de protección de los refugiados)[52].

El Pacto mundial se basa en diez principios rectores transversales e interdependientes: centrarse en las personas, cooperación internacional, soberanía nacional, estado de derecho y garantías procesales, desarrollo sostenible, derechos humanos, perspectiva de género, perspectiva infantil, enfoque pan

---

49 CRÉPEAU, F, "Towards a Mobile and Diverse World: 'Facilitating Mobility' as a Central Objective of the Global Compact on Migration", *International Journal of Refugee Law*, Special Issue on the Global Compacts, 2018, Vol XX, No XX, pp. 1–7.

50 FAJARDO DEL CASTILLO, T., "El Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular: un instrumento de soft law para una gestión de la migración que respete los derechos fundamentales", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 38 (2019), pp. 1-34.

51 CHUMIR FOUNDATION FOR ETHICS IN LEADERSHIP y ODI HUMANITARIAN POLICY GROUP, *Research Report World Commission on Forced Displacement*, New York, Chumir Foundation for Ethics in Leadership, June 2019, pp.8-9.

52 Este enfoque subraya el imperativo de considerar la protección «basada en las necesidades» o «basada en los derechos» en lugar de la protección convencional, «basada en la condición», o además de ella, como la única respuesta, o una respuesta suficiente, a los actuales problemas de la migración. Véase ZETTER, R., *Protecting Forced Migrants: A State of the Art Report of Concepts, Challenges and Ways Forward* , Comisión Federal Suiza de Migración, Berna, 2014.

gubernamental y enfoque pan social[53]. Sobre esta base se establece un marco de cooperación que consta de 23 grandes objetivos inspirados en los ODS con el fin de que los migrantes puedan contribuir al desarrollo sostenible y beneficiarse de él. Cada uno de los objetivos contiene un compromiso, seguido de una serie de acciones, consideradas pertinentes como instrumentos normativos y mejores prácticas" (Preámbulo. 16). De hecho, el Pacto no prescribe ni obliga a los países a realizar determinadas acciones, sino que les invita a "inspirarse" en estos compromisos.

Objetivos para la migración segura, ordenada y regular

1. Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica
2. Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen
3. Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración
4. Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada
5. Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular
6. Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente
7. Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración
8. Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos
9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes
10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional
11. Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada
12. Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación
13. Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas
14. Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio
15. Proporcionar a los migrantes accesos a servicios básicos
16. Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social
17. Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración
18. Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias
19. Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países

---

53 NACIONES UNIDAS-ASAMBLEA GENERAL, *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, op.cit., punto 25.

20. Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes
21. Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible
22. Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas
23. Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular

FUENTE: Pacto Mundial de Migración, punto 16.

Un análisis exhaustivo de todos los objetivos del Pacto Migratorio va más allá del alcance de este artículo, pero cabe destacar algunos aspectos relevantes. Mediante el objetivo y principio "de aprovechar el potencial de la migración para la consecución de todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible" (15.e) los objetivos 2, 19 y 23, los Estados miembros hacen referencia directa y se comprometen a promover la aplicación plena y efectiva de la Agenda 2030, incluidos sus objetivos, y la Agenda de Acción de Addis Abeba. Ello requiere una mayor cooperación bilateral, regional y multilateral para su aplicación, así el objetivo 23 subraya en particular la necesidad de que la cooperación internacional se alinee con ambos marcos. El cumplimiento de este objetivo también conlleva el aumento de la cooperación internacional y regional en las zonas geográficas de donde sistemáticamente procede la migración irregular "mediante marcos de cooperación apropiados, alianzas innovadoras y la participación de todos los interesados pertinentes" (Objetivo 23, 15.b) así como "apoyar a las autoridades locales en la determinación de las necesidades y oportunidades de cooperación internacional" y "la coherencia de las políticas entre los diferentes niveles de gobierno y sectores normativos, y maximizar la eficacia y el impacto de la cooperación internacional para el desarrollo" (Objetivo 23, 15.c)

Entre los objetivos, hay algunos genéricos como la cooperación para abordar las causas que motivan la migración o mejorar las vías de migración legal. Pero también hay compromisos concretos, como medidas contra la trata y el tráfico de personas, evitar la separación de las familias, o reconocer el derecho de los migrantes irregulares a recibir salud y educación en sus países de destino. Esta es una de las principales innovaciones, que introduce el Pacto al establecer el principio de "cortafuegos" en su objetivo 15 para proporcionar acceso a los servicios básicos a todos los inmigrantes. Además, aunque suavizada, hay una disposición que pide la regularización de los migrantes "no expulsados". El objetivo 7 sobre "abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración" pide a los gobiernos (PMM, párrafo 23 (i)) que "se basen en las prácticas existentes para facilitar el acceso de los migrantes en situación irregular a una evaluación individual que pueda conducir a la regularización". También se han reiterado una serie de principios, como el "interés superior del niño" o la "detención como último recurso".

En relación al Objetivo 8 cabe destacar el compromiso a cooperar para salvar vidas y evitar que los migrantes resulten muertos o heridos mediante operaciones de búsqueda y salvamento y estandarizando la recopilación y el intercambio de información y a facilitar la comunicación con las familias afectadas. Con este fin los Estados se comprometen a

> "establecer procedimientos y acuerdos (…) que prohíban la expulsión colectiva, garanticen el debido proceso y la evaluación individual, aumenten la capacidad de recepción y asistencia, y eviten que se considere ilegal prestar asistencia exclusivamente humanitaria a los migrantes".

Además, los Gobiernos prometen garantizar un regreso "seguro y digno" a los inmigrantes deportados y no expulsar a quienes se enfrentan a un "riesgo real y previsible" de muerte, tortura u otros tratos inhumanos.

Para lograr el *Objetivo 11: Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada* se adopta el compromiso de "aplicar políticas de gestión de las fronteras que respeten la soberanía nacional, el estado de derecho, las obligaciones en virtud del derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes". Para ello se prevé, entre otros, mejorar la cooperación en la gestión de las fronteras, teniendo en cuenta la situación particular de los países de tránsito, para identificar debidamente a los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad y brindarles asistencia y protección adecuadas (Objetivo 11, 27. a).

El Pacto sobre Migración reconoce que las vulnerabilidades pueden surgir como resultado de las condiciones en los países de origen (más allá de las reconocidas por el derecho internacional de los refugiados), como resultado de las condiciones en el camino, incluyendo los abusos perpetrados por los contrabandistas o traficantes, así como las vulnerabilidades que surgen en el destino, incluyendo en forma de trabajo o condiciones de vida de explotación. Estas vulnerabilidades pueden darse tanto en los migrantes en situación regular como en los irregulares; estos últimos suelen ser también especialmente vulnerables a la discriminación, la explotación y los abusos.

Respecto a la debatida cuestión del retorno de los migrantes, el texto final equilibra las diferentes posturas de los Estados entre los que priorizan los derechos humanos de los migrantes, con una preferencia por los retornos voluntarios y aquellos (entre los que estaban los países de la UE) que priorizan el derecho de los Estados de devolver a los migrantes que no tuvieran base legal para quedarse (Objetivo 21, punto 37).

Por último, a iniciativa del Secretario General se decide crear una nueva e innovadora red de las Naciones Unidas sobre migración para garantizar un apoyo eficaz y coherente de todo el sistema a la aplicación del Pacto sobre Migración

por parte de los Estados, incluso mediante un mecanismo de creación de capacidades y procesos de seguimiento y revisión regionales y mundiales[54].

5. EL NUEVO PACTO EUROPEO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO A LA LUZ DEL PACTO GLOBAL DE MIGRACIÓN

La Comisión Europea presentó el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo el 23 de septiembre de 2020 en el contexto de la coyuntura originada por la pandemia y la crisis económica mundial de 2020. El Pacto constituye la propuesta de la Comisión Europea para establecer un "Marco Europeo Común para la gestión de la Migración y el Asilo" durante la 9 legislatura[55]. Desde la denominada crisis migratoria en 2015, la UE y sus Estados miembros tienen como objetivo establecer una política europea de migración eficaz, humanitaria y segura coherente con la meta 10.7 de los ODS. El Nuevo Pacto parte de la asunción por un lado de que las medidas aplicadas por la UE para gestionar las fronteras exteriores y los flujos migratorios han demostrado no ser ni eficaces, ni humanitarias ni seguras. Por otro de la admisión que la política migratoria europea se ha caracterizado por la insolidaridad y falta de responsabilidad compartida entre los Estados miembros. Con la ambición de abarcar todos los elementos necesarios para un marco europeo que permita reconstruir la confianza entre los Estados miembros y gestionar la migración de forma conjunta, el nuevo pacto se basa en dos pilares. El primer pilar del enfoque de la Comisión para fomentar la confianza consiste en procedimientos más eficaces y rápidos en todo el sistema de asilo y migración[56]. El segundo pilar se refiere al reparto equitativo de la responsabilidad y la solidaridad. Los Estados miembros estarán obligados a actuar de forma responsable y solidaria entre sí[57].

---

54 Los objetivos de la Red se describen en la Decisión del Comité Ejecutivo de 23 de mayo de 2018. Para los términos de referencia véase: https://www.un.org/en/conf/migration/assets/pdf/UN-Network-on-Migration_TOR.pdf. La Red sobre Migración de Naciones Unidas (UNMM) se ha establecido el 18 de febrero de 2021 en Turquía el país que alberga la mayor cantidad de refugiados en todo el mundo. Véase: IOM, https://www.iom.int/es/news/se-establece-red-sobre-migracion-de-naciones-unidas-en-el-pais-que-alberga-la-mayor-cantidad-de-refugiados-en-todo-el-mundo

55 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, COM (2020) 609 final, Bruselas, 23.9.2020.

56 En particular, la Comisión propone introducir un procedimiento fronterizo integrado que, por primera vez, incluya un control previo a la entrada que cubra la identificación de todas las personas que crucen las fronteras exteriores de la UE sin permiso o que hayan sido desembarcadas tras una operación de búsqueda y rescate. *Ibid.* pp.4-5.

57 Teniendo en cuenta las diferentes situaciones de los Estados miembros y las presiones migratorias fluctuantes, la Comisión propone un sistema de contribuciones flexibles de los Estados miembros. *Ibid.* pp.5-6.

La propuesta consta de siete aspectos principales: un nuevo marco común para la gestión de la migración y el asilo; un sistema sólido y robusto de prevención y respuesta a las crisis; la gestión integrada de fronteras; la lucha contra el tráfico de personas; la colaboración con socios internacionales; atracción del talento y capacidades a la UE, y; el apoyo a la integración para lograr sociedades más inclusivas. En concreto, propone la reforma del sistema de asilo y de la migración de la UE, la integración y la gestión de las fronteras mediante cinco medidas normativas: a) la propuesta de Reglamento sobre Gestión del Asilo y la Migración que sustituiría al Reglamento de Dublín III; b) la propuesta de Reglamento de Procedimientos de Asilo; c) la propuesta de Reglamento por el que se establece un control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores; d) la propuesta de Reglamento que aborda situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y e) la propuesta del Reglamento EURODAC. Asimismo, el Pacto recoge una serie de medidas no legislativas que tienen la forma de recomendación[58].

A pesar de denominarse Pacto en alusión al Pacto Mundial de Migración, la propuesta de la Comisión a diferencia del PMM ni es un pacto ni es una propuesta que contribuya cómo podría suponerse a la gobernanza global de la migración desde una perspectiva regional europea. Mientras el Pacto mundial se basado en diez principios rectores transversales e interdependientes de gobernanza, el Nuevo Pacto Europeo se basa fundamentalmente en la soberanía nacional y el enfoque pan gubernamental para la gestión de la migración. De hecho, el Nuevo Pacto, representa incluso un paso atrás en la gestión común de la Unión de la migración[59]. La oposición y la crítica al Nuevo Pacto por parte de un número elevado de Estados miembros de la UE corrobora la ausencia de una visión común sobre el fenómeno migratorio cómo se hizo evidente al final de las negociaciones del Pacto Mundial. No sólo no hay concepción común sino que la de algunos Estados es claramente contraria a la del PMM.[60] Aunque en la introducción al NPE se alude a que es el resultado de consultas llevadas a cabo por la Comisión con el Parlamento Europeo, los

---

58 ABRISKETA URIARTE, J., "El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo: hacia un marco jurídico aún más complejo" en ABRISKETA URIARTE, J. (Dir.), *Políticas de asilo de la UE: Convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, pp.308-309. Sobre las iniciativas legislativas propuestas véase el estudio encargado por la Comisión Libertades Civiles y Justicia LIBE del Parlamento Europeo: PARLAMENTO EUROPEO, *The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies, PE 697.130–July 2021.

59 CARRERA, S., "Whose Pact? The cognitive dimension of the New EU Pact on Migration and Asylum", *CEPS Policy Insights*, núm. 2020-22, 2020.

60 GONZÁLEZ-PÁRAMO, A., et al., Guía de lectura y valoración. Nuevo Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea, Investigación ProCausa, 8 de octubre de 2020 en https://porcausa.org/wp-content/uploads/2020/10/Nuevo-Pacto-de-Migracio%CC%81n-y-Asilo-de-la-Comisio%CC%81n-europea_oct2020.pdf.

Estados miembros y con una "amplia variedad de partes interesadas de la sociedad civil, los interlocutores sociales y las empresas" , a diferencia del PMM la propuesta no es el resultado de un proceso abierto, transparente e inclusivo en el hayan participado los diferentes actores involucrados incluidos los países socios de la Unión Europea[61].

El hilo conductor que vertebra y da coherencia al PMM es el reconocimiento del potencial de la migración para el desarrollo sostenible y la importancia de mejorar la cooperación para facilitar la migración internacional. Sin embargo, esta idea está completamente ausente en el Nuevo Pacto Europeo. El enfoque global al que se refiere el NPE se refiere a combinar "las políticas en los ámbitos de la migración, el asilo, la integración y la gestión de las fronteras" y fundamentalmente "a lograr una gobernanza más sólida de las políticas de migración y de fronteras, con el apoyo de sistemas informáticos modernos y agencias más eficaces"[62]. Este enfoque de gestión se contrapone al enfoque de gobernanza integral "que aborde al mismo tiempo los riesgos y desafíos a los que se enfrentan las personas y las comunidades en los países de origen, tránsito y destino", es decir, al principio de responsabilidades compartidas del PMM.

Si el PMM establece como principio rector los derechos humanos, el nuevo Pacto hace referencia a los derechos fundamentales en tres ocasiones: una alusión general en la introducción sobre la salvaguardia de los derechos fundamentales como un imperativo político que exige entre otros una política migratoria eficaz (p.1) y dos en relación al respeto del principio de no devolución y los derechos fundamentales en relación a los procedimientos fronterizos (p. 5) y las situaciones de crisis. En ningún sitio se reconocen los derechos humanos de los migrantes de carácter universal por definición como base del pacto. Hay una alusión a los derechos humanos en pie de página en relación a que "el principio de no devolución garantiza que nadie sería devuelto a un país en el que se enfrente a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y a otros daños irreparables" aunque es conocido su reiterado incumplimiento por parte de los Estados miembros[63].

El pacto europeo pone el énfasis fundamentalmente en el retorno no en el desarrollo de una migración regulada, ordenada y segura. En vez de centrarse

---

61 El análisis pormenorizado de todos los instrumentos de la política externa de migración realizado por la profesora Violeta Moreno Lax para el Parlamento Europeo muestra que no ha existido una consulta con la sociedad civil en relación con ningún instrumento (Asociaciones de movilidad, acuerdos y cláusulas de readmisión, etc). MORENO-LAX, V., *EU External Migration Policy and the Protection of Human Rights In-Depth Analysis*, European Parliament Policy Department, Directorate-General for External Policies, September 2020, p.59.

62 COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, op.cit. p.3

63 Véase SOLANES, A., " Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea", *SCIO. Revista de Filosofía,* n.º 19, Noviembre de 2020, pp. 27-62.

en las personas y en los derechos humanos, el NPE se centra en la soberanía nacional y el derecho de los Estados a controlar sus fronteras apartándose del equilibrado compromiso entre seguridad humana y seguridad nacional logrados en el PMM[64]. En este sentido el NPE mantiene la posición defendida por la UE en la negociación del PMM abogando por un sistema de contribuciones flexibles de los Estados miembros sobre la base de la voluntariedad no en una lógica de protección basada en los derechos humanos y sus correspondientes obligaciones legales. En cambio, para lograr "un sistema de retorno eficaz" exige "la aplicación plena y efectiva de los veinticuatro acuerdos y convenios de la UE con terceros países existentes en materia de readmisión"[65]. En definitiva, si el PMM establece un marco de gobernanza global de las migraciones basado en los derechos humanos, el nuevo Pacto europeo plantea un marco de gestión y control de las fronteras centrado en el retorno de las personas migrantes y refugiadas antes que en garantizar el respeto de los derechos humanos y la vida de los migrantes y solicitantes de asilo[66].

El nuevo Pacto de la UE reconoce que la migración desempeña un papel esencial en el conjunto de las relaciones de la UE con los principales países socios de origen y tránsito. Ello permite a la UE cumplir sus obligaciones de proporcionar protección a quienes lo necesitan y ejercer su papel de principal donante mundial de ayuda al desarrollo[67]. Pero el principal objetivo de la colaboración con los socios no es desarrollar el potencial de la migración para el desarrollo sostenible sino apoyar las asociaciones para reforzar las gobernanzas y la gestión de la migración y la "aplicación plena y efectiva de los acuerdos y convenios de la UE con terceros países existentes en materia de readmisión[68]. Un análisis en profundidad realizado para el Parlamento Europeo sobre la política exterior de migración de la UE y la protección de los derechos humanos señala la proliferación de acuerdos informales para aumentar las tasas de retorno y readmisión a terceros países y para prevenir la migración irregular hacia la UE. Su potencial para erosionar la aplicabilidad de las obligaciones en materia de derechos humanos, reducir la responsabilidad democrática y la supervisión judicial y, en general, socavar el Estado de Derecho, es una característica común a todos. Aún más, no se ha realizado ninguna evaluación que determine la situación concreta de los derechos humanos a lo largo de la ruta migratoria específica a la que se refiere el acuerdo,

---

64 Véase, DE LA MORA SALCEDO, Fernando,"Construyendo el Pacto Mundial para la Migración", *op.cit.*, pp.95-105.

65 COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, op.cit. p.20.

66 Mientras la palabra "derecho" se menciona 14 veces, la palabra "retorno" aparece 86 veces.

67 COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, op.cit. pp.21-22.

68 *Ibid.* pp. 23-24.

convenio, acción o financiación prevista o el riesgo adicional para los derechos humanos que la medida prevista pueda provocar[69].

El Nuevo Pacto propone establecer un "procedimiento fluido en la frontera, aplicable a todos los ciudadanos de terceros países que crucen sin autorización"[70]. Abrisketa alerta sobre como el procedimiento de examen previo a la entrada no distingue entre migrantes irregulares y personas solicitantes de protección internacional (refugio y protección subsidiaria), sujetas a un tratamiento especial con relación a la entrada y estancia en el Estado de recepción reconocido en la Convención de Ginebra de 1951, por lo que no garantiza conforme al Objetivo 11 del PMM *Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada* que todos los migrantes reciban un trato acorde con el derecho internacional. Además, esta falta de distinción contribuye a promover el estereotipo de que los solicitantes de asilo y los migrantes irregulares son lo mismo, y a profundizar en las prácticas conforme a las cuales los solicitantes de asilo son tratados de la misma manera que los migrantes económicos[71]. Esto está en clara contradicción con el PMM cuyo Objetivo 17 aboga por "Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración"[72]. Por otra parte, el NPE, a diferencia del PMM, no hace hincapié en la necesidad de prestar especial atención a las necesidades y vulnerabilidades de las mujeres y los niños no acompañados o de los migrantes más vulnerables en general. El Pacto Europeo sólo se refiere a la vulnerabilidad en relación a la vulnerabilidad de las fronteras.

El problema de fondo del Nuevo Pacto no es sólo que su objetivo no sea contribuir a una gobernanza global de la migración, es decir al multilateralismo, de acuerdo a los objetivos de la política exterior común ni es objeto de consenso, sino que ni siquiera cumple con su primer objetivo basarse en "datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica". A pesar de que como reconoce la propia Comisión Europea el número de llegadas a la Unión Europea ha descendido a niveles previos a 2013, el Pacto Europeo sigue haciendo hincapié en el retorno y en la externalización como herramientas básicas del control fronterizo. De hecho, el Pacto más que un pacto sobre migración y asilo es un pacto sobre control de fronteras[73]. A pesar de

---

69 MORENO-LAX, V., *EU External Migration Policy and the Protection of Human Rights In-Depth Analysis*, op.cit., pp.24-27.

70 COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, op.cit., p. 4.

71 ABRISKETA URIARTE, J., "El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo: hacia un marco jurídico aún más complejo", *op.cit.* pp. 315-319.

72 JAKULEVICIENÉ, L., "Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders", *EU Immigration and Asylum Law and Policy blog*, Odysseus Network, 27 October 2020.

73 PINYOL G., «No es un Pacto de Migración y Asilo Sino de Control de Fronteras. *Agenda Pública*, 2020, https://agendapublica.es/sobre-el-nuevo-pacto-de-migracion-y-asilo-sobre-control-de-fronteras/

la ineficiencia e inhumanidad probadas del enfoque de los puntos críticos o *hotspots* este continúa siendo un elemento clave de la política de protección de las fronteras exteriores de la UE. El Pacto en vez de eliminarlos formaliza el enfoque, al considerarlos la base para prestar apoyo de manera más rápida y eficaz a los Estados miembros en situaciones de crisis migratorias[74].

Un estudio realizado a petición del Comité LIBE del Parlamento Europeo concluye que la relación entre los problemas, los objetivos y las medidas no siempre se establece con claridad en el nuevo pacto, y a menudo los objetivos no se distinguen claramente de las medidas. El NPE no tiene objetivos bien definidos, ni criterios claros para evaluar la eficacia de la acción de la UE. Asimismo, el estudio señala que la identificación de los problemas y los factores subyacentes por parte de la Comisión, base para el desarrollo de los objetivos del nuevo pacto, carece de claridad, y que las soluciones políticas propuestas son anticipadas, en lugar de derivarse de una base de pruebas sólida, es decir, de basarse en evidencias[75].

6. REFLEXIONES FINALES

La migración expone las tensiones entre la soberanía del Estado, la seguridad de las fronteras, las lógicas económicas de la globalización, la integración y los valores relativos a la protección de los derechos de los migrantes. El Pacto Mundial sobre Migración significa un cambio de paradigma al reconocer por primera vez el papel de la migración para el desarrollo sostenible mundial y abrir la posibilidad de integrar las políticas migratorias en un marco basado en los derechos humanos. Su objetivo central es facilitar y abordar la migración en todas sus dimensiones lo que supone una nueva narrativa sobre la migración. A pesar de ser un Pacto no vinculante jurídicamente reconoce el principio de responsabilidades compartidas de todos los Estados así como la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todos los migrantes independientemente de su estatus migratorio.

El Pacto Mundial es sólo el principio de un esfuerzo renovado de la comunidad internacional por reunirse para abordar uno de los grandes problemas de la actualidad. Ofrece una hoja de ruta y un menú de opciones para cada uno de sus objetivos, entre los que los Estados pueden elegir los elementos más adecuados para sus situaciones particulares. El contenido del Pacto encaja plenamente en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, que recoge, como valores principales, el respeto a la dignidad humana, la libertad, la

---

74 COMISIÓN EUROPEA, *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, op.cit. pp.*12-13*

75 PARLAMENTO EUROPEO, *The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum*, op.cit. pp. 6-9.

democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

A pesar de haber presentado una posición común e influir decisivamente en las negociaciones imponiendo una lógica de asistencia voluntaria en vez de una lógica de solidaridad internacional basada en los derechos humanos de los migrantes, la Unión Europea se convierte en la región con mayor oposición al PMM. La influencia de campañas de desinformación en unos Estados y la activa campaña contra el PMM en otros condujo a la ruptura de una posición común europea al tiempo que afloraban discrepancias existentes en torno al desarrollo de una política común de inmigración. El papel de la UE y su posición respecto al PMM cuestionan su caracterización como poder normativo promotor de los derechos humanos y adalid del multilateralismo, así como la propia existencia de una política exterior común en esta área

La UE ha sido criticada por condicionar la cooperación internacional y utilizar los instrumentos de cooperación para el desarrollo, en particular los acuerdos de asociación con terceros países de origen y tránsito, para prevenir y luchar contra la migración irregular socavando los objetivos de su política exterior y de cooperación para el desarrollo y poniendo en entredicho los valores de la Unión Europea y su papel internacional como promotora y defensora de los derechos humanos. El debate sobre las narrativas de las políticas de migración exterior de la UE ha girado principalmente en torno al nexo migración-seguridad y migración-desarrollo centrándose en el llamado "enfoque de las causas profundas" destinado a utilizar las políticas comerciales y de inversión al servicio de la contención o disuasión para evitar que los refugiados lleguen a la UE, pero sin prestar suficiente atención a las medidas de prevención de conflictos a largo plazo y de construcción de la paz.

El Nuevo Pacto Europeo responde más al equilibrio de demandas nacionales contrapuestas y a la presión de los Estados miembros más reaccionarios, que a una visión de la gobernanza de la movilidad humana de acuerdo al Pacto Mundial y a los valores europeos. Si el PMM establece un marco de gobernanza global de las migraciones basado en los derechos humanos, el nuevo Pacto europeo plantea un marco de gestión y control de las fronteras centrado en el retorno de las personas migrantes y refugiadas antes que en garantizar el respeto de los derechos humanos y la vida de los migrantes y solicitantes de asilo. No es sólo que objetivo del Nuevo Pacto no sea contribuir a una gobernanza global de la migración, es decir al multilateralismo, de acuerdo a los objetivos de la política exterior común ni sea objeto de consenso, sino que ni siquiera cumple con el primer objetivo de una migración segura, ordenada y regular basarse en "datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica".

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN

MERCEDES SOTO MOYA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSECUENCIAS JURÍDICO-DOCUMENTALES DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. 2.1. ACCESO AL MERCADO LABORAL. 2.2. EFECTOS DE LA DENEGACIÓN DEL ASILO O LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA. 2.3. COMPATIBILIDAD EN EL TIEMPO DE SOLICITUDES EN REGÍMENES DE EXTRANJERÍA DIFERENTES. 2.4. CONCESIÓN DE LA SOLICITUD. 3. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL. 3.1. "DEPENDENCIA". 3.2. "MINORÍA DE EDAD". 3.3. CONCEPTO DE CÓNYUGE. 4. NACIONALIDAD Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL. 4.1. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR RESIDENCIA. 4.2. ESPECIAL REFERENCIA A LOS NACIONALES IBEROAMERICANOS. 4.3. HIJOS DE SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NACIDOS EN ESPAÑA. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El papel de la Unión Europea ante el desafío de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ha sido el hilo conductor, en esta ocasión, de las XXIX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El objetivo planteado fue el análisis y la reflexión sobre la necesidad de realizar cambios sustanciales en las dinámicas de funcionamiento de nuestras sociedades a todos los niveles. Dentro de este contexto, el trabajo que se presenta se enmarca en la sección dedicada a personas: derechos sociales, migración, asilo y protección infantil (ODS: 1, 2, 3, 4, 8, 10).

No cabe duda de que cualquier intento de transformación social que pretenda realizarse sólo fructificará si viene precedido de un exhaustivo análisis de los problemas reales a los que han de enfrentarse los individuos en cada uno de los ámbitos que se quieran mejorar. De ahí que resulte esencial hacer una radiografía del estado de la cuestión, como paso previo a la búsqueda de soluciones o, a las propuestas de *lege ferenda,* que en su caso pudieran realizarse. Y este es, precisamente, el objetivo de las próximas páginas: analizar cuáles son las dificultades jurídico-documentales, procedimentales o, incluso, relativas a derechos fundamentales, como el mantenimiento de la unidad familiar,

---

[1] Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Granada (sotomoya@ugr.es). Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Programa Operativo FEDER Andalucía SEJ-101-UGR18: "Herramientas de Derecho internacional privado para la protección de los niños y niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones transfronterizas: identificación de problemas y propuesta de solución desde la perspectiva de género", de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidades de la Junta de Andalucía, IP: Ángeles Lara Aguado.

a las que han de enfrentarse los solicitantes de protección internacional en España y cómo el DIPr puede coadyuvar a resolverlas. No debemos olvidar, que desde una perspectiva puramente finalista, el propósito del DIPr es evitar la discontinuidad de las situaciones en el espacio, que el mero cruce de una frontera no suponga el fin o la transformación de una situación jurídica válidamente constituida en otro Estado. En palabras de H. Gaudement-Tallon, "e*l DIPr es, ante todo, un Derecho que debe permitir la coordinación armoniosa entre sistemas jurídicos sustancialmente diferentes*"[2]. A ello están destinadas un conjunto de normas de DIPr que facilitan que las soluciones sean estables, y que coadyuvan al refuerzo de la seguridad jurídica. Estamos de acuerdo con E. Jayme cuando afirma que "*el DIPr está destinado a ser una de las materias clave para la protección de la persona humana, porque siendo este el fin del Derecho privado, lo es con mayor razón el DIPr en tanto que las soluciones a los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural que respeta la diversidad de los individuos*"[3]. Por tanto, desde esta perspectiva, no cabe duda de que el DIPr se encuentra en una posición privilegiada para ayudar a solventar muchos de los problemas con los que se encuentra el solicitante de protección internacional.

Para despejar cualquier duda al respecto, y aunque las cuestiones que podrían abordarse son numerosas, he optado por realizar un recorrido "jurídico-vital" desde el momento de la solicitud de protección internacional hasta la posible adquisición de la nacionalidad española. Expondré, en primer lugar, las cuestiones relacionadas con el estatus jurídico-documental del solicitante de protección internacional: posibilidades de acceso al mercado laboral, de compatibilizar solicitudes en diferentes regímenes de extranjería, recursos tras la denegación... En segundo lugar, las dificultades que pueden surgir en relación al mantenimiento de la vida familiar, analizando las diferencias entre extensión y reagrupación familiar, así como aquellos conceptos jurídicos indeterminados que ocasionan dificultades en su interpretación y aplicación. Por último, se expondrán las referentes al Derecho de nacionalidad, estudiando, entre otras materias, si existe un plazo reducido de adquisición de la nacionalidad para aquellos que obtengan el estatuto de refugiado, si a sus hijos nacidos en España se les atribuye la nacionalidad *ex lege*, a qué problemas se enfrentan aquellos solicitantes que son dobles nacionales, etc. Todo ello, tomando en consideración de una forma transversal la movilidad de documentos públicos, asunto que impregna todas las materias que se abordan.

---

2 GAUDEMET-TALLON, H., "De l´utilité d´une unification du droit international privé de la famille dans l´Union européenne?", *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-187, p. 162.

3 JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *Rec. des. C.,* tomo 282, 2000, pp. 19 –39.

Como el título delimita el objeto, es palmario que el trabajo no podía circunscribirse al Derecho de asilo, sino también a la protección subsidiaria, la apatridia y los desplazados en casos de afluencia masiva, que es lo que engloba la protección internacional. No obstante, esto excedería toda posibilidad de profundizar en alguna de las materias, por lo que he decidido centrarme en las dos primeras, para poner de relieve las diferencias fundamentales entre ambas figuras, tanto para la adquisición de la nacionalidad, como para el análisis de las diferentes posibilidades de documentación, mantenimiento de la unidad familiar…

El análisis que se realiza en las siguientes páginas, parte del convencimiento de que ésta es una materia jalonada de problemas que no pueden ser estudiados desde una sola disciplina. La división en compartimentos estancos proporcionaría una visión muy limitada de la realidad y, sobre todo, de las soluciones plausibles que pueden aportarse. De ahí que se utilice el concepto amplio del DIPr (incluyendo Derecho de extranjería y nacionalidad) y también categorías propias del Derecho internacional público relativas a la protección internacional. El manejo de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales de muy diversa índole, junto con el escaso predicamento que ha tenido en la doctrina el estudio de la interacción entre el DIPr y la protección internacional, han supuesto un auténtico reto que ha enriquecido notablemente la investigación[4] .

2. CONSECUENCIAS JURÍDICO-DOCUMENTALES DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Comenzaré la primera parte de este recorrido jurídico-vital del solicitante de protección internacional con una cuestión que considero resulta de especial relevancia para el análisis del estado de la cuestión: la solicitud de protección internacional. Sin embargo, no me interesa tanto el *ex ante*, como el

---

[4] Existe, por supuesto, doctrina especializada que se ha ocupado del asunto, aunque, en su mayoría, enfocada al estudio de la protección internacional en relación a los menores, a modo de ejemplo, REQUEJO ISIDRO, M., "La protección del menor no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, Nº 2, pp. 482-505); MOYA ESCUDERO, M., "Igualdad *versus* seguridad y control: los menores extranjeros en Europa", *Nuevo mundo, nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit: XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* / Pablo Martín Rodríguez (dir.), 2020, págs. 219-248; SERRANO SÁNCHEZ, L., "Derecho humano al asilo de la y el menor migrante no acompañado en tiempos de pandemia por Covid-19 en España" en *Derechos humanos de personas en situaciones de vulnerabilidad*, Cristian Altavilla (dir), Universidad Siglo 21, Córdoba, Argentina, en prensa; LA SPINA, E., "La Directiva de las condiciones de acogida y su reforma "*in fieri*": la punta del iceberg del sistema europeo de asilo", *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre la dimensión interna y externa* / coord. por Joana Abrisketa Árbol académico, 2021, pp. 373-396.

ex post, es decir, qué consecuencias jurídico-documentales tiene la solicitud, primero, y la posterior concesión o denegación del derecho de asilo o la protección subsidiaria, después.

Con respecto al *ex ante*, baste recordar, brevemente, que se establece un procedimiento único para la solicitud de protección internacional que permite examinar simultáneamente los dos estatutos: derecho de asilo y protección subsidiaria. En principio, requiere comparecencia personal del interesado que ha de encontrarse en España, aunque recientemente, y a raíz de una sentencia del TS de octubre de 2020, se ha "reactivado" la posibilidad de presentar la solicitud en embajadas y consulados, a tenor de lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria[5].

La solicitud se considera admitida a trámite si en el plazo establecido no se notifica de forma expresa su inadmisión, esto es un mes en el caso de solicitudes presentadas en territorio español y 4 días si han sido presentadas en la frontera (arts. 20.2 y 21.2 de la Ley 12/2009, respectivamente)[6]. La admisión a trámite produce los mismos efectos que produciría la concesión del estatuto, aunque de forma provisional.

---

5 Sentencia del TS de 15 de octubre de 2020 (STS 15/10/2020 EDJ 693708). El 15 de octubre de 2020 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó la Sentencia que dio pie a la apertura de una puerta que parecía cerrada, la solicitud de asilo desde Embajadas y Consulados españoles. La falta de desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, ha dificultado la operatividad de la norma en relación, entre otras cuestiones, a los aspectos relacionados con las condiciones de acceso a los recintos diplomáticos. Un concienzudo análisis de la Sentencia puede verse en, SÁNCHEZ LEGIDO, A., "El reconocimiento del Derecho a solicitar protección internacional en las Embajadas y Consulados de España (a propósito de la STS 3445/2020)", *REEI*, núm. 41, junio 2021.

6 Por supuesto no se puede obviar el periodo de suspensión de plazos administrativos debido al estado de alarma. Disposición Adicional RD 463/2020, y art.17 Ley 12/2009. Sin olvidar la posterior Instrucción 3/2020 de suspensión de la caducidad de ciertos documentos: manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional; resguardo de presentación de solicitud de protección internacional; y documento acreditativo de la condición de solicitante de protección internacional. Dos meses después, el 21 de mayo de 2020, nuevamente el Ministerio de Interior dictó una nueva Instrucción, la Instrucción 9/2020, como norma aclaratoria de la legislación de asilo aplicable durante el estado de alarma. A partir de ese momento el resguardo de presentación de solicitud de protección internacional ("resguardo blanco") que hubiera caducado con anterioridad al estado de alarma, vería prorrogada su vigencia nueve meses a contar desde la expiración del documento. Asimismo, el documento acreditativo de la condición de solicitante de protección internacional ("tarjeta roja") y el documento acreditativo de la condición de apátrida ("tarjeta verde") prorrogaban la validez de su vigencia siete meses. Aclara que tanto los que tuviesen el resguardo blanco como la tarjeta roja, a los seis meses desde su emisión, tendrán derecho a trabajar, independientemente de que no lleve incorporada la leyenda "autoriza a trabajar". *Vid.*. SERRANO SÁNCHEZ, L., "Derecho humano al asilo de la y el menor migrante no…", *loc.cit.*

Siguiendo el esquema previamente establecido en el que el objetivo era realizar un análisis de los problemas con los que se encuentra el solicitante de protección internacional en España, dedicaremos los próximos epígrafes al estudio de las consecuencias jurídico-documentales de la admisión a trámite de su solicitud.

2.1. Acceso al mercado laboral

Una de las primeras consecuencias que tiene la admisión de la solicitud de protección internacional es la posibilidad de acceder al mercado laboral. Aunque pueda resultar un lugar común, en ocasiones se olvida que el acceso al empleo constituye uno de los factores clave en cualquier proceso de integración social. En el caso de los solicitantes de protección internacional, desde que se inicia el procedimiento, hasta que finalmente se emite una resolución, puede transcurrir un largo periodo de tiempo en el que no pueden estar en un limbo jurídico-documental. Por este motivo, en el momento de admitirse a trámite la petición de protección internacional, se expide un documento provisional que se emite como documento identificativo, el cual se conoce comúnmente como "tarjeta roja" (por el color de la cartulina donde está impreso). Su nombre oficial, no obstante, es "documento acreditativo de la condición de solicitante en tramitación de protección internacional".

La primera tarjeta roja tiene una vigencia de seis meses y no autoriza a trabajar[7]. No obstante, sí que incluye el NIE (Número de Identidad de Extranjero) que le permitirá realizar gestiones con las distintas administraciones, tales como, solicitar tarjeta sanitaria, abrir una cuenta en un banco…etc. Transcurridos los seis meses, si aún no se ha obtenido una resolución, se ha de renovar esta tarjeta roja por otra, la cual incorporará la mención expresa de "autoriza a trabajar". Su vigencia será de seis meses, y se irá renovando de forma progresiva (en las mismas condiciones), hasta que finalmente se emita la resolución definitiva (disposición adicional 21ª del RLOE)[8]. Las personas solicitantes de protección internacional, por tanto, están autorizadas a trabajar, de forma automática sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, a partir de los 6 meses desde que presentaron su solicitud y fue admitida a trámite. Es importante resaltar el hecho de que no existe ningún tipo de restricción ni en el sector de actividad ni en el ámbito geográfico, en el caso de que se pretenda realizar una actividad por cuenta ajena, lo que supone una enorme ventaja

---

7 Los Estados europeos han incorporado de forma unánime la restricción del acceso al mercado de trabajo durante los 6-9 primeros meses (*Vid.* LA SPINA, E., "La Directiva de las condiciones de acogida y su reforma "in fieri": la punta"…*loc. cit.*, p.392).

8 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE* núm. 103 de 30 de Abril de 2011).

con respecto a aquellos nacionales de terceros Estados que se encuentran en el régimen general y obtienen una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena inicial[9]. Es de justicia señalar que hay otros países de la UE que no otorgan esta prerrogativa a los solicitantes de protección internacional. Así, Francia, Austria o Alemania, por ejemplo, sí condicionan la posibilidad de acceso al mercado laboral a los llamados "test de mercado", que sería el equivalente en España a la "situación nacional de empleo"[10].

Sin embargo, y a pesar de esta ventaja que ostentan con respecto a los nacionales de terceros Estados en el régimen de extranjería, hay que poner de relieve que los solicitantes de protección internacional, en contraposición, y a causa de la prolongación en el tiempo de los procedimientos de protección internacional y la prórroga cada seis meses de la tarjeta roja, ralentizan el acceso al empleo formal, lo que acentúa su vulnerabilidad con respecto a las condiciones de trabajo precarias[11]. A esto hay que añadir, la dificultad de homologación de títulos académicos extranjeros, el nivel de aprendizaje del idioma, el desconocimiento de su situación jurídica y documental que provoca desconfianza por parte de los empleadores para contratar a solicitantes de asilo, la imposibilidad de inscripción en el SEPE de solicitantes de asilo durante los 6 primeros meses para acceder a cursos de formación gratuitos…etc[12].

2.2. Efectos de la denegación del asilo o la protección subsidiaria

La situación de incertidumbre y vulnerabilidad en el *impasse* desde que se solicita la protección internacional hasta que se resuelve, a la que hacíamos

---

9 Arts. 38.5, 38.7 y 40 LO 4/2000. En el régimen general, a partir de la primera renovación se eliminan estas restricciones.

10 LA SPINA, E., "La Directiva de las condiciones de acogida y su reforma "*in fieri*": la punta del iceberg de…", *loc. cit.*, p.393. En España, antes de admitir a un trabajador nacional de un tercer país, se comprueba que nadie perteneciente al mercado laboral interno puede ocupar el puesto de que se trate (es la llamada situación nacional de empleo). La acreditación de este extremo se puede realizar de dos formas, aportando el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, o un certificado negativo de la Oficina de Empleo con respecto a ese puesto que se está ofertando. La situación nacional de empleo incluye a los españoles, los nacionales de la UE, EEE, suizos y los familiares de éstos y de españoles, que tienen reconocido el derecho al trabajo. Igualmente, a los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración, y a los que ya poseen autorización de residencia temporal en vigor (art. 65 RLOE).

11 Véase a este respecto RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V., "El estatus jurídico-laboral de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional", *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en España. Respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Aranzadi, 2021, pp. 131-154.

12 Éstas y algunas otras dificultades han sido identificadas por el Grupo de trabajo sobre acogida e integración de refugiados, del Defensor del Pueblo. Pueden consultarse en: https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-empleo/ Puede consultarse también el "Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional", elaborado por CEAR en el año 2020 y disponible en https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/05/estudio-Mercado-Laboral-solicitantes-de-asilo.pdf.

referencia *supra*, se torna desesperación en el momento en el que la solicitud es denegada. Sobre todo, si tenemos en cuenta que la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional determinarán, según corresponda, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que lo solicitaron.

Se abre el interrogante, en estos casos, de si la interposición de algún tipo de recurso puede suspender la ejecución del acto y, por tanto, podría el solicitante seguir residiendo y trabajando (si lo está haciendo) en España hasta la resolución definitiva de dicho recurso o no. Hay dos posibilidades:

a) Al tratarse de una resolución administrativa, que además pone fin a esta vía, se puede interponer un recurso potestativo de reposición que no suspende por sí mismo la ejecución del acto y que tiene un plazo de un mes para ser resuelto. En caso contrario se entiende desestimado por silencio administrativo[13].
b) Interponer un recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que es la competente para conocer de los recursos frente a la denegación de la protección internacional[14].

Ante estas dos posibilidades nos decantamos por esta última. La razón es lo preceptuado en el artículo 15.3 de la Directiva 2013/33 UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional[15], que no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, por cierto[16]. Dicho precepto establece que: "*no se privará al solicitante de acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación*".

El recurso potestativo de reposición no suspende por sí mismo la ejecución del acto. El contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, tampoco, pero sí permite la opción de

---

13 Artículos 112 a 120 y 123 y 124 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 02/10/2015).

14 Artículos 25-42 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa (BOE núm. 167, de 14/07/1998).

15 Directiva 2013/33, del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (L180/96).

16 La Directiva 2013/33, no ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español y por ello la Comisión Europea abrió un procedimiento, en concreto el 2015/0414, por no comunicar la transposición dicha norma.

solicitar al momento de interponerlo una medida cautelar que suspendería la ejecutividad de la denegación[17].

Por tanto, con el recurso de reposición, la denegación del asilo tendría plenos efectos desde el momento en que se ha notificado. En cambio, si se interpone un recurso contencioso administrativo, solicitando medida cautelar, sí habría efectos suspensivos, activándose el artículo 15.3 de la Directiva 2013/33 y pudiendo el interesado seguir trabajando de forma legal en España hasta que se resuelva definitivamente.

2.3. Compatibilidad en el tiempo de solicitudes en regímenes de extranjería diferentes

Como estamos viendo, el tiempo transcurrido desde la solicitud hasta la resolución definitiva incluidos los recursos puede ser muy dilatado. Por eso se plantea la posibilidad de compatibilizar solicitudes en regímenes de extranjería diferentes, otro punto fundamental del estado de la cuestión.

Es decir, tramitar al mismo tiempo solicitudes de protección internacional y, por ejemplo, solicitudes de residencia por circunstancias excepcionales. Las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales están previstas en la legislación de extranjería para aquellas personas que se encuentran en situación irregular y pueden ser de diferentes tipos. Las más usuales son los llamados arraigos: laboral, social o familiar (arts. 123 y ss RLOE).

La cuestión está en determinar si se puede solicitar el arraigo teniendo todavía en trámite una solicitud de protección internacional no resuelta. El beneficio es claro, en caso de denegación de la solicitud de protección internacional tenemos un "plan B", para evitar la salida de España.

Hasta hace muy poco tiempo, una vez se había tramitado la solicitud de asilo no era posible solicitar, por ejemplo, un arraigo social sin perjudicar este procedimiento de protección internacional. Es decir que para poder seguir adelante con esta autorización de residencia por circunstancias excepcionales, arraigo social, se debía desistir del procedimiento de asilo.

No obstante, ha habido un cambio de tendencia, con la intervención, incluso del Defensor del pueblo y, actualmente, se está aceptando el derecho que asiste a los solicitantes de protección internacional de solicitar una autorización por circunstancias excepcionales, en concreto por arraigo, sin que pueda exigirse la renuncia previa a la protección internacional o se inadmita

---

17 En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2017 (SAN 4098/2017), se estableció que no cabe medida cautelarísima, sin audiencia a la Abogacía del Estado, en el caso de la denegación de asilo, y sí pieza de medida cautelar normal que si lleva audiencia de la otra parte.

a trámite la solicitud de arraigo[18]. El hecho de que un demandante de protección internacional solicite por una circunstancia excepcional autorización de residencia, no podrá suponer en ningún caso su renuncia al procedimiento. Asimismo, dicha solicitud de autorización de residencia por arraigo en ningún caso podrá ser inadmitida a trámite, según establece la secretaria de Estado de Migraciones en consonancia con la disposición adicional 4ª del Reglamento de extranjería[19].

2.4. Concesión de la solicitud

El procedimiento de protección internacional es un cauce administrativo dirigido a identificar, de entre los solicitantes, a aquellas personas que están en necesidad de protección internacional y que pueden resultar beneficiarias del estatuto de refugiado, de la protección subsidiaria o de una autorización de residencia por razones humanitarias. En España, de enero a diciembre de 2021, se han concedido 5.354 estatutos de refugiado, 2017 protección subsidiaria y 12.983 autorizaciones por razones humanitarias[20]. Como puede observarse el triple de autorizaciones por razones humanitarias. Al no entrar éstas últimas en el concepto de protección internacional, no se incluyen en las estadísticas de índices de reconocimiento del asilo, lo que hace que España se sitúe muy por debajo de la media de la Unión Europea que registra alrededor de un 30% de resoluciones favorables, frente al 5% español.

La mayoría de estas autorizaciones por razones humanitarias se han concedido en los tres últimos años, a raíz de la Resolución de 28 de febrero de 2019 de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (CIAR) a ciudadanos venezolanos en los que no concurren las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado ni para la concesión la protección subsidiaria[21].

---

18 En el escrito que el Defensor del Pueblo había trasladado a la Secretaría de Estado de Migraciones se insistía en la naturaleza del colectivo en cuestión, siendo las personas refugiadas un grupo protegido por el derecho internacional. La recomendación recordaba, además, las complejas circunstancias que rodean los itinerarios de vida de las personas que llegan a España en calidad de solicitantes de protección internacional.

19 En la fecha de entrega de este trabajo (febrero de 2022), no hay Instrucción específica a este respecto, solo existe una Nota de prensa de la Secretaría de Estado de Migraciones de 8 de septiembre de 2020. https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/inmigracionemigracion/detalle/3890.

20 Avance de solicitudes y propuestas de resolución de protección internacional Datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021. Subsecretaría del Interior. Dirección General de Política Interior. Disponible en https://blogextranjeriaprogestion.org/2022/01/25/solicitudes-proteccion-internacional-espana-a-31-12-2021/

21 Resolución del Subsecretario del Ministerio del Interior de 28/2/2019, concediendo de forma general, e indiscriminada, "autorización de residencia temporal por razones humanitarias de acuerdo con los artículos 37.b) y el 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, a los ciudadanos nacionales de Venezuela que, habiendo presentado su solicitud de protección internacional a partir del 1 de enero de 2014, hayan recibido la notificación de la resolución denegatoria a su

Y la concesión de uno u otro estatuto no es una cuestión baladí, habida cuenta de las importantes diferencias en los derechos que unos y otros confieren al beneficiario, como, por ejemplo, la posibilidad de mantener la unidad familiar a través de la Ley 12/2009 o del régimen de extranjería, mucho más desfavorable, o las diferencias relativas a la adquisición de la nacionalidad. A estos dos últimos asuntos, que resultan de especial relevancia, se dedican los siguientes epígrafes.

3. CONSECUENCIAS PARA EL DERECHO A LA VIDA EN FAMILIA DE LA SOLICITUD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

En principio, las diferencias relativas al derecho a la vida en familia del beneficiario del estatuto de refugiado o protección subsidiaria, con respecto a aquél al que se le ha concedido una autorización de residencia por razones humanitarias, son abismales. En el primer caso, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 12/2009 y, en el segundo, lo preceptuado en el régimen de extranjería (LO 4/2000 y su Reglamento de desarrollo). Ésta es la hipótesis de partida porque como se pondrá de relieve a lo largo del epígrafe, la falta de desarrollo reglamentario de la LO 12/2009 y los conceptos jurídicos indeterminados que contiene, llevan en ocasiones a la aplicación por analogía de lo previsto en el régimen general, lo que supone una merma de derechos, injustificada, en mi opinión, para aquellos beneficiarios de protección internacional. No resulta de interés, bajo mi punto de vista, en esta investigación, realizar un análisis pormenorizado de los requisitos administrativos necesarios para acceder a una u otra figura, porque pueden consultarse en la propia legislación o en trabajos ya publicados[22]. Es preferible profundizar, por ejemplo, en la interpretación jurisprudencial de conceptos jurídicos indeterminados como el de "menor", "estar a cargo" o quién se considera "familia", los problemas que plantea la falta de desarrollo reglamentario de la Ley 12/2009, así como las ventajas que suponen estos procedimientos con respecto a los previstos para los nacionales de terceros Estados en el régimen general.

---

petición". Puede verse un análisis en IBARRA SAINZ, E., "Nuevas orientaciones en materia de autorización a la permanencia en España por razones humanitarias a causa del éxodo venezolano", *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía: perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada* / coord. por Diana Marín Consarnau, Marcial Pons, 2021, pp. 299-304. No obstante, el TS ha reiterado que esta resolución no tiene carácter de generalidad, es decir, no se concede la autorización de residencia temporal por razones humanitarias a los nacionales de Venezuela únicamente por ostentar esta nacionalidad, sino que hay que analizar caso por caso si se dan los requisitos necesarios (STS 352/2021, 11 de Marzo de 2021).

22 SOTO MOYA, M., "Reagrupación familiar", *Memento experto de extranjería*, Francis Lefebvre. EL Derecho, (3º Ed), 2021, pp. 81-94.

Tanto para aquellos que han obtenido el estatuto de refugiado, como para los que ostentan el de protección subsidiaria, la LO 12/2009 regula el mantenimiento de su unidad familiar diferenciando dos fórmulas que en ocasiones pueden confundirse: la extensión familiar (art. 40 Ley 12/2009) y la reagrupación familiar (art. 41 Ley 12/2009)[23]. Ambas tienen como objetivo garantizar el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria. No obstante, la primera de ellas, que produce una extensión del estatuto, está dirigida a aquellos miembros de la familia que ostenten la misma nacionalidad que el solicitante, se encuentren también en España, y no hubiesen presentado una solicitud independiente de protección internacional. Mientras que la segunda, está pensada como alternativa a la primera, para aquellos casos en los que los familiares tengan una nacionalidad distinta al solicitante y no requieran de protección, pero sí de un régimen de residencia que permita la unidad familiar[24].

Algo que resulta esencial es que los beneficiarios de protección internacional están exentos de cumplir los requisitos establecidos en la normativa de extranjería: residencia legal de un año, vivienda adecuada, seguro médico y, medios económicos suficientes. Eso sí, la solicitud de reagrupación familiar ha de presentarse en un plazo de tres meses desde la concesión del estatuto[25]. De lo que no se les exime es de tener que probar el vínculo familiar. Y conseguir documentación que demuestre la filiación, el matrimonio u otro parentesco en lugares "*donde la presencia de instituciones del estado está debilitada, es inexistente, requiere pagos excesivos o cuyo contacto puede entrañar un riesgo, puede constituir barrera insuperable para la familia en el país de origen o asentamiento inicial*" [26]. Por ello, la propia LO 12/2009 establece en su artículo 40 que las relaciones familiares de los ascendientes y descendientes deberán establecerse mediante las pruebas científicas que sean necesarias, en los casos donde no pueda determinarse sin dudas esa relación de parentesco.

Tanto en la extensión como en la reagrupación familiar la Ley 12/2009 considera "familia": a) ascendientes en primer grado que acrediten la dependencia y sus descendientes en primer grado que fueran menores de edad; b) el cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, distinta

---

23 Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).

24 LA SPINA, E., "La protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria: la historia de dos casos", *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, núm. 25, 2017, págs. 163-186, p. 176.

25 Puede verse sobre presentación extemporánea de la solicitud la STJUE de 7 de noviembre de 2018, Asunto C-380/17: K y B.

26 BENITO OTAZU, L., "La familia, también: integración y procedimientos de reunificación familiar para personas refugiadas en la Unión Europea", *Relaciones Internacionales*, núm 36, Octubre 2017–Enero 2018, pp. 51-71, p. 63.

nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado por razón de género; c) otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, de acuerdo con la legislación española vigente, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado; d) otros miembros de la familia siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquellas y la existencia de convivencia previa en el país de origen[27].

De la lectura de este precepto surgen numerosos interrogantes. Así, sería preciso determinar qué se entiende por "dependencia", "menor" o "cónyuge" o cuáles son las diferencias esenciales entre esta regulación y la contenida en el régimen comunitario y el de extranjería[28]. Dedicaremos las próximas páginas a aclarar cada uno de ellos.

3.1. "Dependencia"

El primer grupo familiar al que hace referencia el artículo 40 LO 12/2009 es al de los ascendientes y descendientes, a diferencia de los que ocurre en

---

27 No obstante, cada Estado miembro puede incluir a los familiares que considere oportunos, respetando siempre, eso sí, lo establecido por el art. 3 de la Directiva 2011/95. Véase, por ejemplo, la STJUE de 9 de noviembre de 2021, asunto C-91/20. Se plantea en este supuesto la compatibilidad de la Directiva 2011/95 con una norma nacional más favorable. Tras un análisis pormenorizado del artículo 3 de la Directiva 2011/95 que permite a los Estados miembros introducir o mantener "normas más favorables para determinar quién reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado o persona con derecho a protección subsidiaria, y para determinar el contenido de la protección internacional, siempre que tales normas sean compatibles con [esta] Directiva", el TJUE ha emitido el siguiente fallo: "los artículos 3 y 23, apartado 2, de la Directiva 2011/95/UE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, en virtud de disposiciones nacionales más favorables, conceda, con carácter derivado y con el fin de mantener la unidad familiar, el estatuto de refugiado a un menor soltero, hijo de un nacional de un tercer país al que se ha reconocido ese estatuto en virtud del régimen establecido por esta Directiva, incluso en el caso de que el menor haya nacido en el territorio de ese Estado miembro y posea, a través de su otro progenitor, la nacionalidad de otro tercer país en cuyo territorio no correría el riesgo de sufrir persecución, siempre que ese menor no esté comprendido en alguna de las causas de exclusión a las que se refiere el artículo 12, apartado 2, de dicha Directiva y no tenga derecho, por su nacionalidad o por cualquier otro elemento que caracterice su condición jurídica personal, a un mejor trato en dicho Estado miembro que el resultante de la obtención del estatuto de refugiado. A este respecto, resulta irrelevante saber si es posible y razonable que el menor y sus progenitores se instalen en ese otro tercer país".

28 La expresión "régimen comunitario" se utiliza en el ordenamiento jurídico español como contrapuesta a la de "régimen general" o "régimen de extranjería" y hace referencia a un conjunto de normas que regulan el alcance y los límites del Derecho de libre circulación de personas por el territorio de la UE. En España la norma más relevante es el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28/02/2007). Por su parte, la más importante en el régimen de extranjería es la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009).

el régimen general, e, incluso, en el comunitario, donde el primer familiar al que se considera reagrupable es al cónyuge[29].

En el caso de los ascendientes y otros miembros de la familia, el requisito fundamental para poder conseguir el mantenimiento de la unidad familiar es que se acredite la "dependencia" de la persona beneficiaria de la protección internacional. No se emplea la fórmula de "estar a cargo", que se utiliza tanto en el régimen comunitario como en el de extranjería. No obstante, ambos son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido es delimitado jurisprudencialmente. En el régimen comunitario la calidad de miembro de la familia "a cargo" resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia, incluye también los motivos graves de salud[30]. En el de extranjería, se entiende que los familiares están "a cargo" cuando se acredita que, al menos durante el último año de su residencia en España, el reagrupante ha transferido fondos o, soportado gastos de su familiar, que representan al menos el 51% del PIB per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste[31].

Para el mantenimiento de la unidad familiar de los solicitantes o beneficiarios de protección internacional, el término usado es el de "dependencia" y la jurisprudencia ha hecho, en algunas ocasiones, una interpretación más proteccionista y extensiva de este concepto que del de "estar a cargo"[32]. Así, por ejemplo, no se tiene en cuenta únicamente el factor económico, sino también la "dependencia social y emocional"[33]. Una circunstancia que se con-

---

29 Igual sucede en la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (art. 2 j).

30 Entendidos éstos como una circunstancia de hecho específica consistente en una situación de dependencia por razones de padecimiento de enfermedad grave, que debe existir en el país de procedencia del miembro de la familia de que se trata, y que requiera que el ciudadano de la Unión debe hacerse cargo del cuidado personal del miembro de la familia en el Estado miembro de acogida, por no ser objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (TJUE 5-9-12, asunto C-83/11, Tribunal de Justicia (UE) (Gran Sala), S 05-09-2012, nº C-83/2011).El mero compromiso, del ciudadano comunitario o de su cónyuge, de asumir a su cargo a los miembros de la familia de que se trata no demuestra que exista una situación real de dependencia de estos (TS 11-7-16,Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 3ª, S 11-07-2016, nº 1709/2016, rec. 499/2015).

31 La información sobre el Producto Interior Bruto per cápita por país puede consultarse en el siguiente enlace: https://datos.bancomundial.org/indicator/ NY.GDP.PCAP.CD?order.

32 No existe una definición internacionalmente aceptada del término, como ponen de relieve JASTRAM K. y NEWLAND, K., "Family Unity and Refugee Protection", *Refugee protection in international law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, junio de 2003, pp. 556-602, p. 585.

33 Concesión de la extensión familiar del asilo tanto a los padres como a las hermanas del titular de la protección (de nacionalidad iraquí, cristiano), aunque estas sean mayores de edad, si

sidera relevante es la de la convivencia previa en el país de origen, más allá del envío regular de fondos[34]. Sin embargo, también existe una línea jurisprudencial restrictiva, que erróneamente, en mi opinión, considera que a falta de desarrollo reglamentario de la LO 12/2009, se ha de aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 53 RLOE para la reagrupación familiar en el régimen general. De esta forma exigen que los ascendientes de los beneficiarios de protección internacional sean mayores de 65 años, estén "a su cargo" y, además, haya razones que justifiquen su venida a España, requisitos todos ellos previstos para los ascendientes nacionales de terceros Estados en el régimen de extranjería[35]. Resulta difícil de entender que una regulación que en principio ha de ser mucho más proteccionista con el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar de sus beneficiarios se vea "completada" por analogía con el más estricto de los regímenes aplicables a los extranjeros en España, máxime cuando la propia Directiva 2003/86 dedica una capítulo específico y separado a la reagrupación familiar de las personas refugiadas.

3.2. "Minoría de edad"

Esta falta de desarrollo reglamentario de la LO 12/2009, también afecta al mantenimiento de la unidad familiar en el caso de los descendientes, a los que se les exige que sean menores de edad, a diferencia del régimen comunitario o de extranjería en los que sí se fija una edad concreta para proceder a la reagrupación (en el régimen comunitario se establece una edad de 21 años y en el de extranjería de 18)[36]. La diferencia no es trivial, ya que utilizar la fórmula de la mayoría de edad supone tener que analizar en cada caso la ley personal del descendiente para establecer el umbral en el que esa ley fija la mayoría de edad (art. 9.1 Código Civil). Sin embargo, considero que también es imprescindible atender a lo preceptuado en otros instrumentos jurídicos

---

existe una dependencia social y emocional con respecto al solicitante de la extensión familiar. Atendiendo a la edad y concretas circunstancias personales y familiares de las personas para las que se ha solicitado la extensión (SAN (Contencioso), sec. 2ª, S 28-01-2021, rec. 421/2018).

34 "La resolución recurrida, que admite el parentesco, padres, abuela y hermano, sin embargo rechaza que haya quedado suficientemente establecida la dependencia y la existencia de convivencia previa en el país de origen, arguyendo que el solicitante de la extensión, asilado en España por resolución de 2013, vive en España desde 2011, formando aquí una unidad familiar con su mujer y un hijo, y la documentación aportada, donde consta que en los dos últimos años el solicitante ha remitido regularmente remesas de dinero a sus padres, no acredita la dependencia de los padres respecto al solicitante, porque éstos también perciben otros emolumentos en Pakistán, sus pensiones, por lo que no se puede afirmar que sin la ayuda que le envía su hijo desde España no puedan subsistir en Pakistán en condiciones dignas. Además, los padres del solicitante tienen tres hijas más que residen en Pakistán". (SAN (Contencioso), sec. 2ª, S 13-02-2020, rec. 1246/2017).

35 (SAN (Contencioso), sec. 8ª, S 24-05-2019, rec. 554/2016).

36 Art. 2 del RD 240/2007 y 17.b) de la LO 4/2000, respectivamente.

como la Directiva 2011/95, (art. 2k), la Directiva 2013/32 (art. 2m)[37], la Directiva 2003/86 (art. 2 f)[38] que definen al menor como "un nacional de un tercer país o un apátrida menor de 18 años" o el propio Convenio sobre los derechos del niño, que establece esta edad como límite a la minoría de edad (art. 1)[39]. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia indicando que la mayoría de edad viene determinada, a los efectos de "reagrupación familiar", por las normas internas del país en que se solicita el asilo[40]. También resulta relevante el momento en el que esa edad habría de tenerse en cuenta, si en el instante de la solicitud de protección internacional o en el de su concesión. A este respecto el TJUE ha entendido que la fecha crucial ha de ser la de la solicitud[41].

Otra disfunción con respecto a los regímenes que estamos analizando es la no inclusión de los descendientes de su cónyuge, ni la referencia expresa a los hijos adoptivos, ni tampoco a los descendientes que sean mayores de edad, pero tengan una discapacidad con la que no sea objetivamente capaz de proveer sus propias necesidades, debido a su estado de salud. Para todo ello, una vez más, habrá que remitirse a la reagrupación familiar en el régimen de extranjería[42].

---

37 Directiva 2013/32, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (DOUE L 180/60, de 29 de junio de 2013).

38 Directiva 2003/86, de septiembre de 2033, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251/12, de 3 de octubre de 2003).

39 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

40 SAN (contencioso) de 26/2/2015, rec 152/2014. Alegándose por la actora que tiene 19 años, y que es menor de edad en su país de origen, señala la Sala que la mayoría de edad viene determinada, a los efectos de "reagrupación familiar", por las normas internas del país en que se solicita el asilo, no dándose en el presente caso los presupuestos legales para conceder el asilo por extensión familiar.

41 En relación con la reagrupación familiar en el régimen general ha señalado que: "la fecha que debe tomarse como referencia para determinar si un nacional de un tercer país o un apátrida no casado es un hijo menor, en el sentido de dicha disposición, es aquella en la que se presenta, en nombre de los hijos menores, la solicitud de entrada y de residencia con fines de reagrupación familiar en un Estado miembro, y no la fecha en que se pronuncien al respecto las autoridades competentes de ese Estado miembro, en su caso tras un recurso interpuesto contra una resolución denegatoria de tal solicitud (TJUE 16-7-2020, asuntos acumulados C-133/19, C-136/19 y C-137/19; Del mismo modo, cuando el solicitante de protección internacional era el menor ha considerado que: "debe calificarse de menor, al nacional de un tercer país en el momento de su entrada al territorio de un Estado miembro y de la presentación de la solicitud de asilo en ese Estado, que tenía menos de 18 años aunque durante el procedimiento de asilo alcance la mayoría de edad. (TJUE 7-11-2018, As. C-257/17 y TJUE 12-4-2018, As C- 550/16).

42 Para un análisis de estos aspectos puede consultarse, SOTO MOYA, M., "Reagrupación familiar", *Memento…, loc. cit.*

3.3. Concepto de cónyuge

Por lo que respecta al cónyuge, no alude de forma específica a los matrimonios del mismo sexo, cuestión, por otra parte, innecesaria, ya que la Ley 13/2005, de 1 de julio, establece que todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo (Disposición Adicional 1ª)[43]. Esto incluye también la LO 12/2009, por lo que es perfectamente factible el mantenimiento de la unidad familiar con el cónyuge del mismo sexo de u solicitante de protección internacional, siempre que se pruebe la existencia de ese matrimonio, exactamente igual que se exige para los matrimonios de diferente sexo.

La LO 12/2009 también exige para el mantenimiento de la unidad familiar del cónyuge que no esté divorciado ni separado de hecho ni de derecho. La referencia al divorcio es redundante, por cuanto si se está divorciado ya no se es cónyuge. En cuanto a la separación de hecho y de derecho, la mayoría de las dificultades surgen al intentar determinar cuándo se considera, en relación a la separación de hecho, que los cónyuges han dejado de hacer vida común. La prueba de la convivencia marital (en el país de origen) resulta en ocasiones ciertamente complicada[44].

No se alude, tampoco, a la posibilidad de reagrupar a más de un cónyuge, aunque es esta una cuestión a la que la LO 4/2000 sí ha puesto límites cuantitativos. A tenor de lo preceptuado en el art. 17 LOE sólo se puede reagrupar un cónyuge, aunque no se indica que tenga que ser necesariamente el primero[45]. Para determinar la validez de la unión a efectos de entrada en España se estará a la ley del Estado de celebración. Si se declarara aplicable la ley del Estado de acogida, al no admitirse en España la celebración de matrimonios poligámicos, sólo el primero sería válido y, por tanto, sólo el primero sería "cónyuge", y no cualquiera de ellos. Partiendo de consideraciones de tipo

---

43 Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

44 En los casos de reagrupación familiar del cónyuge en el régimen de extranjería en los que también se exige este requisito, la jurisprudencia se está decantando, en estos supuestos, por establecer que en la actualidad los medios tecnológicos han avanzado de tal suerte que dichas distancias quedan minimizadas, al menos, a la hora de establecer una relación personal y económica entre dos personas que, supuestamente, tienen una relación marital (STSJ Madrid (Contencioso), sec. 1ª, S 27-09-2018, nº 716/2018, rec. 1523/2017).

45 Los problemas se plantean con posterioridad a la entrada, al haberse permitido la reagrupación a un matrimonio que quizás no sea válido en el Estado de acogida (reagrupación de la segunda o posteriores esposas). Es probable que esta pareja pretenda, en algún momento, el reconocimiento de determinados efectos de su matrimonio –alimentos, sucesiones, etc– válidamente constituido en el extranjero, y al que se le ha permitido la entrada y residencia España. Es en este momento cuando se pueden generar la mayoría de los conflictos. Véase, a modo de ejemplo la STS (Sala 4ª. Sección 4ª) de 17 de diciembre de 2019, sobre pensión de viudedad.

exclusivamente jurídico, no habría impedimentos para que un ciudadano extranjero solicitase la reagrupación de más de un cónyuge, siempre que los vínculos estuvieran válidamente constituidos en el extranjero. Cabría interpretar, por tanto, que la regulación de la legislación de extranjería se justifica en una elección basada estrictamente en una opción de política migratoria[46].

Por último, no ha de olvidarse la "relación análoga a la conyugal", que sí se encuentra expresamente incluida en la LO 12/2009. No obstante, igual que sucede en los supuestos anteriores, la falta de desarrollo reglamentario requiere de la aplicación analógica del régimen de extranjería, aunque en ocasiones será necesaria una adaptación por la situación del beneficiario de protección internacional. Así, la prueba de la existencia de este vínculo se realiza según la situación en la que se encuentre la relación análoga a la conyugal: a) si se encuentra inscrita en un registro público establecido a esos efectos, y no se ha cancelado la inscripción: no se exige que la certificación registral haya sido expedida con una antelación máxima de tres meses a la fecha de presentación de la solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar; b) si carecen del certificado *ad hoc*: se exige que la relación se hubiese constituido con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España. A dichos efectos, sin perjuicio de la posible utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, tienen prevalencia los documentos emitidos por una autoridad pública. En estos casos será necesario acreditar, un tiempo de convivencia determinado, hijos comunes, etc (art. 53 RLOE).

4. NACIONALIDAD Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL

4.1. Adquisición de la nacionalidad por residencia

La concesión del estatuto de refugiado, la protección subsidiaria o la obtención de una autorización de residencia por razones humanitarias, no solo afecta al mantenimiento de la unidad familiar, sino que tiene consecuencias también para la adquisición de la nacionalidad española. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la primera, el único privilegiado en este caso es el que ostente el estatuto de refugiado, que se beneficiará de un plazo reducido de 5 años para la adquisición de la nacionalidad por residencia (art. 22.1 CC)[47]. No sucede lo mismo en el supuesto de ser beneficiario de la condición de protección

---

[46] SOTO MOYA, M., "Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante", *Bitácora Millennium DIPr*, núm 3º, enero-junio 2016. Disponible en http://www.millenniumdipr.com/ba-35-eficacia-de-las-relaciones-poligamicas-en-el-orden-social-derecho-a-la-pension-de-viudedad.

[47] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. "Gaceta de Madrid" núm. 206, de 25/07/1889.

subsidiaria o con la obtención de una autorización de residencia por razones humanitarias. En estos casos resulta de aplicación el plazo general de 10 años, a no ser, por supuesto, que pueda acceder a la nacionalidad española por otro de los plazos abreviados previstos en el Código Civil (art. 22.2).

Hay que resaltar, no obstante, que España es uno de los pocos países de la Unión Europea que cuentan con normas específicas para el que haya obtenido la condición de refugiado. Entre los que sí prevén un plazo reducido o atenúan los requisitos para la adquisición de la nacionalidad se puede citar a Bulgaria, Francia, Irlanda, Lituania, Rumanía y Suecia[48].

Pues bien, ya sea el periodo reducido de 5 años, o el de 10, hay varios problemas comunes que se plantean en ambos casos. Uno de ellos es el concerniente al comienzo del cómputo del plazo de dicha residencia. Y es que en estos supuestos hay algunos conceptos que pueden ser confusos. Desde la solicitud de protección internacional hasta la definitiva concesión el solicitante se encuentra en una situación de provisionalidad, que puede ser de varios años. Esta situación en ocasiones se confunde con la de estancia, prevista en el régimen de extranjería, por ejemplo, para los estudiantes. Y el periodo de tiempo que un extranjero se encuentra en situación de estancia no se computa como tiempo de residencia en España para la adquisición de la nacionalidad[49]. ¿Ocurre lo mismo con los solicitantes de protección internacional? ¿Desde qué fecha computamos el tiempo de residencia, que recordemos puede ser de 5 o 10 años? La cuestión ha sido resuelta jurisprudencialmente entendiendo que, a efectos de la concesión de nacionalidad por residencia, el plazo ha de retrotraerse al momento de la solicitud del asilo, y no al de la concesión definitiva, con lo que se ganan para el cómputo todos esos años de provisionalidad[50]. Y tiene sentido porque, entre otras cosas, la dilación en el tiempo no es imputable al interesado sino a la Administración.

---

48 Para un análisis de la normativa de cada uno de estos países puede verse RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), LARA AGUADO, A (dir.), MORENO CORDERO, G. (coord.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1189-1201.

49 Puede ver se como ejemplo la SAN de 19 de septiembre de 2016: "en el supuesto enjuiciado la cuestión se centra en determinar si se considera residencia legal en España la estancia de la recurrente durante el tiempo que estuvo amparado por la estancia por estudios. La respuesta es negativa atendiendo a la normativa de extranjería aplicable al caso de autos constituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que establece en su art. 29-3 que «son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente», por lo que la residencia legal se diferencia nítidamente de la mera «estancia» en general y de la autorización de estancia por estudios en particular, regulada en el art. 33 de la citada norma y que se caracteriza por el hecho de que el fin único o principal es cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación en centros docentes españoles".

50 El principal argumento esgrimido por la jurisprudencia es lo dispuesto en el art. 57.3 de la LRJ-PAC, actual art. 39.3 de la LPAC): "podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o in-

Otro problema común es el relativo a la movilidad de documentos públicos. En efecto, para la adquisición de la nacionalidad por residencia, es necesario aportar una serie de documentación acreditativa de los requisitos exigidos legalmente. Por ejemplo, el pasaporte, el certificado de nacimiento o el certificado de antecedentes penales del país de origen. En ocasiones resultará imposible su aportación y esto no puede implicar, necesariamente, el rechazo de la solicitud de concesión de nacionalidad por razón de residencia, por cuanto habrán de ponderarse, en conjunto, todas las circunstancias que concurran en el solicitante de la nacionalidad, puestas de manifiesto por el mismo, o aportadas de oficio por la Administración[51]. En este sentido hay que hacer referencia a la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia que establece en el anexo relativo a la documentación, que en el caso de los refugiados y apátridas, la documentación expedida por el Ministerio del Interior que acredita esta condición, puede sustituir a la partida de nacimiento y al certificado de antecedentes penales del país de origen, e incluso al pasaporte, en el caso de que el interesado no los tenga[52].

4.2. Especial referencia a los nacionales iberoamericanos

Para intentar en todo momento no desviarme del objeto de estudio, el estado de la cuestión, estoy procurando huir de los casos de laboratorio, ciñéndome al análisis de los problemas reales con los que se encuentran los solicitantes o beneficiarios de protección internacional en su recorrido jurídico-vital una vez que están en España. Para ello he analizado los datos de solicitudes y concesiones de protección internacional de los últimos 5 años y he observado un claro cambio de tendencia desde finales del año 2016. Tal como aparece reflejado en el Informe de actividad 2020 de la Oficina de Asilo y Refugio, la evolución de los conflictos geopolíticos y de la inestabilidad internacional ha transformado a España en el primer destino de los flujos de latinoamericanos. Así, en el año 2020, el 87,4% de los solicitantes de protección internacional provenían de esa región y, actualmente, España es el destino de más del 90% de los venezolanos y colombianos que solicitan protección en el conjunto de Europa, consolidando un modelo de asilo singular y característico de nuestro

---

tereses legítimos de otras personas". Véase, por ejemplo, SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª) de 1 de marzo de 2018, rec. nº 697/2016 y la jurisprudencia en ella citada.

51 STS 2241/2020, Sección 5, Rec 6107/2019, de 9/07/2020. En este caso el TS l Tribunal Supremo ha estimado el recurso presentado por un exteniente argelino que huyó en junio de 1998 desde su país a Ibiza a bordo de un helicóptero militar, y ha reconocido su derecho a obtener la nacionalidad española por razón de residencia.

52 Para un estudio pormenorizado véase, DIAGO DIAGO, P., "Nacionalidad española y los documentos públicos extranjeros", *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 31-60.

país frente a los socios europeos donde las principales nacionalidades de los solicitantes son la siria y la afgana, en Alemania y la haitiana y diferentes países de África, en Francia)[53].

A la vista de estos datos era inevitable preguntarse, en primer lugar, si prevalece el plazo reducido de 2 años de residencia en España por su nacionalidad de origen prevista para los nacionales iberoamericanos o de 5 años por su condición de refugiado. La respuesta, aunque podía parecer obvia ha tenido que ser resuelta jurisprudencialmente: "es de aplicación el plazo de residencia más favorable que resulte de la nacionalidad con independencia de la condición de asilo"[54].

En segundo lugar, surgía otra importante cuestión, a la vista del alto porcentaje de solicitantes de protección internacional que son dobles nacionales venezolano-colombianos, aunque es una cuestión extrapolable a cualquier doble nacional. Y es que las autoridades españolas están denegando la concesión por la posesión de una nacionalidad de un país al que consideran "tercer país seguro". Igual sucede si tenían residencia permanente en un tercer Estado al estimar que la solicitud de protección internacional debió realizarse en dicho país.

¿Cuál es la nacionalidad efectiva? ¿Quién lo decide? ¿Es necesario que se estuviera residiendo en el tercer país o la mera posesión de la nacionalidad es suficiente para denegar la solicitud? Comparto la opinión del sector doctrinal que estima que el mero hecho de provenir de un tercer país no debería implicar la denegación automática de la misma, sino, que debería someterse cada solicitud a un examen individualizado para establecer si se tuvo la obligación o no de solicitar la protección internacional en dicho tercer país y, por tanto, no reconocerle al extranjero el estatuto de refugiado[55].

4.3. Hijos de solicitantes de protección internacional nacidos en España

Una última cuestión a la que me gustaría hacer referencia es la atribución de la nacionalidad española *ex lege* a los hijos nacidos en España de solicitantes o beneficiarios de protección internacional, a pesar de que el país de origen de alguno de sus progenitores les atribuya su nacionalidad. Aunque como

---

53 Informe de actividad 2020 de la Oficina de Asilo y Refugio. Subdirección General de Protección Internacional. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642012/13627870/Informe_actividad_OAR_2020.pdf/82150d7b-90df-4c34-8bc3-75b16f4bd6dd

54 *Vid.*, entre otras SAN de 2 de abril de 2014, Rec. 784/2013.

55 OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "El concepto de "país seguro" y otros dispositivos restrictivos del derecho de asilo en España y la Unión Europea", *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* núm. 1, 2016, pp. 435-486; SOLER GARCÍA, C., "¿La noción de «país seguro» es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 559-600.

propuesta de *lege ferenda* considero que debería existir una previsión específica en este sentido, actualmente no es así. Han de acogerse a las reglas generales: los hijos de solicitantes de asilo nacidos en España solo tienen la posibilidad de adquirir la nacionalidad española o bien por opción, si sus padres la han adquirido a su vez y están bajo su patria potestad (art. 20.1 a CC), o bien por residencia de un año, al haber nacido en territorio español (art. 22.2 a CC).

No obstante, como venimos poniendo de relieve, las estadísticas traslucen que los nacionales venezolanos y colombianos son los que más solicitudes de protección internacional presentan[56]. Por eso me parece interesante analizar las especificidades con respecto a la atribución de la nacionalidad española a sus hijos nacidos en España.

Actualmente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17.1 c del CC, al nacido en España se le atribuye la nacionalidad española, aunque sus padres sean extranjeros, solo en algunos supuestos. Entre otros, si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. El carácter subsidiario de esta atribución implica demostrar que el ordenamiento jurídico extranjero no concede la nacionalidad. Tiene que tratarse de una situación de apatridia originaria, sin importar que el nacido pueda en un futuro adquirir la nacionalidad de sus padres[57].

Entre los países que no atribuyen la nacionalidad a los hijos de sus nacionales nacidos en el extranjero, brillan con luz propia algunos países latinoamericanos, de los que podemos destacar, precisamente, Venezuela y Colombia[58]. En efecto, las legislaciones de estos países no atribuyen *ex lege* la nacionalidad a los nacidos en el extranjero, sino que exigen un requisito adicional a los progenitores: la inscripción del nacimiento en el Registro Civil consular. Por

---

56 Según los datos provisionales acumulados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2021, de la Subsecretaría del interior y la Dirección General de política interior, se presentaron 65.404 solicitudes de protección internacional. De ellas, la mayoría eran de los siguientes países de origen de los solicitantes por este orden: Venezuela (15.995), Colombia (11.567), Marruecos (6.536), Mali (4.647) y Senegal (3.198).

57 *Vid.* MOYA ESCUDERO, M., "Doble nacionalidad del nacido en España de progenitor español y extranjero", *Plurinacionalidad y Derecho internacional priado de familia y sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 39-86.

58 En concreto en el caso de Venezuela, el art. 9 de la Ley de nacionalidad y ciudadanía de 1 de julio de 2004, Gaceta oficial nº 37.971, de 1 de julio de 2004. Establece que se atribuye la nacionalidad venezolana por *ius sanguinis* a los nacidos fuera de territorio venezolano de padre o madre por nacimiento, siempre que manifiesten su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana MORENO CORDERO, G, "Derecho de nacionalidad en Venezuela", RUEDA VALDIVIA, R. (dir.), LARA AGUADO, A (dir.), MORENO CORDERO, G. (coord.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1189-1201. En Colombia, véase el art. 96 Constitución Política de Colombia de 1991., actualizada a fecha 2016 (Edición especial preparada por la Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Centro de Documentación Judicial y la Biblioteca Enrique Low Murtra; http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf). Vid. ORTIZ VIDAL, M. D., "Derecho de nacionalidad en Colombia", en Normativas de nacionalidad…, op. cit., pp. 320-322.

tanto, es la inscripción lo que realmente otorga la nacionalidad, y es algo que no suelen hacer, lo que ha generado un debate acerca de si esta práctica constituye o no un fraude de ley, debate en el que no voy a entrar porque fue zanjado por la DGRN en el año 2007[59].

Por tanto, los hijos de padres colombianos o venezolanos serán españoles desde su nacimiento, independientemente de la situación administrativa de sus progenitores, sean solicitantes o beneficiarios de protección internacional, de una autorización de residencia por razones humanitarias, residentes legales del régimen general o se encuentren en situación irregular.

Sin embargo, y a pesar de la normativa sobre atribución de la nacionalidad española que acabamos de analizar, hay ciertos datos estadísticos que no podemos pasar por alto. En lo que nos afecta, sabemos que entre el 1 de enero de 2015 y 30 de marzo de 2021 ha habido 145 resoluciones sobre solicitudes de protección internacional formalizadas por niños menores de 18 años y 199 formalizadas por niñas. Entre estas últimas la que más llama la atención es que la mayoría de las solicitudes de protección internacional son realizadas por bebés de 0 años (50) calificadas en las estadísticas como venezolanas, casi todas (44) presentadas de enero a marzo del año 2021[60].

El hecho de que se hayan presentado las solicitudes de estos bebés de 0 años en su mayoría en el primer trimestre del año 2021, en período de pandemia y cierre de fronteras, nos hace pensar que nacieron en España. En el caso de que hubiesen nacido en España, habría que plantearse si realmente son venezolanas o sí son españolas que están siendo erróneamente clasificadas como extranjeras y por tanto conducidas a un periplo burocrático y documental que podría ser totalmente innecesario, y, lo que es más, podría otorgar a los progenitores las ventajas de tener un hijo español[61]. ¿Cuáles serían estas ventajas?

---

59 LA DGRN considera que, cuando los hijos de extranjeros nacidos en España no adquieren por el mero hecho del nacimiento sino por un acto posterior la nacionalidad extranjera, se da una situación de apatridia originaria "sin importar que pueda adquirirse más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de la nacionalidad atribuida *ex lege* en el momento del nacimiento". Doctrina que ya sentó la DGRN en la Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2007) y que sigue utilizando en la actualidad, como ejemplo la RDGRN de 11 de abril de 2020, BMJ, año LXXV, junio 2021, núm. 2.241.

60 Información obtenida por la Dra. L. SERRANO SÁNCHEZ previa consulta a través del Portal de Transparencia el 9 de abril de 2021, facilitada por la Dirección General de Política interior. La consulta fue la siguiente: "número de niñas y adolescentes extranjeras no acompañadas solicitantes de asilo y a las que se les deniega, o concede el asilo, diferenciando entre refugiada o beneficiara de protección subsidiaria en el periodo 2015-2021".

61 Hay que tener en cuenta que, aunque he señalado que a tenor de los preceptuado en el art. 17.1 c) CC, se atribuye la nacionalidad española al menor en estos casos *ex lege*, la prueba de que

En la materia que se está analizando, puede suponer un beneficio en caso de denegación de la protección internacional a efectos de estar documentados y poder residir en España de manera regular. Hay dos posibilidades. La primera es incluirlos en el régimen comunitario como ascendientes de español. Hasta febrero de 2020 esta solución era inviable por no estar los progenitores "a cargo" del bebé, sino al contrario. Pero la Instrucción Dirección General de Migraciones de febrero de 2020, 8/2020, ha abierto esta posibilidad (implementando la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Zhu-Chen*, aunque sea 16 años después)[62]. Eso sí, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 7 RD 240/2007. En concreto, se destaca la necesidad de acreditar para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, sin que esta disposición de recursos suficientes implique la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia. La segunda posibilidad es la solicitud de una autorización por circunstancias excepcionales por arraigo familiar, para cuya obtención los únicos requisitos son: ser padre o madre de un menor de nacionalidad española y no tener antecedentes penales (art. 124.3 RLOE). En ambos supuestos se documentaría a los ascendientes del nacional español, si bien, en el primer caso con una tarjeta de familiar de comunitario y en el otro con una autorización de residencia del régimen general de extranjería, con las enormes diferencias que ello conlleva.

5. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este trabajo era realizar una radiografía realista de las dificultades jurídico-documentales a las que se enfrenta el solicitante de protección internacional en España. Con esta pretensión se ha procedido a un análisis de la jurisprudencia más reciente y de los últimos datos estadísticos para hacer emerger el estado de la cuestión en los ámbitos estudiados.

Así, con respecto a las consecuencias jurídico-documentales de la solicitud, se ha puesto de relieve la especial vulnerabilidad de los solicitantes en relación a la precarización laboral a causa de la prolongación en el tiempo de los procedimientos de protección internacional, vulnerabilidad que se torna

---

la posee no es sencilla. En efecto, en el certificado de nacimiento del menor no consta su nacionalidad, por lo que al solicitar la expedición del DNI en muchos casos puede ser denegada. En estos supuestos habrá que instar ante el Encargado del RC un expediente de declaración e nacionalidad con valor de simple presunción. Y aunque se trata de una presunción *iuris tantum*, con la declaración se consigue una anotación marginal a la inscripción de nacimiento (art. 92 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, de 22/07/2011).

62 STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004, Asunto C-200/02.

desesperación si la solicitud es denegada. Por ello se han analizado los posibles recursos que pueden interponerse y la opción de compatibilizar en el tiempo la solicitud de protección internacional con una autorización de residencia por circunstancias excepcionales que podría evitar la salida de España.

También se han puesto de manifiesto las importantes diferencias en los derechos que confiere la concesión del estatuto de refugiado, protección subsidiaria o de una autorización de residencia por razones humanitarias, en relación al mantenimiento de la unidad familiar y a la adquisición de la nacionalidad española.

No obstante, en el primer caso, la línea que separa los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de los estatutos se diluye. En efecto, la falta de desarrollo reglamentario de la LO 12/2009 y los conceptos jurídicos indeterminados que contiene, llevan en ocasiones a la aplicación por analogía de lo previsto en el régimen general, lo que supone una merma de derechos injustificada para los beneficiarios de protección internacional.

Para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, la concesión de uno u otro estatuto sí es, en principio, una cuestión relevante, ya que el único privilegiado con un plazo de residencia reducido de 5 años sería el que ostente el estatuto de refugiado. Pero, independientemente de las prerrogativas con las que pueda contar en este ámbito, hay problemas comunes, como el comienzo del cómputo del plazo de residencia, la imposibilidad de acreditación documental de los requisitos exigidos o las denegaciones a los dobles nacionales por estimar que podrían realizar la solicitud en un "tercer país seguro".

Especial referencia se ha realizado a los hijos de solicitantes de protección internacional nacidos en España, para los que considero como propuesta *de lege ferenda* que debería existir una previsión específica en la legislación sobre atribución *ex lege* de la nacionalidad española. En consonancia con lo que traslucen las estadísticas analizadas, se ha hecho un estudio particularizado de los hijos de nacionales venezolanos y colombianos nacidos en España y de las especificidades con respecto a la atribución de la nacionalidad española que presentan estos supuestos.

En definitiva, y tal como adelantaba en las primeras páginas, mi pretensión era analizar el estado de la cuestión, evidenciando que las realidades a las que se enfrentan los solicitantes de protección internacional en España han de ser estudiadas desde una perspectiva multidisciplinar. Y creo que esta toma de conciencia desde el ámbito universitario (docente e investigador) puede contribuir a la consecución del objetivo planteado en estas XXIX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales: "realizar cambios sustanciales en las dinámicas de funcionamiento de nuestras sociedades".

QUEDARSE ATRÁS. REFUGIADOS Y SUBJETIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SÍLVIA MORGADES GIL[1]

"No one will be left behind" /
"Nadie se quedará atrás"[2]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS ODS EN LA DECLARACIÓN DE NUEVA YORK PARA LOS REFUGIADOS Y LOS MIGRANTES Y EL PACTO MUNDIAL SOBRE LOS REFUGIADOS. 3. LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN DERECHO INTERNACIONAL Y EN DERECHO EUROPEO. 3.1. EN DERECHO INTERNACIONAL. 3.2. EN DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. DERECHOS Y DEMANDAS: VACILACIONES DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. 4.1. DERECHOS DE LOS REFUGIADOS: SUBJETIVIDAD ESTÁTICA COMO CAPACIDAD PARA SER TITULAR DE DERECHOS EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. *4.1.1. En Derecho internacional. 4.1.2. En Derecho de la Unión Europea.* 4.2. DEMANDAS DE LOS REFUGIADOS: LA SUBJETIVIDAD DINÁMICA DE LOS REFUGIADOS O LA CAPACIDAD DE HACER EFECTIVOS DERECHOS SUBJETIVOS ANTE TRIBUNALES. *4.2.1. Previsiones sobre el derecho a recurrir en el Derecho primario. 4.2.2. Efectividad de los derechos de los refugiados en el Derecho institucional.* 5. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Que *nadie se quede atrás* en la aplicación de la Agenda 2030 es uno de los compromisos significativos que se incluía en la Resolución 70/1 de septiembre de 2015 de la Asamblea General en la que se aprobaba el programa a seguir en los siguientes quince años. Por ello y para ello se mencionaba en tres ocasiones a los refugiados. La primera para recogerles en el conjunto de personas vulnerables con más riesgo de ser excluidas:

"Es necesario empoderar a las personas vulnerables. Por ello, esta Agenda refleja las necesidades de todos los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad (más del 80% de las cuales viven en la pobreza), las personas que

---

1 Profesora agregada Serra Hunter de Derecho internacional público en la Universitat Pompeu Fabra (silvia.morgades@upf.edu). Miembro de los grupos de investigación *Orbis*-UPF y GRITIM-UPF.

2 Esta expresión aparece en estos términos (en futuro) en el preámbulo y en los párrafos 4 y 26; y en términos parecidos (en presente de subjuntivo) en otros dos párrafos, 48 y 72 del documento titulado "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" aprobado en la Resolución de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015 A/RES/70/1.

viven con el VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, entre otros."[3]

La segunda y tercera, para exhortar el pleno respeto de los derechos humanos y la dispensación de un trato humanitario a los migrantes independientemente de su estatus migratorio, es decir, incluyendo a refugiados y desplazados[4]. A pesar de ello, ninguno de los doscientos treinta y un indicadores del marco de indicadores mundiales que fueron adoptados con posterioridad para medir los progresos en el cumplimiento de los ciento sesenta y nueve objetivos contemplaba o incluso mencionaba a los refugiados[5]. El ACNUR consideró que ello reducía la visibilidad de los migrantes forzosos como personas vulnerables en la Agenda 2030[6]. Más tarde, en el Grupo Interinstitucional de expertos para los ODS, teniendo en cuenta el crecimiento sostenido en el tiempo y significativo de las migraciones forzosas en ese mismo año y en los siguientes, se reconoció un indicador adicional sobre los refugiados, que fue aprobado por la Comisión de Estadística de las NU en marzo de 2020[7]: Indicador 10.7.4. *Proporción de la población que es refugiada, por país de origen*[8].

Aunque la cuestión de los refugiados ha sido objeto de interés de la comunidad internacional desde antes de la adopción de la Convención de Ginebra de 1951 y de la creación del ACNUR, sin duda, las crisis migratorias en el Mediterráneo desde la primavera de 2015 hasta el verano de 2016 contribuyeron a volver a poner la cuestión sobre el tablero de prioridades. La Declaración de Nueva York de 2016 para los refugiados y los migrantes; los dos Pactos Mundiales de 2018, uno para la migración segura, ordenada y regular y el otro sobre los refugiados; y los procesos que se asociaron a la consecución de sus objetivos están relacionados y materialmente vinculados con la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, en especial, con el Objetivo 10: Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.

Teniendo en cuenta esta particular y tardía toma en consideración de los refugiados en la realización de la Agenda 2030, en este trabajo se ha querido echar un poco la vista atrás para analizar qué posición ocupan los refugiados en el Derecho internacional y en el Derecho de la Unión Europea (UE). Se parte de la hipótesis de que en el contexto actual existen razones suficientes

---

3 Párrafo 23 A/RES/70/1.

4 Párrafo 29 A/RES/70/1.

5 A/RES/71/313 (2017)

6 ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2019*, Ginebra, junio de 2020, p. 26.

7 Consejo Económico y Social, Informe del Grupo Interinstitucional y de Expertos sobre los Indicadores de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, E/CN.3/2020/2<https://unstats.un.org/unsd/statcom/51st-session/documents/> p. 19.

8 Se calcula del modo siguiente: [Número de refugiados por país de origen al final del ano/(Población del país de origen al final del año + número de refugiados por país de origen al final del año)]* 100.000. ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2019*, Ginebra, junio de 2020, p. 26.

para considerar a los refugiados como sujetos de Derecho internacional y, por tanto, también de Derecho de la UE. Ello no obstante, en el derecho europeo esta consideración ha resultado ser más errática debido a la incorporación reciente de la política de asilo como subordinada a la consecución de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Desde nuestro punto de vista, la toma en consideración de los refugiados como sujetos impone una aproximación al reto de los movimientos forzosos de población mucho más centrada en soluciones que les impliquen a ellos mismos (y a los estados seguros de acogida) en la búsqueda de un lugar en el que tener una vida decente libre de persecución y amenazas a la integridad y a la libertad personal. La subjetividad de los refugiados es sin duda una cuestión que permitirá arrojar una nueva visión sobre los déficits tanto del régimen internacional como europeo de la protección internacional que la Agenda 2030 y el Pacto mundial sobre los refugiados pretenden empezar a resolver.

En la primera parte del trabajo se analizará la relación entre los ODS, los refugiados y los procesos normativos recientes que renuevan la aproximación de la comunidad internacional a estos últimos a partir, principalmente, de la Declaración de Nueva York para los refugiados y los migrantes y el Pacto Mundial sobre los refugiados. En segundo lugar, se examinará la posición de los refugiados en Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea, como actores, participantes y sujetos. En tercer lugar se analizaran las dimensiones estática y dinámica de la subjetividad en estos dos sistemas normativos. Finalmente, se ofrecerán algunas reflexiones finales a modo de conclusión.

2. LOS ODS EN LA DECLARACIÓN DE NUEVA YORK PARA LOS REFUGIADOS Y LOS MIGRANTES Y EL PACTO MUNDIAL SOBRE LOS REFUGIADOS

En la Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", como se ha apuntado, se mencionan en tres ocasiones a los "refugiados", todas ellas en el apartado "La nueva agenda" de la *Declaración*, antes de *ODS y metas*. En el párrafo 23 los *refugiados* forman parte de todo un conjunto de personas consideradas como vulnerables de los que se dice que la agenda "refleja las necesidades". En el párrafo 29 se mencionan dos veces a los refugiados en relación con el respeto pleno de los derechos humanos, el "trato humanitario" que deberían recibir, y el fortalecimiento de la resiliencia de las comunidades que les acogen a partir de la cooperación internacional.

2015, el año de la aprobación de la Agenda 2030, fue un año especialmente complicado en cuanto a migraciones forzosas. En Europa, las políticas de

desterritorialización y externalización de los controles migratorios[9], sumadas a la saturación en la acogida de refugiados en la región de Oriente Medio llevaron a una situación en que grandes cantidades de personas desbordaron las capacidades de control y acogida de Grecia en su tránsito desde Turquía. De algún modo esa situación revelaba un fracaso europeo en la gestión de las migraciones en el punto de llegada, pero también reveló un fracaso de la comunidad internacional en relación con la situación en los puntos de partida y respecto de las causas más inmediatas de estos flujos: Los conflictos en Siria y en otros países hacían aumentar significativamente las cifras de migrantes forzosos desde principios de siglo hasta alcanzar en 2020 la cifra de 82,4 millones de personas, de las cuales, 26,4 eran refugiadas según el ACNUR[10]. En dos décadas la cifra de migrantes ha aumentado en casi un 50%[11] cuando, en tan solo diez años, la cifra de migrantes forzosos o personas con necesidad de protección se ha duplicado[12]. En 2015 la cifra de migrantes forzosos era de 65,6 millones, la más alta desde la Segunda Guerra Mundial[13]. Estas cifras que simbólicamente evocaban las mayores deportaciones y desplazamientos del siglo XX supusieron un toque de atención, y la Comunidad internacional se emplazó el mismo año en que se adoptaba la Agenda 2030 a tratar la cuestión de los desplazamientos de población que empezó a ocupar un papel en la agenda internacional. El 19 de septiembre de 2016 se adoptó la Declaración de Nueva York para los refugiados y los Migrantes[14], que a su vez suponía un nuevo emplazamiento para la adopción de lo que finalmente fueron dos Pactos Mundiales, entre los cuales el Pacto Mundial sobre los refugiados[15].

La Agenda 2030 y el Pacto Mundial sobre los refugiados son complementarios. El Pacto actúa indirectamente como instrumento de la Agenda en relación con personas identificadas en ella como vulnerables y respecto de quienes deben tomarse medidas para la realización de los ODS de la Agenda. En cierto modo, con la Declaración de Nueva York de 2016 y los dos Pactos Mundiales 2018, las migraciones y, entre ellas, las migraciones forzosas han reaparecido como objeto de preocupación (y de regulación) de la comunidad internacional.

---

9 DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, "Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls", *Paix et Securite Internationales*, núm. 7, 2019, pp. 117-160.

10 ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2020*, Ginebra, junio de 2021, p.2.

11 OIM, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Ginebra, 2019, p.23.

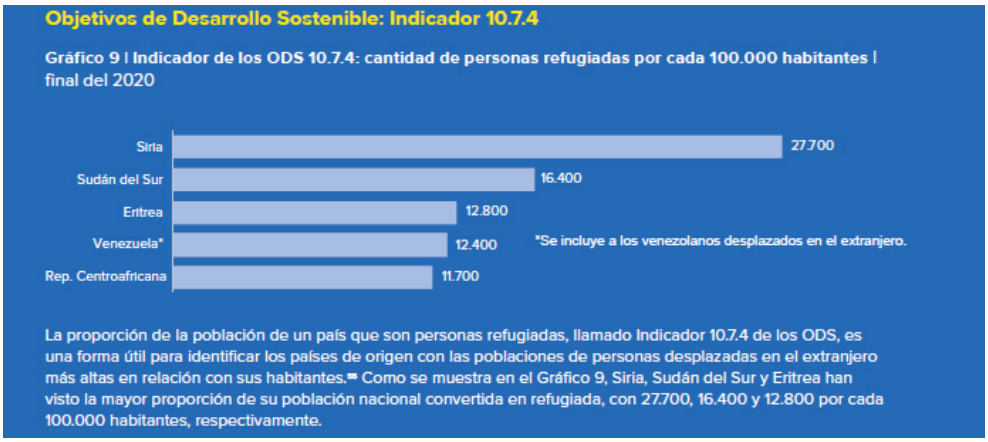
12 ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado 2020*, Ginebra, 2021, p. 6.

13 ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015*, Ginebra, junio de 2016, p.2.

14 Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución aprobada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016. A/RES/71/1*, 3 de octubre de 2016.

15 Pacto Mundial sobre los refugiados, Resolución sobre el ACNUR de la Asamblea General de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/151, que afirma el pacto tal y como figura en A/73/12 (Part II)*.

El ACNUR se encarga de hacer una supervisión periódica del indicador 10.7.4. *Proporción de la población que es refugiada, por país de origen* y publica sus informes periódicamente. Así en el último documento de Tendencias Globales, publicado en junio de 2021, el indicador daba como resultado unas cifras para nada optimistas desde el punto de vista del cumplimiento del ODS 10 en relación con los refugiados[16]:



3. LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN DERECHO INTERNACIONAL Y EN DERECHO EUROPEO

En este apartado se consideraran algunas ideas sobre la discusión acerca de la subjetividad internacional de los individuos y, como subcategoría con algunas particularidades, de los refugiados, en Derecho internacional y en Derecho de la Unión Europea. Esta discusión se ha centrado especialmente en su dimensión estática, es decir, en la consideración de los derechos de los que son titulares las personas. Se defenderá que la subjetividad internacional de los refugiados incorpora una dimensión dinámica adicional a la de la consideración de sus derechos.

3.1. En Derecho internacional

La posición de los individuos en Derecho internacional empezó a pasar de *objeto* a *sujeto* hacia mediados del siglo XX, con el reconocimiento en Derecho internacional de derechos de los cuales eran titulares, que a su vez estaban fundamentados en la idea de que existen derechos humanos inalienables más

16 ACNUR, *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2020*, Ginebra, junio de 2021, p.18.

allá de la misma existencia de estados o independientemente de cualquier ordenamiento jurídico[17].

Es posible distinguir entre la atribución directa de derechos y obligaciones en Derecho internacional, que sería la *capacidad* o *personalidad jurídica*, y la posibilidad de ejercer efectivamente esos derechos que es la *plena capacidad de obrar*[18]. Y esa distinción entre personalidad jurídica (como titular de derechos) y capacidad jurídica (como legitimación activa ante instituciones de control) y la falta de correspondencia entre ambas lleva al argumento de que los individuos tienen una *posición subjetiva especial* en Derecho internacional[19]. De algún modo, las categorizaciones más al uso permanecen aferradas a la tensión binaria entre *sujetos* y *objetos*, unos en oposición a los otros. Escapando un poco de ella, más recientemente se ha desarrollado una aproximación alternativa que parte de la idea de *participantes* en el proceso de formación normativa y que defiende que la realidad ha superado en este ámbito la dicotomía sujeto/objeto[20]. Existen muchos más participantes en Derecho internacional que sujetos porque "muy diversas entidades se comprometen en la actividad internacional" independientemente de su calificación como sujetos en ese contexto[21]. No se trata de si los individuos "*deberían* ser autorizados a participar. Están participando (ya)"[22].

Tres son las principales opciones, a partir de este aspecto más dinámico[23]:

a) La primera opción tendría dos modalidades: La subjetividad internacional es bien una *aptitud pasiva a priori* para ser titular de derechos u obligaciones en Derecho internacional[24], previa al reconocimiento o la

---

17 LAUTERPACHT, HERSH, *An International Bill of the Rights of Man*, New York, Columbia University Press, 1945, p. 22.

18 RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 6ª ed., Tecnos, 2006, p. 129.

19 MOSLER, HERMANN, "Subjects of international law", *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Max Plank Institute, 1984, pp. 457-458.

20 HIGGINS, ROSALYN, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press (OUP), 1994, p. 49. Exploran la categoría de participantes: URUEÑA, RÉNÉ, *No Citizens Here: Global Subjects and Participation in International Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2012; d'Aspremont, Jean (ed.), *Participants in the International Legal System. Multiple perspectives on non-state actors in International law*, London-New York, Routledge, 2011.

21 MCCORQUODALE, ROBERT, "The Individual and the International Legal System", EVANS, MALCOLM D. (ed.) *International Law*, Oxford, OUP, 2003, pp. 299-325, p. 303.

22 REISMAN, W. MICHAEL, "The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment", *R. des C.* 351 (2010), Maubeuge (Francia), All-Pocket, 2013, p. 284.

23 CHAVEA, NATALIA, "La personnalité internationale de l'individu, condition de son accès aux juridictions internationales?", en Kamto, Maurice; Tyagi, Yogesh, *The Access of Individuals to International Justice/ L'accès de l'individu à a justice internationale*, Leiden, Boston, Brill, 2019, pp. 137-175, pp. 143-148.

24 *Ibidem*, p. 148. COMBACAU, JEAN ; SERGE SUR, *Droit International Public*, Paris, Montchrestien, 10ª ed. 2012, p. 316.

atribución de éstos[25]; o bien es el resultado *a posteriori* de la atribución de tales derechos u obligaciones[26], es decir, la personalidad jurídica internacional se construye a partir de éstos[27].

b) La segunda opción sería que la subjetividad internacional significa tener derechos y obligaciones y la capacidad de ejercerlos ante tribunales internacionales[28] o internos.

c) Y, finalmente, los sujetos en Derecho internacional son quienes tengan plena capacidad de participación en el proceso de adopción de normas y, por ello, con capacidad para crear nuevos instrumentos jurídicos, es decir, son los estados.

Y tres son los aspectos que se tienen en cuenta para considerar la personalidad jurídica:

1. La capacidad de ser titular de derechos y obligaciones en virtud del Derecho internacional.
2. La capacidad de tener acceso a cortes y tribunales para hacerlos efectivos.
3. La capacidad de participar en actividades como la producción normativa.

Los dos últimos aspectos toman en consideración la actividad de los individuos en el Derecho internacional, es decir, su personalidad jurídica *en acción*. El tercer elemento es el más independiente del consentimiento de los estados, aunque también de la idea de derechos y obligaciones y de *subjetividad*[29]. En esta ponencia se defiende que los individuos son sujetos de Derecho

---

25 PETERS, ANNE, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 58-59; Peters, Anne, "Membership in the Global Constitutional Community", en KLABBERS, JAN; ANNE PETERS, GEIR ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford Scholarship *Online*, 2010, pp. 153-262, pp. 158-159.

26 KJELDGAARD-PEDERSEN, ASTRID, "Global Constitutionalism and the International Legal Personality of the Individual", *Netherlands International Law Review*, 2019, doi.org/10.1007/s40802-019-00140-8, párr.2.2.

27 KELSEN, HANS, "Théorie du droit International public", *R. des C.* 84, (1953 III), p. 66; REUTER, PAUL, *Droit international public*, 7ª ed., Paris, PUF, 1993, pp. 235.

28 COHEN-JONATHAN, GÉRARD, "L'individu comme sujet de droit international –droit international des contrats et droit international des droits de l'homme", en COHEN-JONATHAN, GÉRARD et al. (dir.), *Mélanges Paul Amselek*, Brussels, Buylant, 2005, pp. 223-260, p. 224: "un individu peut être considéré comme un sujet de droit international, certes de manière limitée et relative, si ses droits et obligations sont définis par le droit international et s'il peut immédiatement s'en prévaloir ou en être directement responsable sur le plan international en principe devant un organe international indépendant".

29 "Tout sujet de droit (...) exerce aussi à des degrés variables, mais jamais nuls, une fonction de création juridique dans la mesure où toute norme engendre nécessairement, pour la réalisa-

internacional porque son titulares de derechos y obligaciones de acuerdo con este ordenamiento jurídico que pueden ser reclamados y defendidos ante los tribunales. La capacidad de participar en juicios para hacer efectivos los propios derechos tiene impacto en la subjetividad porque decodifica su dimensión dinámica. En este contexto, plantearse la posición de los refugiados en Derecho internacional supone partir de la contradicción señalada por Hanna Arendt inherente a, por una parte, defender los derechos humanos como universales, a la vez que hacer depender su efectividad de la protección que ofrezcan los estados en sede interna o a través de instrumentos internacionales de control respecto de los cuales hayan consentido[30]. Desde nuestro punto de vista, y desde la perspectiva de la realización del ODS núm. 10 que aboga por la reducción de las desigualdades, tiene sentido plantearse si los refugiados son considerados como objetos y, por tanto, beneficiarios de las normas internacionales en relaciones interestatales o si, por el contrario, son sujetos del sistema jurídico internacional[31]. Considerarles como sujetos supone poner el acento en su capacidad de actuar y de participar en el entorno internacional, así como también su capacidad de exigir la satisfacción de los derechos reconocidos por el Derecho internacional. Esta dimensión autónoma y dinámica de la personalidad se refuerza al considerarles como sujetos, quizás vulnerables, pero sujetos, en búsqueda de un lugar seguro para desarrollar un proyecto de vida digna y, por ello, en tránsito hacia la igualdad con otros individuos.

Ciertos autores defienden que los refugiados obtienen una subjetividad internacional limitada de estatutos establecidos en normas convencionales[32]. Los refugiados y las personas apátridas están en una posición particularmente favorable a ser consideradas como sujetos en la medida en que carecen *de jure* y *de facto* de protección por parte del estado de su nacionalidad o

---

tion des droits et des obligations, des actes juridiques posés par le sujet": Reuter, Paul, "Principes de droit international public", *R. des C.*, vol. 103, 1961-II, p. 499.

30 ARENDT, HANNAH, *The Origins of Totalitarism*, San Diego, New York, London, A Harvest/HBJ Book, 1979, "The Perplexities of the Rights of Man" pp. 290-302. También WESTRA, LAURA, "The Case for Asylum Seekers: Reverting to Human Rights", en WESTRA, LAURA, SATVINDER JUSS, JULIO SCOVAZZI, *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, London-New York, Routledge, 2015, pp. 233-269, p. 233.

31 KOURULA, PIRKKO, *Broadening the Edges. Refugee Definition and International Protection Revisited*, The Hague, Boston, London, Martinus Hijhoff Publishers, 1997, p. 5.

32 BALLADORE-PALLIERI, GIORGIO, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1946, pp. 255-257; Miaja de la Muela, Adolfo, *Introducción al Derecho internacional público*, 7ª ed., Madrid, Atlas, 1979, pp. 272-275; CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, *Curso de derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 38-40; DUPUY, PIERRE-MARIE, *Droit international public*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1995, pp. 141-147; PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de derecho internacional público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed. Madrid, Tecnos, 2003, p. 187; REUTER, PAUL, *Droit international public*, 7ª ed., Paris, PUF, 1993, pp. 235-242, *idem*, "Principes de droit international public", *R. des C.*, vol. 103, 1961-II, pp. 502-504.

residencia habitual[33]. Sadruddin Aga Khan decía que los refugiados ya no eran *res nullius* desde la Convención de Ginebra y que gradualmente habían devenido sujetos de Derecho internacional[34]. En esta línea, Franck E. Krenz defendía de forma más radical que desde que el vínculo *de facto* o *de iure* entre una persona y su país se rompe, el régimen internacional de los refugiados reconoce un estatuto internacional a partir del cual puede decirse que los refugiados son *los* sujetos de Derecho internacional *por excelencia*[35]. Considerar a los refugiados como sujetos no supone reconocerles derechos, aunque estos puedan atribuírseles a partir de normas convencionales o consuetudinarias. Así, Oriol Casanovas y La Rosa considera que si refugiados y apátridas gozasen de protección universal, ello indicaría que "una nueva sociedad está naciendo: la humanidad o una comunidad internacional que ha superado el estadio interestatal"[36].

A pesar de que la personalidad jurídica de los refugiados en Derecho internacional esté basada en la capacidad para ser titulares de derechos y en el acceso a tribunales capaces de hacerlos efectivos, también participan en procesos de formación de normas y políticas, y su "voz" también es un "vehículo de expresión de su subjetividad política"[37]. La participación de los refugiados en asuntos de refugiados contrasta con la aproximación más frecuente de tipo caritativo, compasiva, que les trata como víctimas dependientes cuya "capacidad para la autodeterminación y subjetividad política son puestas en cuestión"[38]. Las políticas de disuasión y de criminalización de la migración tienden a negar los derechos de los refugiados, incluso los derechos humanos, y su propia autonomía personal. Esta participación supone un cambio de paradigma favorable al reconocimiento de su subjetividad internacional, y se desarrolló en el proceso iniciado en septiembre de 2016 con la Declaración de Nueva York para refugiados y migrantes que llevó a la adopción del Pacto

---

33 ROUSSEAU, CHARLES, *Droit International public*, vol. II, Paris, Sirey, 1974, p. 774.

34 AGA KHAN, SADRUDDIN, "Legal problems relating to refugees and displaced persons", *R. des C.*, vol. 149, 1976-I, pp. 311-315.

35 KRENZ, FRANCK E., "The refugee as a subject of international law", *ICLQ*, vol. 15-1, 1966, pp. 90-116, pp. 108 and 115. Otros autores consideran a los refugiados como sujetos al no estar *mediatizados* por los estados: DAUVERGNE, CATHERINE, "Refugee law as perpetual crisis", en Juss, Satvinder Singh, Colin Harvey (eds.), *Contemporary Issues on Refugee Law*, Cheltenham, Edward Elgar Pub., 2013, pp. 13-20, p. 23. Considera la subjetividad de los refugiados como una ficción jurídica que oculta la violencia que se ejerce sobre ellos BEHRMAN, SIMON, "Legal Subjectivity and the Refugee", *IJRL*, 26-1, 2014, pp. 1-21.

36 CASANOVAS, ORIOL, "La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés", *R. des C.*, tomo 306, 2003 (2005), pp. 9-176, p. 22.

37 SIGONA, NANDO, "The Politics of Refugee Voices: Representations, Narratives, and Memories", en FIDDIAN-QASMIYEH, ELENA; GIL LOESCHER; KATY LONG; NANDO SIGONA (eds.); *The Oxford Handbook of Refugee & Forced Migration Studies*, Oxford, OUP, 2014, pp. 369-382, p. 371.

38 *Ibidem*, p. 372.

Mundial sobre los Refugiados en 2018[39]. La Declaración de Nueva York establecía en este sentido que todo el proceso para dar una respuesta justa a los retos actuales requería una aproximación multi-actoral en que participaran los refugiados:

"Creemos que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados debe preparar y poner en marcha la respuesta integral para los refugiados en estrecha coordinación con los Estados pertinentes, incluidos los países de acogida, y con la participación de otras entidades competentes de las Naciones Unidas, en cada situación en la que haya grandes desplazamientos de refugiados. Esa respuesta debe incluir la participación de múltiples interesados, a saber, las autoridades nacionales y locales, las organizaciones internacionales, las instituciones financieras internacionales, los asociados de la sociedad civil (entre ellos, organizaciones confesionales, organizaciones de la diáspora y el mundo académico), el sector privado, los medios de comunicación y los propios refugiados"[40].

Algunas organizaciones y grupos llevaron a cabo procesos deliberativos para participar en el proceso iniciado con la Declaración. Así, por ejemplo, el *Network for Refugee Voices* o el *Global Summit of Refugees*, de junio de 2018[41].

3.2. En Derecho de la Unión Europea

En Derecho de la Unión Europea, a diferencia de en Derecho internacional, los individuos no fueron considerados desde el principio como sujetos por derechos que les fueran directamente y expresamente reconocidos, sino precisamente por su rol como participantes en el proceso de integración. Su *subjetivación* fue *funcional* y estaba vinculada a su capacidad para participar en los procesos normativos y de buena administración. El proceso por el cual se consideraron a los individuos como sujetos en Derecho de la UE es el contrario que en Derecho internacional: Primero fueron tomados en consideración como participantes y, más tarde, progresivamente, como titulares de derechos

---

39 Network of Refugee Voices, https://www.networkforrefugeevoices.org; HARLEY, TRISTAN; HARRY HOBBS, "The Meaningful Participation of Refugees in Decision-Making Processes: Questions of law and Polity", *IJRL*, vol. 32, 2020, https://doi.org/10.1093/ijrl/eeaa010, p.15/27.

40 Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución adoptada por la Asamblea General el 19 de septiembre de 2016 (3 de octubre de 2016) UN A/RES/71/1, párr. 69.

41 Organizado por el *Network, the Australian National Committee on Refugee Women*, el *Refugee Council of Australia* y *Independent Diplomat*. El Network es un grupo de refugiados y organizaciones lideradas por refugiados que trabajan para contribuir a procesos y compromisos para reforzar el régimen de protección internacional de los refugiados. Elaboró la "Declaration for Effective and Sustainable Refugee Policy" de 10 de julio de 2017: Network of Refugee Voices https://www.networkforrefugeevoices.org

subjetivos. La creación de derechos subjetivos fue más bien *parte de un accidente* que consistía en el establecimiento del efecto directo del derecho derivado[42]. Así, en *Van Gend and Loos*, el Tribunal de justicia se fundó precisamente en que los individuos (1) participaban en órganos e instituciones comunitarias que a su vez participaban en procesos normativos, y (2) en que eran capaces de demandar la aplicación de las normas comunitarias europeas como titulares de derechos subjetivos de los que no habían sido designados directamente como titulares[43]. La aproximación del Tribunal no estaba basada en un "amplio e indiscriminado uso de la palabra *derecho*" sino al contrario, en la idea de que los derechos individuales eran correlativos a los *deberes* de los estados inscritos en normas de la Comunidad[44].

Los derechos individuales han ido siendo progresivamente considerados desde entonces como derechos autónomos, capaces de fundamentar reclamaciones vinculadas a deberes positivos y negativos de los estados o de las instituciones europeas, desligados de su primigenia funcionalidad como instrumentos para la efectividad del ordenamiento jurídico europeo[45]. Ello no obstante, cuando de obligaciones de los estados se derivan derechos para los individuos cuyos intereses no convergen con los de la UE, como en el caso de los refugiados, han surgido tensiones y reticencias para su reconocimiento y para hacer que puedan ser ejercidos y efectivos, como se verá en el apartado siguiente.

Tras el Tratado de Ámsterdam se empezaron a dar los primeros pasos para la construcción del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, con políticas y normas sobre migración, asilo, y cooperación en asuntos de policía y justicia civil y penal. El estatuto jurídico de nacionales de terceros países pasaba a ser competencia directa de la UE por primera vez. Eso suponía que el concepto de *persona* en la retórica comunitaria recurrente desde *Van Gend en Loos* en relación con los individuos como sujetos al igual que los estados adquiría un nuevo significado. Como se ha mencionado, la construcción de los individuos como sujetos de derecho comunitario se basó en la idea de que sus derechos emanaban indirectamente de normas de derecho derivado, que podían

---

42 "(A) bit of an accident": EILMANSBERGER, THOMAS, "The Relationship between rights and remedies in EC Law: In search of the Missing Link", *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, pp. 1199-1246, p. 1202.

43 TJUE, sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos v Nederlandse Administratis der Belastingen*, asunto 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Rec. 1963, párrs. 3, 12.

44 *Derecho* se utiliza aquí en su "sentido estricto", como correlativo de un *deber* y no como designando un *poder*, una *prerrogativa* o un *privilegio*: HOFFELD, WESLEY NEWCOMB, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 23-4, 1913, pp. 16-59 p. 30-31.

45 WARIN, CATHERINE, *Individual Rights under European Union Law. A study on the relation between rights, obligations and interests in the case law of the Court of Justice*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019, p. 20.

reclamar ante órganos de aplicación, y también en la contribución que estos individuos realizaban a la integración europea con su participación en asuntos europeos a través de órganos e instituciones. *In concreto*, esos "individuos" eran los que posteriormente se considerarían ciudadanos europeos. En el caso de los refugiados, son titulares de derechos establecidos en Derecho de la UE pero no participan en el gobierno ni en los procesos normativos de la Unión. Por ello, en el contexto del Derecho de la UE, se ha considerado que la falta de participación en las instituciones europeas hace que el reconocimiento de derechos con efectos directos a los refugiados les *objetivice* más que en el caso de los ciudadanos[46].

Todo ello hace que la construcción de los refugiados como sujetos de DUE esté fuertemente vinculada a su capacidad para hacer que los derechos que les han sido atribuidos sean efectivos ante los tribunales. El estatuto jurídico de los refugiados como sujetos de DUE depende no solo de los derechos que les sean reconocidos u otorgados sino también de que sean capaces de hacerlos efectivos ante los tribunales. Por este motivo, a continuación se presentaran las dificultades que han encontrado para hacer efectivos sus derechos ante los tribunales internos de los estados europeos.

4. DERECHOS Y DEMANDAS: VACILACIONES DEL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO DE LOS DEMANDANTES DE ASILO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

4.1. Derechos de los refugiados: Subjetividad estática como capacidad para ser titular de derechos en virtud del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea

4.1.1. En Derecho internacional

Como también ocurre en otros ámbitos, el régimen internacional del refugio y el asilo también participa de la "evolución del Derecho internacional de primeramente un sistema de obligaciones interestatales a uno que incluye derechos cuyos titulares son los individuos"[47]. La Convención de Ginebra

---

46 Joseph H.H. Weiler consideraba que "in the context of European governance (the) defective democratic machinery where the individual has far less control over norm creation, direct effect has the paradoxical effect of objectifying him or her": WEILER, JOSEPH H.H., "Revisiting *Van Gend en Loos*: Subjectifying and Objectifying the Individual", en CJEU, *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos 1963-2013, Conference Proceedings, Luxembourg, 13 May 2013*, Luxemburgo, OPUE, 2013, p. 20.

47 WORSTER, WILLIAM THOMAS, "The Contemporary International Law Status of the Right to Receive Asylum", *IJRL*, vol. 26-4, 2014, pp. 477-499, p. 482.

sobre el estatuto de los refugiados de 1951 identifica a individuos respecto de quienes la protección de derechos subjetivos individuales ha dejado de estar asegurada por parte del estado de la nacionalidad (o de la residencia habitual, en el caso de los apátridas) y "proporciona una protección subrogada de derechos humanos básicos"[48]. A pesar de ello, como ha señalado Vincent Chetail la mayoría de sus disposiciones se articulan como obligaciones para los estados en lugar que como derechos directamente reconocidos[49]. Los derechos de los refugiados no están principalmente reconocidos y recogidos en instrumentos específicos del régimen de los refugiados, sino que precisamente este régimen es el que permite que sean protegidos en los refugiados los derechos universales vinculados a su condición de seres humanos y que han ido evolucionando, esencialmente, tras la Declaración Universal en los Pactos de 1966 y una amplia panoplia de convenios, normas y estándares[50]. El fin principal de esta protección es precisamente devolverles la propia capacidad de ser: "Los derechos de los refugiados no son recompensas o bonificaciones; son más bien los medios por los que la comunidad internacional ha acordado devolver a los refugiados la capacidad básica de funcionar dentro de una nueva comunidad. Los derechos establecidos por la Convención son el mínimo necesario para compensar a los refugiados por las discapacidades específicas de la situación a la que les ha sometido la migración involuntaria"[51].

4.1.2. En Derecho de la Unión Europea

En el Derecho de la UE, los refugiados y otras personas protegidas con otros estatutos (protección subsidiaria; protección temporal…) tienen derechos reconocidos en el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y garantizados a través de la normativa armonizada de los estados. Los principales objetivos del SECA tienen relación con la generación directa o indirecta de derechos subjetivos. Por una parte, el SECA trata de armonizar y estandarizar los derechos subjetivos de los demandantes de asilo y personas protegidas en todos los estados miembros para evitar la disparidad en el tratamiento y los incentivos a los movimientos secundarios; por otra, trata de coordinar la

---

48 El derecho de los refugiados es, por tanto, un "remedial or palliative branch of human rights". HATHAWAY, JAMES C., *The rights of refugees under International law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 4.

49 CHETAIL, VINCENT, *International Migration Law*, Oxford: OUP, 2019, p. 177. La Convención de Ginebra no reconocía derechos directamente aplicables a los refugiados, porque carece de un contenido autónomo: CHETAIL, VINCENT, "Les relations entre le droit international privé et le droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre", *Journal du Droit International*, 2014, vol. 141-2, pp. 447-75, p. 454.

50 HARVEY, COLIN, "Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2015, vol. 34, pp. 43-60.

51 HATHAWAY, JAMES C., *The rights of refugees under International law*, p. 107.

función de asilo de los estados participantes en el espacio de libre circulación Schengen de modo que solo uno de ellos examine cada una de las demandas presentadas en el territorio común. Así, los demandantes solo deberían poder tener una única oportunidad de que su petición de protección internacional sea examinada. Existe, por tanto, una distinción entre disposiciones que establecen derechos en que la intención de los participantes en el proceso de formación de las normas era directa o indirectamente reconocer o establecer estos derechos subjetivos; y otras normas destinadas más bien a generar obligaciones para los estados sin que éstas supusieran derechos para los individuos, sino, en su caso, para otros estados. En este último tipo de normas, la intención no era claramente la de conformar derechos subjetivos substantivos. Ello no obstante, cualquier tipo de norma que incida en el estatuto jurídico de una persona será susceptible de generar derechos, si acaso, procedimentales.

En primer lugar, se reconocen o confieren derechos a los refugiados en las tres normas del SECA cuyo objetivo es la armonización del contenido material de los sistemas de asilo de los estados a través de la creación de un *estándar mínimo de trato* para los demandantes de asilo y normas comunes para los procedimientos de asilo (así, en las Directivas sobre calificación o requisitos para protección internacional y sobre el contenido de tal protección[52]; sobre acogida de demandantes de asilo[53]; y de normas comunes sobre procedimientos)[54]. En segundo lugar, derechos pueden derivarse indirectamente del Reglamento *Dublín* sobre la determinación del estado responsable de examinar una demanda de asilo presentada en territorio europeo, es decir, de reglas con propósitos organizativos[55].

---

52 Directiva 2011/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), *DOUE* 20.12.2011, L 337/9-26.

53 Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional., *DOUE* 29.6.2013, L 180/96-116.

54 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, *DOUE* 29.6.2013, L 180/60-95.

55 Reglamento (UE) Nº 604/2013 del Parlamento y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido), *DOUE* 29.6.2013, L 180/31-59.

a) Derechos substantivos

Entre los derechos que se incluyen en las normas de armonización material de los sistemas de protección internacional, es decir, derechos que se derivan bien de obligaciones de los estados, bien de estipulaciones que directamente establecen derechos individuales estarían:

1º. El derecho al asilo, es decir, el derecho a residir en el territorio de un estado miembro del que se benefician los refugiados reconocidos como tales y los beneficiarios de protección subsidiaria[56]. En ambos casos el margen de discrecionalidad de los estados se limita a la valoración acerca de si se dan en cada caso los requisitos objetivos y subjetivos para ser reconocido como refugiado o beneficiario de protección subsidiaria: "el estatuto de refugiado debe concederse a una persona cuando ésta cumple las normas mínimas establecidas por el Derecho de la Unión. (…) los Estados miembros *no disponen de ninguna facultad discrecional* a ese efecto"[57].

2º. Todos los derechos que comprenden el estatuto de beneficiario de protección internacional y que son correlativos a deberes de los estados: el derecho a la no discriminación; de acceso a los tribunales; de acceso a la información; de acceder al sistema de educación en el caso de los niños; de acceder al sistema de sanidad en las mismas condiciones que los nacionales, etc[58].

3º. Los derechos que implican la garantía de un estándar mínimo de subsistencia coherente con la idea de dignidad humana que debe ser preservado en cualquier circunstancia: protección contra el hambre; acceso a agua; o acceso a medicinas esenciales[59]. La Directiva establece un *estándar mínimo europeo* de acogida que debe ser interpretado de conformidad con los derechos humanos. Según el Comité de derechos económicos sociales y culturales esos derechos "son obligaciones básicas del Estado y, por consiguiente, no deben verse limitadas por motivos de nacionalidad o condición jurídica"[60]. El Comité incluye claramente a los refugiados como beneficiarios de estos derechos,

---

56 Artículos 13 y 18 de la Directiva 2011/95/UE.

57 TJUE, sentencia de 24 de junio de 2015, *H.T.*, C-373/13, ECLI:EU:C:2015:413, párr. 63; TJUE, sentencia de 29 de julio de 2019, *Alekszij Torubarov*, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 párr. 50 (cursivas añadidas).

58 En su mayoría previstos en la Directiva 2011/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011.

59 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración *Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/C.12/2017/1, 13.3.2017, párr. 9 (cursivas añadidas).

60 *Ibidem.* Además "las obligaciones esenciales son inderogables, no se extinguen en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural": Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: la pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/2001/10, 10.5.2001, párr. 18.

inclusive en situaciones de flujos masivos. El núcleo de las condiciones de acogida de los demandantes de asilo se establece en el Capítulo II de la Directiva UE sobre acogida, a pesar de que sus disposiciones estén redactadas en términos de obligaciones estatales. El estándar europeo es claramente más protector de los derechos de los refugiados que el estándar general en dos aspectos específicos: primero, en relación con las medidas de detención de los demandantes de asilo[61]; y, segundo, en relación con las condiciones materiales de la acogida que deben asegurar un *estándar de vida adecuado* que debe ser interpretado como comportando el cumplimiento del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes garantizado por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 4 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE[62].

b) Derechos procedimentales

Los refugiados son titulares de derechos procedimentales que resultan directamente de normas aplicables a los procedimientos de protección internacional e, indirectamente, de la coordinación de los sistemas de asilo de los estados, es decir del sistema *de Dublín*. El núcleo de derechos procedimentales se establece en el Capítulo II de la Directiva de procedimientos y son correlativos de obligaciones estatales: (1) el derecho de acceso a un procedimiento de protección internacional; (2) el derecho a recibir información; (3) el derecho a permanecer en el estado de acogida durante el examen de la solicitud de protección; y (4) los derechos que emanan de los requisitos para el examen de las solicitudes y que deben cumplir las decisiones que la autoridad competente debe tomar[63]. A este respecto, por ejemplo, el Tribunal de justicia ha establecido que los refugiados y demandantes de asilo benefician del derecho a que su demanda sea considerada como inadmisible *únicamente* si concurre una de las cinco situaciones establecidas en el artículo 33 de la Directiva 2013/32/EU[64].

A pesar de que el sistema de Dublín no estaba diseñado para otorgar derechos directamente a los demandantes de asilo, se planteó si éstos podían obtener a partir de sus disposiciones el derecho a acceder al procedimiento de protección internacional en un estado en concreto, de acuerdo con las

---

61 European Law Institute (ELI), *Detention of Asylum Seekers and Irregular Migrants and the Rule of Law. Statement*, Viena, ELI, 2017, pp. 74-75.

62 Por ejemplo, TEDH sentencia de 21 de enero de 2011 *M.S.S. v Belgium and Greece* [GC], ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, párr. 254, en donde se establece la *most extreme poverty* como umbral; así como también TJUE, sentencias de 19 de marzo de 2019, *Abubacarr Jawo*, C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218; y *Bashar Ibrahim et al.*, C-297/17, C-318/17, C-319/17, C-438/1, ECLI:EU:C:2019:219.

63 Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013.

64 TJUE, sentencia de 14 de mayo de 2020, *FMS-FNZ/SA-SA junior*, C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367.

normas organizativas y de coordinación de los sistemas de asilo estatales que, aparentemente, contenían únicamente obligaciones interestatales. A partir de que (a) los refugiados tienen el derecho de acceder a un procedimiento apto para determinar su estatuto y que (b) son aplicables unos criterios para determinar qué estado en concreto será el encargado de examinar cada demanda de asilo, resulta que los demandantes de asilo deberían poder gozar del derecho a que su demanda fuese examinada por el estado identificado como *responsable* de hacerlo en las normas *Dublín*. A pesar de que esta interpretación es coherente con la doctrina *Van Gend and Loos*[65], el Tribunal de justicia se apartó de ella en diversas ocasiones durante la primera fase del SECA[66]. Esta aproximación restrictiva revelaba que los demandantes de asilo eran considerados en primera instancia como objetos de regulación potencialmente perturbadores del espacio Schengen más que como sujetos, lo que resulta coherente con unas políticas europeas de migración y asilo con un sesgo intergubernamental[67] basadas en un *estatismo metodológico* a pesar de su comunitarización a finales del siglo XX[68].

4.2 Demandas de los refugiados: La subjetividad dinámica de los refugiados o la capacidad de hacer efectivos derechos subjetivos ante tribunales

La capacidad de hacer efectivos los derechos perfecciona la subjetividad en Derecho internacional[69]. El derecho a beneficiar de un recurso efectivo es una herramienta para hacer los derechos efectivos, y el análisis de su interpretación en Derecho de la UE permite ilustrar hasta qué punto los refugiados

---

65 De acuerdo con el cual los individuos tienen el *derecho de ampararse* en normas de Derecho de la UE incondicionales y suficientemente precisas para que puedan inferirse de ellas consecuencias indirectas que suponen beneficios para los individuos, como apunta LECZYKIEWICZ, DOROTA, "Effectiveness of EU Law Before National Courts. Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability", en CHALMERS, DAMIAN; ARNULL, ANTHONY (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, OUP, 2015, pp. 212-246, p. 217.

66 TJUE, sentencia de 14 de noviembre de 2013, *Bundesrepublik Deutschland v Kaveh Puid*, C-4/11, ECLI:EU:C:2013:740; TJUE, sentencia (GS) de 10 de diciembre de 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt*, C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

67 En la crisis de 2015 se utilizaron instrumentos *ad hoc*, se vulneró el SECA y el principio de solidaridad como expusieron, por ejemplo: DEN HEIJER, MAARTEN; RJIPMA, JORRIT J.; SPIJKERBOER, THOMAS, "Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System", *CMLR*, vol. 53-3, 2016, pp. 607-642.

68 ZAPATA-BARRERO, RICARD, "Rebooting European Identity: intercultural citizenship for building the future of a Diverse Europe", *Journal of Contemporary European Studies*, 2019, https://doi.org/10.1080/14782804.2019.1686346 pp. 4-8.

69 "Rights cannot exist only on paper. They must be a part of the lived world of displaced persons. They must bite. So there must be methods of enforcement", Aleinikoff, T. Alexander; Leah Zamore, *The arc of protection. Reforming the International Refugee Regime*, Stanford, Stanford University Press, 2019, pp.114.

son considerados como sujetos en el Derecho de la UE o más bien cómo se ha producido un reconocimiento progresivo pero todavía inestable de su subjetividad. Ante medidas de retorno, el derecho a beneficiar de un recurso efectivo es una de las salvaguardas de las que benefician los refugiados de acuerdo con los estándares actuales de protección. Los refugiados tienen el derecho de reclamar el respeto de sus derechos subjetivos reconocidos por el Derecho de la UE, principalmente, a través de las instituciones y recursos establecidos en los sistemas jurídicos internos, de acuerdo con el derecho de la integración. A pesar de ello, el contenido y el alcance del derecho a un recurso efectivo en relación con un derecho individual establecido directa o indirectamente en el Derecho de la UE está configurado por este ordenamiento jurídico[70].

4.2.1. Previsiones sobre el derecho a recurrir en el Derecho primario

El derecho a una protección jurídica efectiva en Derecho de la UE se encuentra reconocido en la actualidad en el artículo 19 del TUE y en el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales. El Tribunal de justicia ha destacado que el *contenido esencial* del artículo 47 es que las personas, incluidas las nacionales de terceros estados, tengan acceso a un tribunal interno apto para decidir sobre reclamaciones en relación con el respeto de derechos y libertades garantizados por el Derecho de la UE[71]. Cierta ambigüedad existe acerca de si en el Derecho de la UE el derecho a un recurso efectivo es un derecho autónomo, a diferencia del derecho a un recurso efectivo establecido en el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este marco, el derecho a presentar un recurso únicamente puede ser activado en conexión con una *reclamación defendible* (*arguable claim, grief defendable)* en relación a que otro derecho (substantivo) del Convenio ha sido vulnerado. La consideración de los refugiados como sujetos avalaría una interpretación amplia del ámbito de aplicación del derecho a un recurso efectivo, es decir la consideración de que todos los individuos son titulares de este derecho a fin de defender cualquier derecho o interés que tengan reconocido u otorgado de acuerdo con el Derecho de la Unión tanto directa como indirectamente. El único requisito para considerarlo aplicable sería entonces que los estados hubiesen "actuado dentro del ámbito del Derecho de la UE" [72].

---

70 "Exclusively Community (now, EU) law determines the existence of the remedy", EILMANSBERGER, THOMAS, "The Relationship between rights and remedies in EC Law: In Search of the Missing Link", *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, pp. 1199-1246, p. 1239.

71 TJUE, sentencia de 14 de mayo de 2020, *FMS-FMZ and SA-SA junior*, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367, párr. 290.

72 TJUE, sentencia de 13 de diciembre de 2017, *Soufiane El Hassani*, C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960, para. 33. Esto se confirmaría en la jurisprudencia sobre los límites de la primacía del Derecho de la UE: LÓPEZ ESCUDERO, MANUEL, "Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus

4.2.2. Efectividad de los derechos de los refugiados en el Derecho institucional

En el derecho derivado, el derecho a un recurso efectivo en relación con decisiones sobre protección internacional está previsto en la Directiva sobre procedimientos desde su primera versión, en la primera fase del SECA[73]. Por contra, las disposiciones acerca de los recursos contra decisiones tomadas en procedimientos Dublín experimentaron una evolución entre la primera y la segunda fase del SECA, y las propuestas para una tercera fase apuntan hacia una nueva transformación. En este ámbito se aplica el *principio de confianza mutua* en relación con los sistemas de protección internacional, lo que ha justificado diferencias en la disponibilidad de recursos respecto de los dos tipos de resoluciones.

a) Primera fase del SECA.

En la primera fase del SECA, el llamado Sistema de *Dublín II* no establecía que los demandantes de asilo tuvieran el *derecho* de recurrir las decisiones *Dublín*. Solo se establecía que este tipo de resoluciones podrían "ser sometidas a recurso o revisión"[74]. La interpretación del Tribunal de justicia en relación con esta disposición fue restrictiva, como si contuviera únicamente una aspiración, *cuasi*-derecho o un derecho no autónomo y analizaba en cada caso si un derecho substantivo podía quedar vulnerado por una decisión basada en las reglas *Dublín*. El Tribunal examinaba específicamente si los demandantes de asilo tenían un derecho de acceso a un procedimiento de asilo en un estado en concreto, es decir, en aquél que hubiese sido designado como responsable tras una correcta aplicación de las reglas de asignación de responsabilidad. Para el Tribunal los demandantes de asilo no tenían ningún derecho subjetivo *vis-à-vis* ningún estado específico a que su petición de asilo fuese examinada ante sus autoridades. El principio de *confianza mutua* era interpretado en el sentido de que no existía ningún sujeto/estado obligado específico ante quién reclamar el examen de una demanda en concreto, de acuerdo con las reglas *Dublín*. Una de las razones principales de esta interpretación acerca de que no existía ningún derecho a que se examinara la solicitud de asilo en un estado en concreto era que la *intención* del legislador UE era establecer "reglas

límites en la jurisprudencia reciente del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 64, 2019, 787-825, p. 800.

73 Artículo 3 de la Directiva 2005/85/EC; y artículo 46 de la Directiva 2013/32/EU.

74 Artículo 16, Reglamento (CE) no 343/2003 del Consejo de 18 de febrero de 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, *DOUE* 25.2.2003, L 50/6.

organizativas que regulen las relaciones entre los Estados miembros"[75]. El Tribunal no siguió la doctrina *Van Gend and Loos* en estos casos, de acuerdo con la cual derechos para las personas pueden derivarse de normas de Derecho de la UE que identifican a estados como titulares de obligaciones o mandatos.

Por otro lado, la admisibilidad del recurso se restringía a la alegación de que existiesen "deficiencias sistemáticas" en el estado de destino que llevaran a una violación del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes[76]. A este respecto, fallos menores en los procedimientos no se consideraban como de suficiente entidad como para sustentar la generación de un derecho a recurrir. En estos casos, la inexistencia de una vía abierta de reclamación determinaba la inexistencia de un derecho subjetivo de los demandantes de asilo[77].

b) Segunda fase del SECA.

En la segunda fase del SECA, el Reglamento *Dublín III* incluyó expresamente el derecho a un recurso efectivo en un nuevo artículo 27 y el Tribunal de justicia cambió su jurisprudencia al respecto del derecho a recurrir las decisiones *Dublín* en dos sentencias de 7 de junio 2016, en los casos *Mehrdad Ghezelbash* y *George Karim*[78]. En los dos, los demandantes se quejaban de que los criterios de asignación de responsabilidad no habían sido correctamente aplicados, en casos en los que no existía riesgo de trato inhumano o degradante debido a una situación de deficiencias sistemáticas en el estado de destino. Quedaba por resolver la cuestión de si este cambio en la letra de la norma y, quizás, la Carta de derechos fundamentales de la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa permitían responder de otro modo a la pregunta de si, en el contexto *Dublín*, el ejercicio del derecho a recurrir estaba o no vinculado a la alegación de que otro derecho substantivo había sido vulnerado (el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes) o bien podía también ser utilizado en relación con el interés legítimo relativo a la aplicación correcta de reglas procedimentales (organizativas de las relaciones entre estados).

El Tribunal consideró el sentido general de los desarrollos de la norma y que "el legislador de la Unión ha establecido o reforzado diferentes derechos y mecanismos que garantizan la participación de los solicitantes de asilo en el

---

75 TJUE, sentencia (GS) de 10 de diciembre de 2013, *Shamso Abdullahi v Bundesasylamt*, C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, párr.56.

76 TJUE, sentencias de 21 de diciembre de 2011, *N.S and M.E and others*, C-411/10 and C-493/10, EU:C:2011:865, párr.86; de 10 de diciembre de 2013, *Shamso Abdullahi v Bundesasylamt*, C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813, párr. 60.

77 Así se derivaba de la opinión del Abogado general Niilo Jääskinen, *Bundesrepublick Deutschland v. Kaveh Puid*, ECLI:EU:C:2013:244, párr.73.

78 TJUE, sentencias de 7 de junio de 2016, *Mehrdad Ghezelbash v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409; y *George Karim v. Migrationsverket*, 155/15, ECLI:EU:C:2016:410.

proceso de determinación del Estado miembro responsable"[79]. Para el Tribunal estos cambios transformaron la posición de las personas demandantes de asilo respecto del sistema de *Dublín* puesto que estos mecanismos y derechos les hacían *participantes* en el procedimiento. Con este razonamiento el Tribunal desactivaba la idea de que el Reglamento Dublín únicamente establecía *reglas organizativas* entre estados de las cuales era imposible hacer derivar derechos individuales. En esas sentencias, la posición global de los refugiados y demandantes de asilo en relación con el Derecho de la UE, como sujetos de este derecho, se restauraba a través del reconocimiento de que los derechos y mecanismos establecidos garantizaba su involucración y participación en el procedo de determinación del estado miembro responsable.

Desarrollos posteriores han confirmado y consolidado la opción del Tribunal de justicia de acuerdo con la cual los demandantes de asilo benefician del derecho a un recurso efectivo en conexión tanto con derechos substantivos (a no sufrir tratos inhumanos) como procedimentales (derecho a recibir una decisión correcta) inscritos en ámbitos de Derecho de la UE[80]. En su razonamiento, el Tribunal también vinculó el derecho a un recurso efectivo establecido en el Reglamento *Dublín* al derecho a un recurso efectivo inscrito como derecho fundamental en la Carta de derechos fundamentales, lo que consolida la posición subjetiva de los refugiados en el Derecho de la UE[81]. Ello, por otra parte, reduce las posibilidades de considerar que la propuesta para un futuro *no-Dublín IV*, es decir, la propuesta que la Comisión llama eufemísticamente "de gestión del asilo y la migración"[82] pueda ser considerada conforme al derecho primario, ya que esta propuesta prevé, entre otras cosas, la reducción del ámbito de aplicación de los recursos que puedan plantear los demandantes de asilo a aquéllos vinculados a reclamaciones respecto del derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes, o de derechos relacionados con la vida familiar. Es decir, que se propone transformar el derecho a recurrir en, otra vez, un derecho *no autónomo*. En términos generales, la batalla por dejar de lado a los refugiados y demandantes de asilo como objetos de fórmulas de cooperación intergubernamental o interestatal, y construirles como sujetos de Derecho de la UE parece que está, a partir de la jurisprudencia, evolucionando en la buena dirección. Derechos para los refugiados y

---

79 TJUE, sentencia de 7 de junio de 2016, *Mehrdad Ghezelbash v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409, párr. 46.

80 TJUE, sentencia de 26 de junio de 2017, *Tsegezab Mengesteab*, C-670/16, ECLI:EU:C:2017:587, párrs. 57-58.

81 TJUE, sentencias de 25 de octubre de 2019 *Majid Shiri*, C-201/16, ECLI:EU:C:2017:805; y de 29 de julio de 2019, *Alekszij Torubarov*, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626.

82 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la gestión del asilo y la migración y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y la propuesta de Reglamento (UE) XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración], Bruselas 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 610 final.

demandantes de asilo emanan de obligaciones directas e indirectas, substantivas y procedimentales de los estados, y pueden hacerse efectivos a través de recursos garantizados por el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Ello no obstante, sombras se avecinan en forma de propuestas para una tercera fase del SECA que sugieren que esta posición subjetiva de los refugiados en Derecho de la UE no está todavía absolutamente consolidada, ni aceptada su humanidad compartida con los ciudadanos de la Unión.

5. REFLEXIONES FINALES

Primera. A pesar del olvido inicial, expresión de una visión todavía muy estatocéntrica del Derecho internacional y de las relaciones internacionales, los refugiados y demás migrantes forzosos fueron incorporados como indicador de control de los ODS cinco años después de su adopción. Esta toma en consideración de las migraciones forzosas supone redimensionar el Objetivo 10 relativo a reducir las desigualdades desde un punto de vista más dinámico. La crisis migratoria de 2015, la Declaración de Nueva York de 2016, y el Pacto Mundial sobre los refugiados de 2018 habían puesto de relieve hasta qué punto la gestión de las migraciones es volátil y escurridiza, y plantea la necesidad de ampliar las perspectivas sobre los ODS a fenómenos transnacionales dinámicos con consecuencias en distintos países y regiones de origen, tránsito y destino. Los flujos forzosos de personas a través de las fronteras suponen en sí mismos un desafío a una visión estática y estatocéntrica de los ODS y plantean la necesidad de asumir la participación de actores no estatales, en forma de grupos o de manera individual en la gestión de fenómenos que escapan a esta perspectiva.

Segunda. Los refugiados son sujetos tanto del Derecho internacional como del Derecho de la UE porque son titulares de derechos subjetivos reconocidos o conferidos por ambos sistemas jurídicos y tienen mecanismos y herramientas para hacerlos efectivos, principalmente, en los sistemas jurídicos internos de los estados. En Derecho de la UE, la subjetividad internacional de los individuos funciona como una *pauta para la interpretación* de las normas del SECA, que están redactadas principalmente en términos de obligaciones estatales. Derechos para los refugiados y demandantes de asilo surgen indirectamente de estas obligaciones que deben ser interpretadas a la luz de los derechos incluidos en la Carta.

Tercera. En Derecho internacional, la configuración de los individuos como sujetos ha estado siempre en construcción y ligada a una aproximación cosmopolita al entorno jurídico y político internacional. En este contexto, los refugiados son particularmente aptos para ser considerados como sujetos debido a su posición respecto de la comunidad internacional: bien están

privados de nacionalidad; bien ésta es inefectiva fuera del territorio del estado de origen. Por el contrario, en el Derecho de la UE los individuos han sido considerados como sujetos desde prácticamente el inicio de la integración europea. En Derecho internacional los individuos han sido en primer lugar considerados como sujetos en tanto que titulares de derechos y obligaciones y, después, más recientemente, también son considerados como participantes en nuevas formas de elaboración de normas; y, en cambio, en Derecho de la UE, derechos subjetivos fueron conferidos a las personas precisamente por su condición de participantes en la integración europea. Este esquema en relación con el Derecho de la UE era incapaz de explicar la inclusión de los refugiados como sujetos. Fue precisamente la entrada de los refugiados en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE lo que resquebrajó la que había sido hasta entonces la construcción de la subjetividad de los individuos y facilitó su reconfiguración a partir de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Carta. Los refugiados son sujetos de Derecho de la UE y de los sistemas jurídicos de los estados en los que se éste integra.

Cuarta. Los refugiados entraron a formar parte del ámbito del Derecho de la UE como objetos de regulación en un contexto con un sesgo intergubernamental que está en tensión con la idea subyacente a la integración de acuerdo con la cual los individuos son sujetos de Derecho de la UE como corolario de su participación en los procesos de formación de normas y, por tanto, de la integración a través del Derecho. Esta aproximación política basada en un *estatismo metodológico* dominó el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia hasta la segunda fase del SECA y tuvo un impacto en la posición subjetiva de los refugiados respecto del Derecho de la UE. La posición de los refugiados como sujetos se consolido con la Carta de derechos fundamentales puesto que en ella se reconocieron derechos universales para todos aquéllos que entraran en el ámbito de aplicación de Derecho de la UE.

Quinta. Aunque la subjetividad de los refugiados se afianzara en la segunda fase del SECA, debido al conjunto de derechos e instrumentos que les convertían en partícipes en los procesos de protección internacional, la construcción de los refugiados como sujetos de Derecho de la UE es aún frágil y la tercera fase del SECA corre el riesgo de abandonar los logros de la segunda fase. Veintidós años después del lanzamiento del objetivo de crear un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la UE tiene aún un trabajo ingente para consolidar la posición de los refugiados como sujetos de este sistema jurídico siguiendo la estela de *Van Gend and Loos*[83]. La Unión Europea está todavía en proceso de definir el sentido preciso del segundo párrafo del preámbulo de la

---

83 LABAYLE, HENRI, "Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt Van Gend en Loos?", en CJUE, *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos 1963-2013. Actes du colloque donné à Luxembourg, 13 mai 2013*, Luxemburgo, OPOUE, 2013, pp. 197-203.

Carta cuando se dice que "(a)l crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación". A quién se refiere y cuál es su posición respecto de la Unión Europea todavía no está claro. Como sistema basado en la protección de los derechos humanos y la dignidad personal, la integración a través de la Unión Europea juega en favor de una comprensión de la *persona* como sujeto sin más consideraciones o calificaciones adicionales.

REFLEXIONES ESPERANZADAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NO ACOMPAÑADOS TRAS LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA DE OCTUBRE DE 2021

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN, LA NECESIDAD DE LA REFORMA. 2. ANÁLISIS DE UNA REFORMA IMPRESCINDIBLE. 2.1. Contexto de la propuesta de modificación del Reglamento de Extranjería. 2.2. El mejor acceso a la autorización de residencia. 2.3. La llegada a la mayoría de edad, el verdadero rayo de esperanza. 2.4. Aplicación a extutelados de 18 a 23 años, la nueva oportunidad vital. 3. ¿ESPAÑA EN LA SENDA CORRECTA? 3.1. La obligación de documentar, el reto administrativo. 3.2. La mayoría de edad y los medios, ¿dependencia de la voluntad política? 3.3. Lo que pudo ser y no fue. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN, LA NECESIDAD DE LA REFORMA

El tratamiento y la protección de los niños y niñas extranjeros no acompañados que han llegado a España ha sido claramente deficiente hasta noviembre de 2021, con una regulación y una actuación por parte de la administración muy insatisfactorias[2]. Nos referiremos en ocasiones a estos niños y niñas como MENA por ser la forma más habitual de denominarlos, si bien advertimos que la más correcta es la que empleamos al inicio de niños y niñas extranjeros no acompañados. Expondremos que, a nuestro juicio, esta reforma incide en el mejor cumplimento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

---

[1] Profesor contratado doctor de Derecho internacional privado en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (lucas.perez@ulpgc.es). El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2020-114611RB-I00, "Protección del menor en las crisis familiares internacionales. (análisis del Derecho internacional privado español y de la Unión Europea)" concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Todas las webs citadas en el presente trabajo han sido consultadas el 15 de noviembre de 2021.

[2] Este hecho ha sido denunciado tanto por la doctrina como por las organizaciones públicas y privadas que trabajan con estos niños y niñas. *Vid.* ARGELICH COMELLES, C., "Las divergencias del sistema de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", en LOPEZ SAN LUIS, R. (directora), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 3-15, p. 4; o PERAZZO ARAGONESES, C. (coordinadora): *Los más solos*, Save the Children 2018, pp. 72-112; o en la propia Recomendación del Defensor del Pueblo de 9 de marzo de 2020, apartado quinto, en; https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/residencia-de-los-ex-menores-tutelados-que-han-accedido-a-la-mayoria-de-edad-sin-haber-obtenido-la-pertinente-autorizacion/.

números; 2, salud y bienestar en especial para los menores; 8, trabajo decente para todos; 10, reducción de las desigualdades; o el 16, paz, justicia e instituciones sólidas[3].

Antes de entrar en el análisis de la modificación legislativa es muy importante centrar los datos, para apreciar la verdadera dimensión del fenómeno que estudiamos y huir de estereotipos sobre estos niños y niñas o incluso de bulos infundados que por desgracia suelen calar en la sociedad y provocar mayor desprotección y marginación[4]. Según los datos de la Fiscalía General del Estado, a 31 de diciembre de 2020 se encontraban en España 9.030 MENA tutelados por las Comunidades Autónomas de los que 8.161 son niños y 869 niñas. Se debe destacar que se ha producido un importante descenso del 34,27 % respecto de los 12.417 inscritos en el año 2019[5].

Estudiaremos la modificación legislativa y la significativa mejora que supone respecto a la regulación anterior en el cumplimiento por parte de España de sus obligaciones internacionales. También abordaremos en nuestro análisis cómo se podría haber logrado un mejor resultado final. Inicialmente señalaremos que el título de nuestro trabajo, "Reflexiones esperanzadas" surge del claro avance que estimamos que la nueva regulación supone respecto al preocupante estado de anterior de las cosas y porque es la reacción que la entrada en vigor del Decreto 903/2021[6] ha provocado en los propios niños y niñas a los que afecta y en las organizaciones que trabajan en la defensa de sus

---

3 La Unión Europea relaciona habitualmente en sus documentos de trabajo el trato a estos niños y niñas con sus políticas de no discriminación y reducción de las desigualdades y paz y justicia en el mundo. *Vid.* ALCOLADO CHICO, M.T, "Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 3, 2018, núm. 2, pp. 151-177, p. 160; BLAZQUEZ RODRÍGUEZ, I., "El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países: de la reacción ante la crisis migratoria a la sinergia necesaria", *REDI* Vol. 72, 2020, nº 1, pp. 27-51, p. 31.

4 *Vid.* VARIAS AUTORAS, *De niños en peligro a niños peligrosos*, Harraga, 2016, p. 8. Disponible en https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/5382_d_a34d5de11e2a2b-f04ea93f580d34b688.pdf.

5 La situación es muy desigual en cuanto a los números de MENA tutelado por cada Comunidad Autónoma, desde los 2.507 menores de Andalucía, 1.849 de Canarias, 1.168 de Cataluña, 798 de Melilla o 496 de Ceuta, a, por otro lado, los 44 de Asturias, 35 de Extremadura o los 11 de La Rioja. *Vid.* https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html. Aun apreciando la diferencia entre Comunidades, a nuestro juicio el número denota que no es cierta la concepción que se intenta difundir por ciertos sectores de la existencia de una situación de "invasión" de estos niños y niñas.

6 Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. BOE nº 251 de 20/10/2021. Entró en vigor a los 20 días de su publicación, el 8 de noviembre de 2021.

derechos que han podido reactivar solicitudes de autorizaciones de residencia que estaban paralizadas por la inadecuada regulación anterior[7].

2. ANÁLISIS DE UNA REFORMA IMPRESCINDIBLE

2.1. Contexto de la propuesta de modificación del Reglamento de Extranjería

La reforma era reclamada por muchas voces institucionales, académicas, sociales y por profesionales que trabajaban en la defensa de los derechos de los niños y niñas extranjeros no acompañados. Además de los informes de instituciones públicas y privadas ya citados, en febrero de 2021 diversas entidades que trabajan en la protección de estos menores formularon una propuesta formal de modificación de los artículos 196 a 197 del Reglamento de Extranjería[8] en la que se solicitaban estas mejoras[9]. En el proceso de elaboración de la norma mostraron gran interés las Comunidades Autónomas que son las titulares de la competencia de tutela de estos menores y la sociedad civil[10].

El 6 de marzo de 2020 ya se produjo una modificación legislativa que no necesariamente estaba motivada por el confinamiento por la pandemia, que debemos enmarcar en el proceso de debate de esta reforma. En la Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones se fijó que la autorización

---

7 Tras la aprobación de la norma hemos consultado en varias entidades como Cruz Roja o Cruz Blanca que trabajan con estos niños y niñas. Especialmente reveladoras y productivas han sido las múltiples conversaciones mantenidas con Mame Cheikh Mbaye, doble licenciado en Comercio Exterior y Marketing y Dirección de Empresas y Master de Relaciones Hispano Africanas en la ULPGC, cofundador y presidente de REDCAA – Red Canaria de Acogida, con experiencia en Gran Canaria como director de un centro de MENA (2016-2019) y un centro de extutelados (2019-actualidad). Es él quien ha propuesto el término "esperanza" para el título del presente trabajo ya que es el actual estado de muchos de estos niños y niñas.

8 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE nº 103 de 30/04/2011.

9 24 asociaciones participan de la propuesta. Entre otras, Aldeas Infantiles, Cáritas Española, CEAR, Cruz Roja, SOS Racismo, Fundación Raíces, Save the Childen o UNICEF. Resumidamente citaremos que proponían, entre otras medidas, que los MENA fuesen considerados regulares desde su llegada y que desde dicho momento se les facilitase autorización de residencia y de trabajo a los 16 años; que accediesen a la autorización de residencia a su llegada a la mayoría de edad de forma inmediata; o a la residencia de larga duración tras dos años de tutela de una entidad tutelar española. *Vid.* https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Propuesta-conjunta-reforma-RD-RLOEX.pdf.

10 Durante el proceso de consulta pública se recibieron 122 aportaciones de diversas entidades de la sociedad civil, y en el trámite de información y audiencia pública hubo otras 15 contribuciones. Además, 11 Comunidades Autónomas y el Consejo de Estado también participaron activamente en los trámites. *Vid.* https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/documents/2021/refc20211019.pdf, p. 48.

de residencia concedida a menores migrantes de entre 16 y 18 años, que anteriormente era solo de residencia, se otorgase también de trabajo[11].

En la situación de estos niños y niñas también es importante la jurisprudencia del TS, que en diversas resoluciones había asentado que los requisitos del artículo 197 eran acumulativos y objetivos, y que, para obtener la autorización de residencia a la llegada a los 18 años, debían acreditar ocupación laboral efectiva que asegurase como ingresos el 100% del IPREM, sin que pudiesen tenerse en cuenta para ello que el extranjero pudiese tener la totalidad de sus necesidades cubiertas por una institución pública o privada[12]. Esta situación acreditaba que la propia norma dificultaba sobremanera la integración de estas personas migrantes provocando en ocasiones que la falta de horizonte vital claro les llevase a caer en la delincuencia[13].

En este contexto el 30 de abril de 2021 se publicó un borrador de modificación de los artículos 197 y 198 del Reglamento de Extranjería[14] que ha tenido un largo proceso de debate en el propio seno del Gobierno, con tensiones entre el Ministerio de Inclusión y el del Interior que en algún momento hicieron dudar que los trabajos llegaran a buen fin[15].

2.2. El mejor acceso a la autorización de residencia

La nueva regulación del artículo 196 del Reglamento de Extranjería modifica el procedimiento de la obtención de la autorización de residencia. Anteriormente, una vez que se acreditaba la imposibilidad de repatriación, la administración debía empezar a tramitar la autorización de residencia en el plazo de nueve meses. Ciertamente este plazo tan elevado podía deberse a

---

11 *Vid.* Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Instrucción 1/2020 de la Secretaría de Estado de Migraciones por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, 2020. https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf. Incontestablemente la incorporación al mercado laboral de los MENA mejorará su integración social, *vid.* DURAN BERNARDINO, M, "Los menores migrantes no acompañados en el sistema español de protección social e integración laboral", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, pp. 63-82, p. 75.

12 Por motivos de extensión no podemos detenernos en esa jurisprudencia previa. Al respecto, *vid.* APARICIO CHOFRÉ, L., "Avances y desafíos en la regulación de los menores extranjeros no acompañados en España", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm.20, pp. 120-141, pp. 132-137; y DURAN RUIZ, F. J.: "MENA y extutelados. La cuestión de las autorizaciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados tras la mayoría de edad y la jurisprudencia", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2020, nº 55, pp. 17-52, pp. 42-48.

13 *Vid.* GARCÍA ESPAÑA, E, "De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión", *InDret*, 2016, nº 3, pp. 1-27.

14 *Vid.* https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/07/Proyecto_RD_RLOEXambito_MENAS_JENAS.pdf.

15 *Vid.* https://elpais.com/espana/2021-07-17/interior-se-opone-a-facilitar-los-permisos-a-los-menores-extranjeros-no-acompanados.html.

los problemas de obtención del pasaporte del MENA, pero en la práctica lo que suponía era que los niños y las niñas que llegaban a España con más de 17 años prácticamente no tenían ninguna opción de obtener autorización de residencia, quedando por ello desprotegidos[16]. Con esta situación España incumplía sus obligaciones internacionales de documentarlos rápida y eficazmente[17].

La reforma mejora sensiblemente esta tramitación. En primer lugar, en cuanto al plazo, se reduce a los 90 días desde que el o la menor fue puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El procedimiento debe empezar "en todo caso" a partir de dicha puesta a disposición, que no suele retrasarse en demasía, lo que supone un gran avance. La finalidad de la norma reflejada en el Real Decreto de identificarlos "ab initio" y "de forma inmediata" exige que el procedimiento se inicie no más tarde de esos 90 días, aunque el MENA no tenga su pasaporte, a través de la cédula de inscripción logrando la residencia habitual a la que tienen derecho[18]. Ciertamente el plazo podría ser menor, ya que no hay motivo de no iniciar el procedimiento inmediatamente tan pronto se aprecie que no se puede repatriar al menor[19].

El cambio legislativo continúa la línea asentada por la citada Instrucción 1/2000 de la Secretaría de Estado de Migraciones y en su párrafo cuarto el artículo 196 habilita a trabajar a menores extranjeros mayores de 16 años siempre que la entidad tutelar lo considere favorable para su integración social. Y ello sin tener en cuenta, claro está, la situación nacional de empleo y el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, por lo que pueden emplearse en cualquier tipo de trabajo[20].

---

16 *Vid.* FUENTES SÁNCHEZ, R, "Menores extranjeros no acompañados (MENA)", *Revista internacional de trabajo social y bienestar*, nº 3, 2014, pp. 105-111, p. 108; GARCÍA VÁZQUEZ, S., "El régimen jurídico del menor inmigrante", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, pp. 423-450, p. 446.

17 Tal y como establecen la Observación general núm. 6 de 1 de septiembre de 2005 del Comité de Derechos del Niño de la ONU sobre trato de los y las menores no acompañados y separados de su familia, el Pacto Mundial sobre Migración segura, ordenada y regular de 11 de diciembre de 2018, y los planes de acción sobre MENA de la UE tanto de 2010 como de 2017.

18 *Vid.* RODRÍGUEZ RODRIGO, J., "Protección de los MENA que llegan a España", en A. Cebrián Salvat e I. Lorente Martínez (Directoras), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, p. 7.

19 La norma sigue sufriendo el error de no establecer el momento en el que se debe considerar que ha quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor. Hubiese sido oportuno señalar que esto queda acreditado en un determinado plazo, pero su efecto no es especialmente negativo si se comienza el trámite en tres meses "en todo caso". Sin embargo, en algunas Comunidades Autónomas no se emite la cédula de inscripción a los 90 días de la llegada del menor, lo que provoca que la modificación legislativa pierda su eficacia. Por motivos de espacio no podemos desarrollar esta situación con más detenimiento.

20 Esta previsión ha sido solicitada de forma frecuente por la doctrina y la sociedad civil que han señalado que sin esta perspectiva integral la protección de los MENAS es ineficaz. *Vid.* CERIA-

2.3. La llegada a la mayoría de edad, el verdadero rayo de esperanza

A nuestro juicio el problema de mayor relevancia de la normativa anterior era el de la llegada a la mayoría de edad de los MENA. Para obtener la autorización de residencia establecía requisitos de imposible cumplimiento en el actual marco socioeconómico que abocaba a la práctica totalidad de estos niños y niñas a llegar a la mayoría de edad en situación irregular. Exigía obtener o un trabajo o una oferta en firme que le asegurase el ingreso del 100 del IPREM. En el actual contexto socioeconómico este requisito vulneraba la normativa internacional vigente en España[21] y provocaba que la llegada del 18 cumpleaños de todos estos niños y niñas se convirtiese en una pesadilla[22].

A partir del 8 de noviembre de 2021 para obtener la residencia regular cuando llegan a la mayoría de edad estos y estas menores ya no tienen obligación de tener un trabajo o una oferta de trabajo. Deben cumplir dos requisitos de buena integración. Se valorarán sus antecedentes penales y requieren contar con un informe favorable de la institución que ejerce su tutela[23]. En lo relativo a los requisitos económicos deben acreditar la obtención de medios suficientes para su sostenimiento, de dos posibles maneras. En primer lugar, con recursos propios o por una actividad laboral que lleguen el Ingreso mínimo vital[24], en la actualidad 469,93 € mensuales[25]. En segundo lugar, si se acredita que su sostenimiento queda asegurado dentro de un programa de desarrollo por institución pública o privada.

El Real Decreto también mejora de forma sustancial las opciones de regularización de quienes llegan a la mayoría de edad sin autorización de residencia,

---

NI CREMADAS, P., *Canarias, niños y niñas migrantes en una de las rutas más peligrosas del mundo*, Madrid, UNICEF, 2021, pp. 59-60; GARCÍA VÁZQUEZ, S., *op. cit.*, pp. 431-438.

21 Ataca claramente el interés superior del menor. Por otro lado, la olvidada Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, en vigor para nuestro país el 1 de marzo de 2008, aplicable a todos los jóvenes de entre los 15 y los 24 años de edad residentes en España, obliga a que el Estado les facilite capacitación y acceder al mundo laboral. La Observación general 20 de 6 de diciembre de 2016 del Comité de Derechos del Niño establece que los cuidados a los adolescentes deben conducirlos a llegar a la mayoría de edad en plenitud de formación y desarrollo accediendo a un empleo sin ningún tipo de discriminación por su nacionalidad.

22 *Vid.* VINAIXA MIGUEL M., "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", *CDT*, marzo 2019, Vol. 11. Nº 1, pp. 517-602; o https://elpais.com/educacion/2021-06-22/cumplir-los-18-anos-la-angustiosa-cuenta-atras-de-los-menores-extranjeros-que-vienen-solos.html.

23 Por lo general, requisitos que habitualmente cumplen, *vid.* https://www.elconfidencial.com/espana/2021-01-04/menores-extranjeros-migrantes-acompanados-melilla-marruecos_2888235/.

24 Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. BOE nº 154 de 1/06/2020.

25 *Vid.* https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/ingresoMinVital/home.htm. Con la posibilidad de trabajar a partir de los 16 años la posibilidad de obtener estos ingresos se incrementa significativamente.

hasta ahora la inmensa mayoría[26], a los que el sistema les obligaba a tener no una oferta de trabajo, sino un trabajo efectivo. Tras la modificación legislativa este colectivo debe cumplir los mismos requisitos para obtener la autorización de residencia que los que llegan a la mayoría de edad ya con la misma, con el único complemento de cumplir los criterios para ello y haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad tutelar para favorecer su integración social. Este hecho lo podrán acreditar con un certificado de la institución. Esta similitud de requisitos entre ambos tipos de menores es un gran avance para evitar la discriminación que estaban sufriendo estos jóvenes[27]. Esta posibilidad ya ha supuesto un rayo de esperanza para todos los y las menores que se encuentran en la actualidad en instituciones públicas y privadas que asumen su cuidado y que les sostienen, ya que podrán obtener la residencia de forma automática al llegar a los 18 años con la simple manifestación al respecto de la citada institución[28].

2.4. Aplicación a extutelados de 18 a 23 años, la nueva oportunidad vital

Tal y como hemos expuesto el anterior sistema provocó que muchos jóvenes llegasen a la mayoría de edad sin autorización de residencia. El nuevo Decreto reacciona ante esta situación, y creemos que la aborda de forma muy valiente en su disposición transitoria única. La misma establece que los y las menores de entre 18 y 23 años en el momento de la entrada en vigor de la norma que no hubiesen obtenido la autorización de residencia, o que la tuvieron, pero no pudieron renovarla, pueden beneficiarse de esta nueva regulación. Esto les permite lograr la autorización de residencia si están en un programa de formación y sostenido por una institución pública o privada. Con esta disposición se repara una clara injusticia y vulneración de derechos que la norma había provocado a muchos jóvenes a la llegada a su mayoría de edad[29].

---

26 *Vid.* PERAZZO ARAGONESES, C., *op cit.*, p. 89; o Recomendación del Defensor del Pueblo de 9-3-2020, apartado quinto. Este dato nos ha sido corroborado en nuestras entrevistas con Mame Cheikh Mbaye.

27 *Vid.* ALONSO GARCÍA M. N. y CARRIZO AGUADO, D, "La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de menores extranjeros no acompañados", *Revista de Derecho de Familia*, nº 82, 2019, pp. 381-395, p. 386.

28 En las entrevistas que hemos realizado tras la aprobación del Decreto se nos ha indicado que se han concedido nuevas autorizaciones de residencia paralizadas ante su posible entrada en vigor y se han iniciados numerosos expedientes que no tenían probabilidad de éxito alguno con la antigua norma, sin que por el poco tiempo transcurrido haya estadísticas al efecto.

29 *Vid.* FLORES GONZÁLEZ, B., "La protección jurídica de los menores migrantes no acompañados en España", *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, 2018, núm. 2, pp. 321-362, p. 356.

Esta posibilidad da un primer paso para cumplir la doctrina de las sentencias del TJUE de 18 de abril de 2018[30] y de 16 de julio de 2020[31], que establece que los MENA que inician un determinado trámite (solicitud de asilo en la primera, reagrupación en la segunda), y llegan a la mayoría de edad mientras se tramita su solicitud, sigue considerándose MENA y siendo protegidos como tal hasta la finalización del procedimiento de asilo[32].

3. ¿ESPAÑA EN LA SENDA CORRECTA?

3.1. La obligación de documentar, el reto administrativo

El primer problema que puede plantear, y de hecho ya está provocando, la norma en el futuro es el del momento de inicio de los procedimientos de solicitud de la autorización de residencia. El primer párrafo del 196.1 señala que el procedimiento se iniciará "en todo caso" a los 90 días de la puesta del MENA a disposición de los servicios de protección de menores. Pero para empezar el procedimiento el 196.1.a exige la copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje. Los y las menores extranjeros no acompañados habitualmente no disponen de pasaporte, porque lo han destruido o porque nunca lo han tenido. Es prácticamente imposible que lo tengan en tres meses. En nuestra opinión, la expresión "en todo caso" obliga a las autoridades españolas a emitir la cédula de inscripción que recoge el artículo 196.1.a como documento sustitutivo del pasaporte sin excepción alguna y de manera automática si en el plazo de tres meses no lo ha obtenido. Sin embargo, en varias provincias españolas, como la de Las Palmas, este hecho no se produce, incumpliendo con ello, a nuestro juicio, la finalidad básica de la norma, regularizar a los menores a su llegada a España.

3.2. La mayoría de edad y los medios, ¿dependencia de la voluntad política?

El segundo de los problemas se puede dar en la situación práctica a la llegada a la mayoría de edad. Una forma de acreditar tener medios propios es que su sostenimiento lo asuma una entidad pública o privada. Sin embargo, esta previsión tiene un claro peligro porque las instituciones que trabajan con los y las menores suelen hacerlo por medio de proyectos financiados con

---

30 *Caso* A y S, asunto C-550/16, ECLI: EU:C:2018:248.

31 *Caso B.M.M*, asuntos acumulados C-133/19, 136/19 y 137/19, ECLI:EU:C:2020:577.

32 En una visión muchos más garantista de la tenida hasta el momento por la UE. *Vid.* MARTÍNEZ MATEO, C. J., "La tutela garantista de los MENA en la UE", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 2019, nº 50, pp. 83-106.

fondos públicos. Si estos fondos menguan o desaparecen la situación de facto será peor y los y las menores no podrán regularizarse a su llegada a la mayoría de edad. Es una peligrosa situación que hace depender el ejercicio de estos derechos de la voluntad u oportunidad política o simplemente de la existencia o insuficiencia de los medios económicos para ello no solventando en la práctica la triple discriminación de que sufren estos menores, la de ser menor, extranjero y no acompañado[33].

3.3. Lo que pudo ser y no fue

Finalizamos nuestro trabajo señalando puntualmente algunos aspectos en los que la reforma podría haber mejorado desde la perspectiva de cumplir mejor las obligaciones internacionales de España y los ODS. Lo habría hecho si hubiese obligado expresamente a la emisión de la cédula de inscripción de forma inmediata siempre que el o la menor no contase con pasaporte. Si hubiese establecido que tan pronto quedase a disposición de los servicios de protección de menores se tramitase su autorización de residencia. También si no se condicionase obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad a que la institución tutelar tenga medios para asegurar su sostenimiento. Se podría haber hecho con el informe favorable de su integración y su potencial de obtener el ingreso mínimo vital. En el fondo es la situación que también viven los jóvenes españoles a esa edad. Por último, hubiese sido deseable que se previese que entre los 18 y los 24 años, edad a la que fija la protección la Convención Iberoamericana de los Jóvenes, cualquier menor que no hubiese obtenido la autorización de residencia podría lograrla en cualquier momento, sin limitaciones temporales, si tenía derecho a ello y está integrado en nuestra sociedad.

4. CONCLUSIONES

La reforma legislativa de octubre de 2021 del sistema español de regularización de los niños y niñas migrantes no acompañados supone una clara mejora del cumplimiento de España de los ODS y de sus obligaciones internacionales. Como primera novedad acorta y debe asegurar el inicio de los procedimientos de obtención de la autorización de residencia. En segundo lugar, mejora el sistema de acceso a la residencia regular una vez llegados a la mayoría de edad, que le asegura a todos los niños y niñas que se encuentren tutelados por entidad pública o privada en ese momento. Como tercera mejora, deja de discriminar para acceder a la residencia regular tras la mayoría

[33] *Vid.* ALONSO GARCÍA M. N. y CARRIZO AGUADO, D, *op. cit.*, p. 385.

de edad a quienes no llegan a esa fecha con la autorización previa frente a quienes sí llegan habiéndola obtenido con anterioridad. La última gran mejora de la regulación es la reparación de una injusticia lacerante gracias a la posibilidad de la aplicación de este régimen a los y las jóvenes que llegaron a la mayoría de edad en los últimos cinco años y tenían derecho a la residencia regular pero no la obtuvieron por los defectos de la anterior regulación.

La reforma podía haber sido mucho más valiente en tres aspectos. El primero, que se hubiese obligado a la emisión de la cédula de inscripción de los y las jóvenes tan pronto llegasen a España, tramitando en dicho momento su autorización de residencia. En segundo lugar, evitaría discriminar a estos y estas menores frente a los jóvenes españoles si solo condicionase obtener la autorización de residencia a la llegada a la mayoría de edad a tener un informe favorable de la entidad tutelar de su actual integración y futura empleabilidad. Por último, se debería aplicar este régimen a todos los y las jóvenes que pudiesen beneficiarse de él hasta los 24 años y no lo pudieron hacer por deficiencias de la tramitación administrativa.

En todo caso, aún con la actual regulación, debemos estar muy vigilantes para comprobar cómo se aplica en la práctica la modificación legislativa, que por desgracia en parte depende de la voluntad política y administrativa. Se deberá exigir que en todos los supuestos en los que a los tres meses el o la menor no haya podido obtener su pasaporte, lo que es muy habitual, se emita su cédula de inscripción y se inicie el procedimiento de obtención de su autorización de residencia. En segundo lugar, habrá que exigir a la administración la existencia de programas públicos y/o privados de formación de los niños y niñas extranjeros no acompañados residentes en nuestro país, y que, si los siguen con aprovechamiento, estas entidades tengan fondos suficientes para su sostenimiento cuando lleguen a la mayoría de edad. Solo así cumpliremos mejor los ODS 2, 8, 10 y 16.

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD ANTE LA AGENDA 2030

BEGOÑA RODRÍGUEZ DÍAZ [1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD EN LA AGENDA 2030 Y LOS ODS. 3. LA AGENDA 2030 Y LOS ODS A LA LUZ DE LA CDN Y LA CDPD. 4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA PARA IMPLEMENTAR LOS ODS: DÓNDE QUEDAN LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Nadie se quedará atrás. Ésta es la gran promesa de la Agenda 2030[2], una Agenda que aspira a completar lo que no llegaron a lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)[3] y que pone el acento en la población más vulnerable. Entre las lagunas de los ODM, es importante destacar que no se mencionaba a las personas con discapacidad, lo que implicaba dejarlos fuera de ciertos programas de desarrollo y fuentes de financiación[4]. En cambio, la Agenda 2030 incluye expresamente a "las personas con discapacidad" entre los colectivos vulnerables prioritarios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que comprenden también a "los niños". Por tanto, los niños con discapacidad, en quienes está centrado este trabajo, deben ser un foco de atención esencial de las políticas e iniciativas implementadas a fin de lograr la nueva agenda universal.

Esta comunicación se propone como primer objetivo analizar la relación entre los ODS y la promoción de los derechos de los niños con discapacidad, una relación que consideramos bidireccional, puesto que la adopción de medidas de implementación de la Agenda 2030 repercutirá en favor de las necesidades de los niños con discapacidad y, a su vez, las iniciativas que se pongan en marcha para promover un mayor respeto de los derechos de los niños con discapacidad contribuirán al cumplimiento de las metas de desarrollo sostenible.

---

1 Profesora contratada doctora de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Francisco de Vitoria de Madrid (b.rodriguez@ufv.es).

2 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* aprobada el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1), en adelante "Agenda 2030".

3 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas *Declaración del Milenio* aprobada el 13 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2)

4 International Disability Alliance, *The 2030 Agenda. Inclusion of Persons with Disabilities. Introductory toolkit*, disponible en https://www.internationaldisabilityalliance.org/sites/default/files/documents/2030_agenda_introductory_toolkit_for_persons_with_disabilities.pdf (última consulta, 3 de julio de 2021).

Teniendo en cuenta que la Agenda 2030 se fundamenta en la Declaración de Derechos Humanos y los tratados internacionales de derechos humanos[5], se prestará especial atención al papel de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) como marco inspirador de la implementación de los ODS: contrastaremos qué exigencias derivadas del respeto a ambos convenios deben plasmarse en las medidas adoptadas en el marco de los ODS[6].

Para ello, identificaremos las disposiciones de la Declaración de la Agenda 2030 y de los ODS referidas a las personas vulnerables y, en particular, a niños o personas con discapacidad, contrastándolas con los mencionados tratados, y centrándonos en aquellos ODS que afectan más directamente a los niños con discapacidad. Haremos una breve descripción de los retos que enfrentan los niños con discapacidad para comprender por qué están incluidos entre "los más rezagados"[7] y por tanto en el corazón de la Agenda 2030.

En segundo lugar, nuestro análisis se centrará en el caso de la Unión Europea, que no solo es signataria de la CDPD sino que ha asumido "el firme compromiso de ser una de las pioneras en la aplicación de la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) junto con sus Estados miembros, en consonancia con el principio de subsidiariedad"[8]. Presentaremos algunas medidas adoptadas por la UE para el logro de los ODS más directamente relacionados con las personas con discapacidad y, en particular, con los niños con discapacidad e identificaremos algunos retos pendientes. Destacaremos la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en el diseño e implementación de las políticas de la UE, congruente con el lema "nada sobre nosotros sin nosotros", que caracterizó la CDPD, así como de los niños.

2. LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD EN LA AGENDA 2030 Y LOS ODS

Al adoptar la Agenda 2030, la comunidad internacional se comprometió a luchar contra la discriminación y a reducir las desigualdades, por considerarlo

---

5 Agenda 2030. Declaración, párrafo 10.

6 La utilización de la CDPD como guía de los ODS había sido destacada por el ex secretario general de Naciones Unidas, Ban Ki Moon, cuando afirmó que: "Para que la Agenda 2030 tenga éxito, debemos incluir a las personas con discapacidad en su aplicación y seguimiento y *usar la Convención como guía*". CERMI, *Objetivos de Desarrollo Sostenible y promoción de los derechos de las personas con discapacidad*, PÉREZ-BUENO, L.C., (dir.), ed. Cinca, enero 2019. La cursiva es nuestra.

7 Agenda 2030, Declaración, párrafo 4.

8 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Próximas etapas para un futuro sostenible. Acción europea para la sostenibilidad*, COM (2016) 739 final.

prioritario para lograr un desarrollo sostenible e inclusivo[9]. Destaca la llamada al empoderamiento de las "personas vulnerables", entre las que se cita a:

"los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad (más del 80% de las cuales viven en la pobreza), las personas que viven con el VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, entre otros."[10]

De esta enumeración se extrae que en el caso de los niños con discapacidad se dan al menos dos factores que contribuyen a su vulnerabilidad: la edad y la discapacidad, a lo que hay que añadir otro elemento que contribuye a que experimenten discriminación y desigualdad, el género, que hace a las niñas con discapacidad especialmente vulnerables. Por otro lado, este párrafo pone a las personas con discapacidad en el centro de acción relativa a la erradicación de la pobreza, que es "el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible"[11]

El compromiso de la comunidad internacional no es solo "no dejar a nadie atrás" sino "llegar primero a los más rezagados"[12], por lo que implícitamente se promueve la inclusión de las personas con discapacidad[13]. Cualquier disposición de la Agenda 2030 o de los ODS referida a la población vulnerable (dieciocho en total) será aplicable a los niños con discapacidad, al margen de las disposiciones particulares referidas a los niños o a las personas con discapacidad[14]. En cualquier caso, conviene no perder de vista el enfoque holístico de la Agenda 2030 y el carácter indivisible e integrado de los ODS.

Las disposiciones que mencionan expresamente a las personas con discapacidad[15] son: los párrafos 19 (derechos humanos) y 23 (colectivos vulnerables) de la Declaración, así como los ODS 4 (educación, dos referencias), 8 (empleo), 10 (reducir desigualdades), 11 (ciudades y comunidades sostenibles, dos referencias), 17 (medios de implementación y Alianza), donde se

---

9 United Nations System, Chief Executives Board for Coordination, *Leave No One Behind. Equality and Non Discrimination at the Heart of Sustainable Development: a shared United Nations Framework for Action*, New York, 2017, p. vi.

10 Agenda 2030. Declaración, párrafo 30.

11 Agenda 2030, Declaración, párrafo 2.

12 Agenda 2030, Declaración, párrafo 4.

13 United Nations System. Chief Executives Board for Coordination, *Leave No One Behind… cit. supra.*

14 Por un lado, en la Declaración, al tratar los derechos humanos (párrafo 19), los colectivos vulnerables (párrafo 23) y la educación (párrafo 25); por otro lado, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el objetivo 4 (educación, dos referencias), objetivo 8 (empleo), objetivo 10 (reducir desigualdades), objetivo 11 (ciudades y comunidades sostenibles, dos referencias); objetivo 17 (medios de implementación y Alianza), donde se incluye la discapacidad como uno de los criterios para el desglose de datos que permita el seguimiento de los ODS.

15 International Disability Alliance, *The 2030 Agenda. Inclusion of Persons with Disabilities. Introductory toolkit*, citado *supra.*

incluye la discapacidad como uno de los criterios para el desglose de datos que permita el seguimiento de los ODS.

Por su parte, las disposiciones referidas a los niños se encuentran, además de en la Declaración, en el ODS 2 (hambre cero), 3 (salud y bienestar), 4 (educación), 5 (igualdad de género) y 16 (paz, justicia e instituciones sólidas), en particular, la lucha contra el maltrato y la violencia hacia los niños.

¿Por qué el respeto de los derechos de los niños con discapacidad está en el corazón de la Agenda 2030? ¿Qué necesidades presentan?, ¿Qué tipo de desafíos enfrentan?

Los niños con discapacidad están entre los grupos más desfavorecidos del mundo[16], experimentando una gran vulnerabilidad en los más variados ámbitos.

En primer lugar, por la vinculación entre pobreza y discapacidad resaltada expresamente por la Agenda 2030. En el caso de los niños, el estigma y la discriminación contra ellos a menudo conducen a una mayor exposición al abuso y al abandono[17]. La tasa de institucionalización de los niños con discapacidad[18] incide en su escolarización, pasando de un 18% de niños con discapacidad que viven con sus familias y no reciben educación a un 72% si viven en orfanatos[19]. También están sobrerrepresentados entre las personas sin hogar. Como consecuencia de la pobreza, están más expuestos a problemas de desnutrición[20], falta de acceso a agua limpia, de atención médica, de educación, etc., lo que les dificulta a su vez salir del círculo de la pobreza y les hace más proclives al trabajo infantil, teniendo un 70% más de probabilidad de tener que realizarlo respecto a niños y adolescentes sin discapacidad[21]. Además, el tener un hijo con discapacidad dificulta la incorporación de sus padres al mundo laboral, lo que supone una reducción de los ingresos familiares e incide en la pobreza.

Los niños con discapacidad requieren una atención sanitaria específica, así como programas de detección y atención temprana. La falta de recursos es

---

16 United Nations Children's Fund (UNICEF), Division of Data, Analytics, Planning and Monitoring (2020). *Children with disabilities. Ensuring their inclusion in COVID-19 response strategies and evidence generation*, New York, 2020, p. 5.

17 *Ibid.*

18 Contrariamente a lo que estipula la CDN (arts. 7 y 9) y la CDPD (art. 23).

19 UNICEF, "Niñas y niños con discapacidad", Estado mundial de la infancia 2013, Nueva York, 2013, p. 42.

20 A su vez, una nutrición insuficiente puede provocar el desarrollo de deficiencias físicas, sensoriales o intelectuales y por tanto de discapacidades.

21 VILLALOBOS ,A., DE CASTRO, F., ROJAS, R. *et al.*, "Trabajo infantil y dificultades severas de funcionamiento y discapacidad en niños y adolescentes mexicanos de 5-17 años", *Salud pública Mexicana,* 2017, núm. 59 (4), pp. 380-388.

notable y más acusada aún en el entorno rural, lo que se une a la inaccesibilidad del transporte, que provoca aún mayor exclusión.

Esta falta de transporte accesible dificulta asimismo la escolarización de muchos niños con discapacidad. Globalmente, de acuerdo con estudios de la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial[22], sólo el 25% de los niños con discapacidad tienen acceso a la educación, y sólo el 5% de ellos termina la escuela primaria, lo que se debe en gran medida a la falta de accesibilidad de las escuelas, tanto en las aulas como en los aseos y comedores, unido a los estereotipos acerca de la dificultad de educar a un niño con discapacidad[23].

De modo especial, son las niñas con discapacidad las que se encuentran en situación más vulnerable, y tienen "menos probabilidades de asistir a la escuela, recibir formación profesional y encontrar empleo, que los niños con discapacidad y que las niñas sin discapacidad"[24]. A ello se une que son más propensas a recibir malos tratos específicos, como la esterilización o el aborto forzosos[25], así como abusos sexuales o violación[26], especialmente cuando tienen una discapacidad intelectual[27] o discapacidad que afecte a la comunicación y que les impide denunciar.

En general, el maltrato de niños y la violencia es más acusado en el caso de que presenten una discapacidad, llegando a unos índices del 20,4% (violencia física) y 13,7% (violencia sexual), algo que también entra de lleno dentro del campo de acción de los ODS, y que requiere luchar contra la "invisibilidad" de estos niños derivada de la frecuente falta de inscripción de su nacimiento[28].

Incluso antes de éste, en la fase prenatal, se aprecia discriminación hacia los niños con discapacidad, pues hay legislaciones que contemplan supuestos

---

22 Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, *Informe Mundial sobre la Discapacidad*, OMS y BM, Malta, 2011.

23 La falta de accesibilidad afecta no solo al acceso a las escuelas, sino a los centros sanitarios, a las actividades deportivas y recreativas y a las infraestructuras en general. Por ello se hace necesario vincular el logro del ODS 9 (Industria, Innovación e Infraestructura) y del ODS11 (Ciudades y comunidades sostenibles) a la incorporación del enfoque de accesibilidad universal previsto en la CDPD. CERMI, *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, núm. 79, enero 2019, p. 26.

24 GROCE, N.E., "Adolescents and Youth with Disabilities: Issues and challenges", *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal*, vol. 5, núm. 2, julio de 2004, pp. 13–32.

25 UNICEF, "Niñas y niños con discapacidad", Estado mundial de la infancia, Nueva York, 2013.

26 DOWSE, L., "Moving Forward or Losing Ground?: The sterilisation of women and girls with disabilities in Australia", Paper prepared for Women with Disabilities Australia and presented at the Disabled Peoples' International World Summit, Winnipeg, Canadá, 8–10 de septiembre de 2004.

27 Los niños con discapacidades intelectuales presentan 4,6 veces más probabilidades de ser víctimas de la violencia sexual que sus compañeros no discapacitados. UNICEF, "Niñas y niños con discapacidad", citado *supra*.

28 Oficina Regional de la UNICEF para América Latina y el Caribe, "Notas de orientación programática sobre niños, niñas y adolescentes con discapacidad 2018-2021", Panamá, 2019. p. 47.

más amplios de terminación del embarazo basados exclusivamente en el defecto o anomalía en el feto, lo que ha sido denunciado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en distintas ocasiones[29].

Por otro lado, la vulnerabilidad de los niños con discapacidad se acentúa en contextos de emergencia y crisis humanitarias, debido a la existencia de barreras físicas, informativas, actitudinales y sociales que les impiden participar en las acciones de respuesta[30].

3. LA AGENDA 2030 Y LOS ODS A LA LUZ DE LA CDN Y LA CDPD

Por su propia naturaleza, la Agenda 2030, aprobada por la Resolución A/RES/70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU)[31] en 2015, no es vinculante. No obstante, su aceptación universal la dota "un alcance y una importancia sin precedentes"[32]. Con un enfoque muy realista, se afirma que de cara a su aplicación hay que tener en cuenta "las diferentes realidades, capacidades y novedades de desarrollo de cada uno" así como respetar "sus políticas y prioridades nacionales"[33].

Al mismo tiempo se reconoce el rol de apoyo que debe proporcionar a los Estados el sistema de Naciones Unidas que, en el caso de la promoción de la igualdad y la no-discriminación, "no es una cuestión de sólo de una opción política, sino de un mandato y un deber fundamentales"[34].

La Agenda se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales de derechos humanos, entre otros, y se compromete al pleno respeto del derecho internacional[35]. De ahí la necesidad de interpretar los ODS a la luz de los tratados de derechos humanos. En lo que a este estudio interesa, tendremos en cuenta qué exigencias derivadas de la CDN y de la CDPD han de respetarse al adoptarse medidas de implementación de la Agenda o los ODS.

---

29 En el caso de España, hasta en dos ocasiones, 2011 y 2019. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/ESP/CO/1, de 19 de octubre de 2011 y CRPD/C/ESP/CO/2-3 de 9 de abril de 2019.

30 UNICEF "Niñas y niños con discapacidad", *op.cit.*

31 Conviene recordar la estructura de la Agenda 2030 aprobada en 2015. La Resolución contiene cinco apartados: Preámbulo; Declaración, Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas; Medios de implementación y Alianza Mundial; Seguimiento y Examen.

32 Agenda 2030, Declaración, párrafo 5.

33 *Ibid.*

34 United Nations System. Chief Executives Board for Coordination. *Leave No One Behind: Equality and Non-Discrimination at the Heart of Sustainable Development: a shared United Nations Framework for Action,* Nueva York, 2017, p. 28.

35 Agenda 2030. Declaración, párrafos 18 y 19.

Partiendo de estos dos instrumentos internacionales, definimos "niño con discapacidad"[36] como todo ser humano menor de dieciocho años[37] que tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás[38]. La CDPD supuso una superación del enfoque asistencialista[39] que aún se aprecia en el art. 23 de la CDN referido a los niños con discapacidad y la adopción de un enfoque de derechos humanos, al que lógicamente se adhiere este trabajo.

Partiendo de los estudios existentes acerca de la relación entre los ODS y la CDPD[40], proponemos acotar nuestro análisis a aquellos ODS más directamente vinculados a los niños con discapacidad, lo que exige a su vez tener en cuenta las exigencias derivadas de la CDN. Por tanto, la selección que presentamos excluye aquellos ODS que afectan a las personas con discapacidad adultas (ej. lo relativo al trabajo) o a los niños en general, sin especial incidencia en los niños con discapacidad. En cualquier caso, no perdemos de vista el carácter integrador e indivisible de los ODS y el hecho de las medidas a implementar para el logro de un objetivo, como pueda ser la erradicación de la pobreza, exija acciones vinculadas a otros ODS no seleccionados para este estudio, como el ODS 6 (agua limpia y saneamiento), el 8 (trabajo decente y crecimiento económico), etc.

La siguiente tabla muestra la relación entre los ODS y las disposiciones de la CDPD y la CVN[41], incluyendo también una referencia a las metas vinculadas al ODS correspondiente. Por razones de espacio, se incluye únicamente la referencia al articulado, sin incluir el texto completo.

---

36 A efectos de simplificar nos referiremos a "niño con discapacidad" como inclusivo de niños, niñas y adolescentes. Las referencias particulares a estos últimos casos se incluirán expresamente.

37 En línea con lo establecido en el art. 1 de la CDN: "Todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

38 En línea con la definición de persona de discapacidad de la CDPD (art. 1)

39 GALVIS, ORTIZ L., "La Convención de los Derechos del Niño veinte años después", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* vol.7, núm. 2, 2009, p. 167.

40 En particular, el trabajo del Instituto Danés de Derechos Humanos, "Los derechos de las personas con discapacidad y los Objetivos de Desarrollo Sostenible", Dinamarca, 2018, disponible en: https://www.humanrights.dk/

41 Seguimos el criterio aplicado en la matriz desarrollada por el Instituto Danés de Derechos Humanos, en colaboración con la Alianza Internacional de la Discapacidad, consistente en no incluir "los principios y derechos consagrados en la CDPD que son tan ampliamente aplicables, o transversales, que no solo podrían aplicarse a la mayoría de las metas, sino a todos".

Tabla 1: Los ODS a la luz de la CDPD y la CDN. Elaboración propia.

ODS	Metas	Disposiciones de la CDPD	Disposiciones de la CDN
1: Erradicación de la pobreza	1.1, 1.2, 1.4, 1.5	Preámbulo, párrafo t) Art. 28.1 Art. 28.2 Art. 11	Art. 10.3
2. Hambre cero	2.1, 2.2.	Art. 28.1	Art. 6.2 Art. 24.2 Art. 27.2
3. Salud y bienestar	3.2, 3.6, 3.8, 3.9	Art. 23.3 Art. 25	Art. 23.2 Art. 23.3
4. Educación de calidad	4.1, 4.2, 4.5, 4.a	Art. 9.1 Art. 24.2	Art. 28.1 Art. 29.1 Art. 32.1
5. Igualdad de género	5.1, 5.2	Art. 6.1	Art. 19.1
8. Trabajo decente y crecimiento económico	8.7	Art. 16.4 Art. 27.2	Art. 32.1 Art. 38.2 Art. 39
9. Industria, innovación e infraestructura	9.1	Art. 9.1 Art. 19	Art. 23.1 Art. 23.3
10. Reducir desigualdades	10.1 y 10.3	Art. 5.2 Art. 7.1 Art. 17	Art. 2.1 Art. 31.1 Art. 31.2
11. Ciudades y comunidades sostenibles	11.1, 11.2, 11.3, 11.5 y 11.7	Art. 9.1 Art. 11	Art. 23.1 Art. 23.3
16. Paz, justicia e instituciones sólidas	16.2, 16.7, 16.9	Art. 7.3 Art. 15.2 Art. 16.2.2 Art. 18.2	Art. 7.1 Art. 12.1 Art. 19.1 Art. 23.1 Art. 34 Art. 39

4. MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UE PARA IMPLEMENTAR LOS ODS: DÓNDE QUEDAN LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD

El "desarrollo sostenible" es un objetivo de la UE expresamente reconocido en los tratados en sus tres vertientes: económica, social y medioambiental. En lo que a este estudio interesa, el art. 3 del TUE incluye el compromiso de la Unión en la lucha contra la discriminación y en la protección de los derechos del niño. Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE exige la no discriminación por razón de edad o discapacidad (art. 21.1), la consideración de la opinión de los menores en asuntos que les afecten y, en cualquier caso, del interés superior del menor (art. 24) y la adopción de medidas tendentes a garantizar la autonomía, la integración y la participación de las personas con discapacidad (art. 26).

La UE contribuyó de modo decisivo a la elaboración de la Agenda 2030, que se ha convertido en el plan mundial de desarrollo sostenible[42]. Además, ha mostrado un claro compromiso en la protección de los derechos del niño, tanto en la acción interna como externa, con respeto al principio de subsidiariedad[43].

En la actualidad, el programa de trabajo de la Comisión Europea gira en torno a seis prioridades políticas que engloban los diecisiete ODS. De estas prioridades se desprenden distintas acciones y estrategias de la Unión, entre las que destacamos, por lo que se refiere a nuestro estudio, la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño[44] y la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030[45], que se definen como complementarias. Además, de modo expreso se destaca el vínculo entre estas Estrategias, la CDN y la CDPD y los ODS[46].

Uno de los problemas principales a la hora de elaborar políticas dirigidas a los niños con discapacidad es la falta de datos precisos acerca de los mismos[47], como ha sido destacado por algunos expertos[48]. Por ello se considera funda-

---

42 COMISIÓN EUROPEA, Documento de trabajo. «Delivering on the UN's Sustainable Development Goals – A comprehensive approach». SWD(2020) 400 final. 18 de noviembre de 2020.

43 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño*, 23 de marzo de 2021, COM (2021) 142 final, p. 3

44 *Ibid.*

45 COMISIÓN EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030, 3 de marzo de 2021, COM/2021/101 final.

46 Estrategia de la UE para los derechos del niño, *cit.*, p. 3.

47 UNICEF, Division of Data, Analytics, Planning and Monitoring, *Producing disability-inclusive data: why it matters and what it takes,* Nueva York, 2020.

48 Entre otros, véase CARDONA LLORENS, J. "La ausencia de un buen sistema de datos desagregados es un problema diagnosticado por la ONU para conocer la realidad de la infancia" (entrevista), *Revista de Estadística y Sociedad* núm. 63, abril 2015.

mental ampliar los criterios de desagregación de datos para cumplir con las obligaciones de no discriminación e igualdad[49].

La UE reconoce que las opiniones de los niños no se tienen en cuenta suficientemente en materias que les afectan; no obstante, se ha contado con los verdaderos protagonistas, los niños y las personas con discapacidad, para diseñar las Estrategias Europeas para los Derechos del Niño y los Derechos de las Personas con Discapacidad respectivamente. Las organizaciones representativas de personas con discapacidad han sido muy activas fomentando la escucha de sus intereses y necesidades[50]. También se ha producido una mayor movilización de los niños, que piden normalizar su participación[51]. Sin embargo, no podemos medir hasta qué punto se ha tenido en cuenta la aportación específica de niños con discapacidad en ambas Estrategias.

Una iniciativa de interés en la UE consiste en fomentar el reconocimiento mutuo de la condición de discapacidad, a través de una Tarjeta Europea de Discapacidad, para favorecer el ejercicio sin trabas de los derechos de libre circulación en cuanto al acceso a las prestaciones sociales, a la interpretación de lengua de signos, etc.

Queremos destacar también la Garantía Infantil Europea, uno de cuyos objetivos es erradicar la pobreza infantil[52], incluyendo un enfoque específico para niños especialmente vulnerables, entre ellos, los niños con discapacidad[53]. Se pretende romper el círculo vicioso que hace que la exclusión social provoque una menor salud y un menor rendimiento académico, conducente al mayor abandono escolar que provoca desempleo y por tanto pobreza, que llevaría de nuevo a una mayor exclusión.

Para ello, los retos a superar van en paralelo a las metas de la Agenda 2030 identificadas anteriormente en este trabajo. Principalmente se refieren a la educación, el acceso a la asistencia sanitaria y las actividades recreativas, la

---

49 United Nations System. Chief Executives Board for Coordination, *Leave No One Behind: Equality and Non-Discrimination at the Heart of Sustainable Development: a shared United Nations Framework for Action,* Nueva York, 2017, p. 28.

50 Por citar un ejemplo, CERMI Mujeres organiza ciclos de encuentros para fomentar el acompañamiento y participación de las mujeres y niños con discapacidad y, en particular, destacamos la celebración del XXXVI webinario "¡No estás sola!", con el título "Escuchando a las niñas con discapacidad", en septiembre de 2021. Con carácter más general, es interesante destacar iniciativas como la del Disability Hub, *Disability in the 2030 Agenda and SDGs*, en octubre de 2020 (www.disabilityhub.es, última consulta, 9 octubre 2021).

51 "Nothing that is decided for children should be decided without children. It's time to normalise child participation". Children's conclusions, 13th European Forum on the rights of the child, 2020. La UE toma nota de esta inquietud y ha propuesto la creación de una Plataforma europea de participación infantil.

52 Uno de cada cuatro niños en la UE vive bajo el umbral de la pobreza.

53 https://www.unicef.es/blog/esta-crisis-es-una-oportunidad-para-hacer-una-europa-mas-inclusiva

erradicación de la pobreza, su participación en la vida de la comunidad y la no discriminación[54].

En el ámbito educativo destaca la diferencia de resultados entre los estudiantes con y sin discapacidad, apreciándose importantes diferencias en el mayor abandono escolar y el menor índice de titulados universitarios con discapacidad[55]. Los niños con discapacidades severas se encuentran en particular desventaja[56]. La UE fomenta la educación inclusiva, al tiempo que reconoce la necesidad de una investigación sistemática acerca de las condiciones para que prosperen los alumnos con ciertas discapacidades como el autismo o la dislexia.

Uno de los factores que incide en la educación es la falta de formación específica del profesorado, así como las deficientes condiciones de accesibilidad de las instalaciones escolares y del transporte escolar, lo que es especialmente importante en áreas rurales. La UE ha adoptado medidas para favorecer una mayor accesibilidad[57], pero sigue siendo necesario mejorar la accesibilidad de edificios, medios de transporte, internet, administración, etc., y en particular, al margen de las barreras arquitectónicas, favorecer la comunicación accesible a través del lenguaje de signos y braille.

Un gran reto pendiente es la lucha contra los estereotipos hacia los niños con discapacidad, que conduce a un mayor índice de abandono y de institucionalización, especialmente en el caso de discapacidad intelectual o psicosocial, como sucede en Finlandia[58]. Esto va ligado también al mayor índice de violencia experimentado por niños con discapacidad.

Por último, no basta con elaborar declaraciones muy garantistas si éstas no van acompañadas de un plan de inversiones que lo doten de viabilidad real. La UE, con iniciativas como el Acta de la Accesibilidad y la Garantía Infantil Europea, está dando pasos en la buena dirección para tutelar los derechos de los niños con discapacidad. En aplicación del principio de subsidiariedad, deben ser también los Estados los que adopten medidas que favorezcan programas de atención temprana, de transporte adaptado, de ajustes razonables en las escuelas, etc., en estrecha colaboración con los niños con discapacidad y sus organizaciones representativas.

---

54 Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad, apartado 1.

55 Estrategia de la UE sobre los derechos de las personas con discapacidad, apartado 14.

56 ANED (the Academic Network of European Disability Experts), *European comparative data on Europe 2020 & People with disabilities. Final report* prepared by GRAMMENOS S. from Centre for European Social and Economic Policy, enero 2017, p. 8.

57 Destacamos el *Acta Europea de Accesibilidad*, Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

58 KATSUI H, VALKAMA, K, KRÖGER, T, *FI-ANED 2018-19-Country report Living independently, Finland*. ANED (The Academic Network of European Disability Experts), Finlandia, 2019.

5. CONCLUSIÓN

La Unión Europea promovió la adopción de una agenda universal orientada al logro de un desarrollo sostenible, que prioriza la atención a los más vulnerables. Esto va en línea con los propios objetivos de la Unión, que tienen una clara vertiente social.

Consideramos que no es suficiente la lucha contra la exclusión social y el combatir la discriminación, sino que es exigible una actuación positiva en favor de los niños con discapacidad, tal y como se desprende de las obligaciones de la CDPD firmada por la UE y del respeto a los derechos del niño que ha de permear toda la legislación europea.

Por ello, es necesaria una línea de acción específica hacia los niños con discapacidad, que tenga en cuenta una eventual discriminación multisectorial, debida al género, la condición de inmigrante, la pertenencia a una minoría étnica, etc.

La magnitud de los retos pendientes de la Agenda 2030 en cuanto a las personas con discapacidad puede invitar al desánimo. Sin embargo, los pasos dados en los últimos quince años, desde la aprobación de la CDPD, y la normalización de la involucración de las personas con discapacidad en el diseño e implementación de políticas que les afectan, al menos en la Unión Europea, nos permiten una puerta a la esperanza de que, efectivamente, nadie se quede atrás.

PROSPERIDAD

EL PROGRAMA "PRÓXIMA GENERACIÓN UNIÓN EUROPEA" Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: ¿UN MODELO DE DESARROLLO SOSTENIBLE, EQUITATIVO Y COMPETITIVO?

MERCEDES GUINEA LLORENTE[1]

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES: RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA A LA LUZ DE LOS ODS. 2. EL PROGRAMA "PRÓXIMA GENERACIÓN UE": PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS. 2.1. FINANCIACIÓN MEDIANTE ENDEUDAMIENTO CONJUNTO. 2.2. DESARROLLO DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA. 2.3. NUEVA POLÍTICA COMÚN DE INSPIRACIÓN KEYNESIANA. 2.4. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FEDERAL. 3. MAPEANDO EL INSTRUMENTO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA: ESTRUCTURA, FINALIDAD Y OBJETIVOS. 3.1. EL MECANISMO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA. 3.2. EL APOYO A PROGRAMAS ESTRATÉGICOS DEL PRESUPUESTO COMÚN. 4. ANÁLISIS DEL "PRÓXIMA GENERACIÓN UE" A LA LUZ DE LOS ODS. 4.1. DIMENSIÓN MEDIOAMBIENTAL. 4.2. PROSPERIDAD COMPARTIDA. 4.3. MODELO SOCIAL. 4.4. REFUERZO DE LA INSTITUCIONALIDAD. 5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES RELATIVAS A LA IMPLEMENTACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES: RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA A LA LUZ DE LOS ODS

La Unión Europea (UE) fue un actor relevante en la adopción de la agenda y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Esto no resulta extraño, dado que ese modelo de desarrollo multidimensional no hace más que recoger los rasgos de la Economía Social de Mercado, definidos en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE). La introducción del marco de los ODS como referente para la formulación de las políticas europeas ha sido, sin embargo, más tardío. Sólo en 2017 se pusieron en marcha procedimientos institucionales para medir a la luz de los ODS y sus metas, el progreso de la UE en la materia[2].

---

[1] Profesora titular interina de Relaciones Internacionales. Universidad Complutense de Madrid (mmguinea@ucm.es). Todas las páginas web citadas han sido consultadas por última vez el 21 de diciembre de 2020. Quiero agradecer los comentarios a una versión preliminar de este trabajo hechos por mi compañera y querida amiga, Teresa Fajardo, que han enriquecido notablemente este análisis.

[2] EUROSTAT ponía entonces en marcha un procedimiento anual de monitorización del avance de la UE en relación a los 17 ODS, en base a una serie de indicadores, que concluye con la emisión de un largo y denso informe. En relación al del último año, véase: EUROSTAT, *Sustainable development in the European Union. Monitoring report on progress towards the SDGs in a EU context. 2021 edition,* Luxemburg, Publications Office of the European Union, 2021.

El Parlamento Europeo criticó este enfoque por insuficiente al ser sólo un ejercicio técnico y burocrático, que medía el avance, pero que no alcanzaba a modelar la acción política de la UE[3]. De ahí, que exigiera a Ursula von der Leyen, para nombrarla Presidenta de la Comisión, que adoptara como brújula de su acción política los ODS[4]. Esta, en su programa de Gobierno, se referirá a este marco en su tercer objetivo "Una economía que funcione en pro de las personas", comprometiéndose con una reforma de la misma para incluir derechos sociales, neutralidad climática e industria competitiva[5].

A las pocas semanas de la toma de posesión de la nueva Comisión, se declararía la pandemia de COVID-19, que al golpear fuertemente a la UE, afectaría de lleno a la acción política europea. Este hecho no ha repercutido en el compromiso de la Comisión: en la modificación de su mandato, el Vicepresidente Dombrovskis recibía el encargo de implementar la estrategia de recuperación y reorientar el Semestre Europeo, en ambos casos integrando los ODS[6].

En respuesta al desafío socioeconómico planteado por la pandemia, el Consejo Europeo conseguía consensuar el 21 de julio de 2020 el Programa "Próxima Generación UE" (PGUE)[7], llamado así porque se propone "reparar los daños provocados por la crisis y preparar un futuro mejor para la próxima generación"[8]. Esta decisión supone un hito trascendental en el proceso de integración europea, poniendo a la UE en una dirección política diferente, al romper varios tabúes y generar una dinámica federalizadora. Busca, como

---

3 PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre la acción de la UE en materia de sostenibilidad,* Estrasburgo, 6 de julio de 2017, (P8_TA(2017)0315).

4 La candidata del Consejo Europeo, Ursula Von de Leyen, tuvo que aunar una mayoría transversal en el Parlamento Europeo para salir elegida. De ahí que durante las semanas previas a su votación desarrollara un amplio proceso de consultas con los líderes de los cuatro grupos políticos prointegración –PPE, S&D, Renew y Verdes- para diseñar de manera consensual su agenda política. Los ODS fueron aportación de Socialistas y Verdes. Véase en relación a esta cuestión: GUINEA LLORENTE, M., "La Agenda del nuevo ciclo político de la Unión Europea (2019-2024): ¿ambiciones a la altura de los desafíos?", en: GONZÁLEZ DEL MIÑO, P. (dir.), *El sistema internacional del siglo XXI. Dinámicas, actores y relaciones internacionales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 171-188, p. 178.

5 VON DER LEYEN, U. (Candidata del Consejo Europeo a Presidenta de la Comisión), "*Una Unión que se esfuerza por alcanzar más resultados. Mi agenda para Europa". Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2019-2024,* Estrasburgo, 12 de julio de 2019, p. 9. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf.

6 VON DER LEYEN, U. (President of the European Commission), *Mission letter to Valdis Dombrovskis, Executive Vice-president for An Economy that Works for People,* Brussels, 13 September 2020, p.4. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-valdis-dombrovskis-2019_en.pdf.

7 CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la reunión extraordinaria,* Bruselas, 17 a 21 de julio de 2020, (EUCO 10/20).

8 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación",* Bruselas, 27 de mayo de 2020, (COM(2020) 456final), p. 1.

dice la exposición de motivos de uno de sus Reglamentos, permitir a los Estados miembros (EEMM) hacer frente a la pandemia e invertir en la recuperación sin perder de vista los objetivos de financiar suficientemente los servicios públicos, perseguir la cohesión social y transformar los modelos productivos en línea con el Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas[9].

En esta ponencia nos proponemos examinar el PGUE desde la perspectiva de la agenda 2030 y los ODS, intentanto verificar si esos postulados son ciertos. Para ello, comenzaremos por presentar las principales características del programa, que supera con mucho la inversión para la recuperación y abre múltiples vías de profundización federal. En segundo lugar, examinaremos el Instrumento de Recuperación y Resiliencia (IRR), instrumento básico del Programa, con sus dos elementos –el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y el apoyo temporal a programas comunitarios estratégicos-, teniendo en cuenta sus objetivos y prioridades. En tercer lugar, cruzaremos esos objetivos y prioridades con los establecidos en las metas de los ODS, para intentar responder a la pregunta de si el PGUE efectivamente respeta el objetivo de la Comisión Von der Leyen de alinear su acción política con los ODS. Terminaremos con unas reflexiones finales a modo de conclusión.

Dado el momento en que escribimos, otoño de 2021, solo podemos intentar una valoración del PGUE en el plano de política pública formulada. Los principales instrumentos para implementar el PGUE, los Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia (PNRR), han sido presentados en su mayor parte por los EEMM desde la primavera de 2021 y apenas han comenzado con su implementación[10]. Dejamos para un momento posterior el análisis de la contribución del PGUE a los ODS en términos de efectividad de la política.

---

9 Reglamento UE (2021/241) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, DOUE L 57,* de 18.2.2021, p. 18.

10 A 31 de enero de 2022, todos los EEMM salvo los Países Bajos, han presentado sus PNRR. Veintidós de ellos han sido aprobados por el Consejo y se ha entregado el primer plazo de prefinanciación. Existe conflicto político respecto a los Planes de Polonia y Hungría, a quienes la Comisión ha pedido como condición para su aprobación determinadas medidas políticas vinculadas al Estado de Derecho. El Parlamento Europeo, por su parte, está presionando para que no sean aprobados hasta que estos dos Estados no cumplan con lo dispuesto en las Sentencias del Tribunal de Justicia. España es el primero de los Estados que ha presentado a evaluación el cumplimiento de sus primeros hitos y reformas para acceder a más financiación, que fue aprobada por el Comité Económico y Financiero en diciembre de 2021. Puede encontrarse toda la información en la siguiente página web de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/recovery-coronavirus/recovery-and-resilience-facility_en.

2. EL PROGRAMA "PRÓXIMA GENERACIÓN UE": PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS

El PGUE constituye la principal respuesta política de la UE al impacto socioeconómico de la pandemia en la UE, que culmina un conjunto de medidas sanitarias, económicas, financieras y sociales, comenzadas a adoptar desde marzo de 2020[11]. Fue aprobado por el Consejo Europeo, en su reunión extraordinaria de julio de 2020, después de un largo y costoso proceso de negociación, en que la Presidencia alemana actuó de eficaz mediadora[12]. Con algunas concesiones, se consiguió superar el abismo, que se arrastraba desde la crisis de 2008, entre los EEMM del Norte –los "frugales"- y los del Sur –los protransferencias-, en relación al modelo económico de la UE dando un giro de 180º a la política europea[13]. En esta crisis, los EEMM asumen que todos ellos tienen un problema común –la pandemia y sus dramáticos efectos-, y deciden darle respuesta produciendo una política comunitaria –el PGUE-, con nuevos instrumentos –IRR y MRR-, que se financian mediante deuda pública común, y se gestiona bajo un método –parcialmente- comunitario.

El PGUE es un instrumento de estímulo, excepcional y temporal, llamado a completar la financiación de la UE, con la finalidad de abordar la recuperación post-COVID y la transformación del modelo productivo europeo para ganar en competitividad y desarrollar la Economía Social de Mercado. Presentado como un "gran programa Marshall" para promover la recuperación

---

11 La pandemia de COVID-19 entra en la UE por Italia a finales de enero de 2020, propagándose rápidamente por los Estados europeos, afectando mucho más dramáticamente al Sur. Frente a unas primeras semanas de repliegue nacional y de falta de solidaridad de los EEMM, a partir del 10 de marzo de 2020, la UE decidiría adoptar medidas de coordinación de las respuestas nacionales y acciones políticas comunes desde los ámbitos de competencia específicos de cada una de las instituciones. Se pondría en marcha progresivamente un amplísimo abanico de medidas, que han resultado claves para apoyar a los EEMM frente al desafío sanitario y socioeconómico de la pandemia. Hemos valorado en otro lugar el alcance político de esta respuesta: GUINEA LLORENTE, M., "La Unión Europea entre desintegración e integración: Brexit y pandemia", *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito,* vol. 23, nº2, 2021, pp. 157-177. Disponible en: https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/50672. Para un análisis detallado de toda la legislación puesta en marcha en respuesta a la pandemia, véase: UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D. y SHABBIR, A., *EU law in times of pandemic: the EU's legal response to COVID-19,* Madrid, EU Law Live Press, 2021.

12 CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la reunión extraordinaria…, op. cit.* La propuesta de la Comisión de mayo de 2020, fue adoptada en respuesta a una propuesta de las cuatro familias del Parlamento Europeo y respaldada por el eje francoalemán y otros Estados miembros, entre ellos España.

13 La transacción ha sido posible por el giro de Alemania, que pasa de ser el líder de los "frugales", a pasarse al bando de los de la cohesión, al comprender que, en la situación de extrema gravedad en que nos encontramos, la solidaridad y las transferencias son imprescindibles para asegurar la cohesión de la *polity* europea. Véase: FERRERA, M., MIRÓ, J. y RONCHI, S., "Walking the Road Together? EU Polity Maintenance during the COVID-19 crisis", *West European Politics,* vol. 44, nº 4-5, 2021, pp. 1329-1352.

económica de la UE, supera con mucho el mero carácter de instrumento antishock de naturaleza keynesiana[14], para convertirse en una estrategia que alinea la totalidad de la acción política comunitaria, en su dimensión interna[15]. Su filosofía no es solo restaurar la economía europea a su situación prepandemia, sino la de financiar las grandes transformaciones en las que ya se había embarcado la UE, la ecológica y la digital, y apoyar la cohesión social para reforzar la resiliencia de los EEMM y los ciudadanos y, así, ganar competitividad internacional.

No cambia las prioridades de la agenda política europea, sino que se reafirma en ellas, para conseguir que la pandemia no limite la capacidad de la UE para alcanzar sus objetivos[16]. Supera el enfoque de ofrecer solidaridad dirigida a reparar los daños de la crisis, para proponer un pacto generacional para el futuro, realizando inversiones en una escala sin precedentes que pretenden cosechar beneficios en los años venideros. Se integra, por ello, con el Marco Financiero Plurianual 2021-27, apoyándolo en sus primeros años y coincidiendo en la misma finalidad, objetivos y principios[17].

---

14 Más que un instrumento antishock, es una extensión excepcional del presupuesto de la UE, en la medida en que los fondos van vinculados a la consecución de los objetivos de la agenda común y atienden, no sólo al impacto de la pandemia, sino más bien a la debilidad de las economías nacionales. ALCIDI, C. y GROS, D., "Next Generation EU: A Large Common Response to the COVID-19 Crisis", *Intereconomics,* vol. 55, nº4, 2020, pp. 202–203. Disponible en: https://www.intereconomics.eu/contents/year/2020/number/4/article/next-generation-eu-a-large-common-response-to-the-covid-19-crisis.html.

15 Ratifica ese carácter del PGUE de superestrategia que organiza y alinea todas las actuaciones del EM en relación a sus compromisos socioeconómicos el hecho de que los artículos 17 y 18 del Reglamento sobre el MRR establezca que los PNRR han de ser coherentes con los retos y prioridades establecidos para cada país en el marco del Semestre Europeo, incluidos los del Pilar Europeo de Derechos Sociales, los planes nacionales de reforma, los planes nacionales de energía y clima, los planes territoriales de transición justa y los planes de aplicación de la Garantía Juvenil. Ese carácter vertebrador que se le asigna explica que se excepcione a los países que presenten un PNRR de elaborar sus Planes Naciones de Reforma de acuerdo con el Semestre Europeo.

16 Las tres instituciones europeas consensuaron una agenda política para el quinquenio 2019-24, que se consolida en el Programa de la Comisión, que tiene los siguientes objetivos para la acción política europea: el Pacto Verde Europeo; una economía que funcione en pro de las personas; la digitalización; la promoción del modo de vida europeo; una Europa más fuerte en el mundo y un nuevo impulso a la democracia europea. El PGUE, bien mediante fondos, objetivos globales o condicionalidad, destina fondos a apoyar todos ellos, directa o indirectamente.

17 Ejemplo de que son dos instrumentos complementarios para una misma estrategia política es la exposición de motivos del Reglamento del MFP que coincide en los mismos objetivos: "Las repercusiones económicas de la crisis de la COVID-19 requieren que la Unión disponga de un marco financiero a largo plazo que allane el camino para una transición justa e integradora a un futuro ecológico y digital, apoye la autonomía estratégica a largo plazo de la Unión y la haga resistente a las crisis futuras". Reglamento (UE/Euratom) 2020/2093, del Consejo, de 17 de diciembre de 2020, por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-27, *DO* L 433 I, de 22.12.2020, p. 11.

El PGUE avanza una federalización del modelo europeo, al menos en cuatro dimensiones, que podemos calificar de mutación constitucional, en la medida en que hay profundización del modelo político, pero no se tocan los Tratados. Vamos a abordar muy resumidamente estos avances en los siguientes subapartados[18].

2.1 Financiación mediante endeudamiento conjunto

La pandemia ha revolucionado uno de los ámbitos más descuidados de la integración: su financiación. Ha permitido romper tres tabúes tradicionales y elevar el techo de gasto, emitir deuda pública europea para financiar el IRR por valor de 750 000 millones de euros y considerar la creación de nuevos recursos propios, con los primeros de ellos ya en vigor, el impuesto sobre plásticos no recuperables y las exacciones de carbono en frontera[19]. La obtención de fondos mediante deuda pública europea por la Comisión no está prevista en el Tratado, pero se ha aceptado porque evita incrementar las deudas públicas nacionales, muchas de ellas ya en su límite, para combatir la crisis. Dada su calificación de triple A y su demanda masiva, permite a los EEMM financiar la UE de manera más barata, a la vez que mejora sus propias posiciones de financiación[20].

Para convencer a los frugales, estos empréstitos se han aprobado como "medios complementarios, extraordinarios y temporales para hacer frente a la crisis ocasionada por la COVID-19"[21]. Pero existe un consenso amplio sobre que se ha abierto un nuevo camino y que, dadas sus ventajas, se volverá a

---

18 Hemos analizado detenidamente estas características en otro trabajo: GUINEA LLORENTE, M., ""Próxima generación UE": recuperación post-COVID y transformación económica y social como política federal europea", en: DÍAZ LAFUENTE, J. y HANSEN, G. L. (Eds.), *Los desafíos de la globalización: respuestas desde América Latina y la Unión Europea,* Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa).

19 LAMASSOURE, A., "The Awakening of the Sleeping Beauty?", en: LAFFAN, B. y DE FEO, A., (Eds.), *EU Financing for Next Decade. Beyond the MFF 2021-2027 and the Next Generation EU,* Florence, European University Institute, 2020, pp. 15-20.

20 En el pasado se han producido emisiones puntuales y limitadas de deuda pública por la Comisión para financiar determinados mecanismos europeos. Fue así el caso del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera o, más recientemente, el programa SURE. Tanto el Banco Europeo de Inversiones, como el Mecanismo Europeo de Estabilización también tienen en su operativa la emisión de bonos para financiar su actuación. La generalización de la deuda pública europea para financiar una política común supone un salto cualitativo que se valora como muy positivo para EEMM y la propia UE. Véase: DELGADO-TÉLLEZ, M., KATARYNIUK, I, LÓPEZ-VICENTE, F. y PÉREZ, J. J., "Endeudamiento supranacional y necesidades de financiación en la Unión Europea", *Documentos ocasionales del Banco de España,* nº 2021, 2020; disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/DocumentosOcasionales/20/Fich/do2021.pdf

21 Art. 5 de la Decisión (UE/Euratom) 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por la que se deroga la Decisión 2014/315/UE,Euratom, *DO,* L 424, de 15.12.2020, p. 1.

recurrir al endeudamiento conjunto cuando sea necesario[22]. Incluso, el debate sobre nuevos recursos propios no parece que ahora vaya a ser tan problemático como en el pasado, habida cuenta que los contrarios eran los EEMM contribuyentes netos, que ahora preferirán que el repago sea mediante recursos propios nuevos antes que salga de sus presupuestos nacionales[23].

El doble hecho de que se cuente con nuevos recursos propios para financiar la UE y que esta pueda recurrir a la deuda pública, da a la acción política europea mayor autonomía respecto a las transacciones entre EEMM, considerándose, por ello, la "antecámara de una solución fiscal federal europea"[24]. No obstante, este avance en la federalización de la UE es solo parcialmente satisfactorio, ya que el Parlamento Europeo no participa en la adopción de la Decisión sobre Recursos Propios y, por tanto, no está sometida al método comunitario. Y resulta, cuanto menos, raro que no se respete el adagio común a las tradiciones parlamentarias europeas del *"no taxation without representation"*.

2.2 Desarrollo de la Unión Económica y Monetaria

En un efecto que inicialmente no se esperaba, el PGUE contribuye a desarrollar el modelo constitucional de la UEM, en una doble vertiente: otorgando una capacidad fiscal al euro y, a través de la condicionalidad macroeconómica exigida por los frugales, avanzando hacia una Unión Económica. La financiación de la UE mediante deuda mutualizada impulsa la construcción de la UEM, ya que se avanza en integración fiscal y en integración financiera, facilitando la unión de los mercados de capitales, y reforzando los mecanismos de compartición de riesgos, lo que reduce el impacto de shocks y promueve la estabilidad[25]. Promueve el papel del euro como moneda de reserva internacional, contribuye a la estabilidad financiera al reducir la presión sobre los tipos de interés, permite reducir el vínculo banco-soberano y evitar el efecto de arrastre de las crisis al sector bancario y refuerza la eficacia de la conducción de la política monetaria.

---

22 DELGADO-TÉLLEZ, M., KATARYNIUK, I, LÓPEZ-VICENTE, F. y PÉREZ, J. J., "Endeudamiento supranacional…", *op. cit.;* ESCARIO, J. L., "El fondo de recuperación Nueva Generación UE: el año de su puesta en marcha", en: LÓPEZ GARRIDO, D. (Dir.), *Informe sobre el estado de la Unión Europea 2021. Europa en un periodo de transición,* Madrid, Fundación Alternativas y Friedrich Ebert Stiftung, 2021, pp. 53-62; RUBIO BARCELÓ, E., "El fondo de recuperación de la UE: ¿un primer paso hacia la Unión Fiscal?, en: VVAA, *Anuario Internacional CIDOB 2021,* 7/2021, p. 1, disponible en: https://www.cidob.org/es/articulos/anuario_internacional_cidob/2021/el_fondo_de_recuperacion_de_la_ue_un_primer_paso_hacia_la_union_fiscal.

23 ESCARIO, J. L., "El fondo de recuperación Nueva Generación UE…", *op. cit.,* p. 55.

24 CABRAL, N. DA COSTA, "Borrowing in the European Union: from a pure national model to the antechamber of a European fiscal federal solution", *Journal of European Integration,* 2021, DOI: 10.1080/07036337.2021.1881499.

25 En relación a esta cuestión, véase: DELGADO-TÉLLEZ, M., KATARYNIUK, I, LÓPEZ-VICENTE, F. y PÉREZ, J. J., "Endeudamiento supranacional…", *op. cit.,* pp. 15-16.

Se considera que la mutualización de deuda es un embrión de Tesoro de la Eurozona, que abre la puerta a una futura Unión Fiscal[26]. La idea de crear un Tesoro de la Eurozona no es nueva sino que ya estaba reflejada en el Informe de los Cinco Presidentes, plan de consolidación de la UEM de 2015[27]. Se rompe aquí otro tabú y otro bloqueo, entendiéndose ahora que la UEM no se puede hacer solo a base de normas y que también necesita de transferencias[28].

Vincular la recepción de fondos por parte de los EEMM al respeto de los objetivos del Semestre Europeo, y las reformas que ahí se fijen, inicialmente fue una concesión a los frugales, que temen que la mutualización genere riesgo moral. Sin embargo, también contribuye a reforzar la dirección de las políticas macroeconómicas nacionales aplicando una condicionalidad positiva, propia de políticas como la ampliación o la vecindad[29]. De hecho, el proceso del Semestre Europeo se integra plenamente en la estrategia de recuperación y resiliencia, de manera que los EEMM deben en sus PNRR integrar las directrices de los Informes de Crecimiento Sostenible de la Comisión y detallar las medidas y actuaciones para alcanzar sus objetivos[30]. La evaluación de cumplimiento del PNRR tendrá especialmente en cuenta esta dimensión macroeconómica.

Esta condicionalidad positiva puede conseguir lo que no ha obtenido hasta este momento el Semestre Europeo, que no ha funcionado para imponer una disciplina presupuestaria a los EEMM y una dirección a su gasto público. De hecho, el PGUE reforma el Semestre Europeo reforzándolo de dos maneras diferentes. El incumplimiento ya no solo estará respaldado por una posible sanción, que sabemos que no se aplicará, sino por la pérdida de fondos. En segundo lugar, y más relevante, y aquí tenemos otra característica constitucional,

---

26 Véase entre otros: FERNÁNDEZ, J., "The Fiscal Response: A Step Forward towards Debt Mutualization?", en: VVAA., *A Yearbook on the Euro in 2021,* Madrid, Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2021, pp. 77-94, p. 78; y CABRAL, N. DA COSTA, "Borrowing in the European Union…", *op. cit.,* p. 13.

27 JUNCKER, J-C., TUSK, D., DIJSSELBLOEM, J., DRAGHI, M. y SCHULZ, M., *Completing Europe's Economic and Monetary Union,* Brussels, 22 June 2015.

28 LADI, S. y TSAROUHAS, D., "EU Economic Governance and Covid-19: Policy Learning and Windows of Opportunity", *Journal of European Integration*, vol. 42, nº 8, 2020, pp. 1041–1056.

29 La financiación por la UE de reformas estructurales nacionales, pactadas bajo "contrato", ya había sido propuesta en varios documentos relativos a la compleción constitucional de la UEM, como el Plan de los Cuatro Presidentes, o la Comunicación de la Comisión de 2017, Véanse, respectivamente, VAN ROMPUY, H. (PRESIDENTE DEL CONSEJO EUROPEO) en colaboración con BARROSO, J.M. (PRESIDENTE DE LA COMISIÓN EUROPEA), JUNCKER, J.C. (PRESIDENTE DEL EUROGRUPO) y DRAGHI, M. (PRESIDENTE DEL BANCO CENTRAL EUROPEO), *Hacia una auténtica Unión Económica y Monetaria,* Bruselas, 5 de diciembre de 2012, p. 9; y COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo y al Banco Central Europeo "Nuevos instrumentos presupuestarios para una zona del euro estable dentro del marco de la Unión",* Bruselas, 6 de diciembre de 2017, (COM(2017) 822final), p. 5.

30 Véase al respecto el artículo 18.4.b del Reglamento (UE) 2021/241 sobre el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, *op. cit.*

el Semestre se ha ampliado a los objetivos sociales del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), lo que dota de obligatoriedad y contenido a lo que antes era solo un compromiso político, yendo más allá de las competencias en política social del Tratado[31]. Luego, la UEM no solo mira ahora la ortodoxia macroeconómica sino que incluye entre sus objetivos la cohesión social.

2.3 Nueva política común de inspiración keynesiana

El PGUE pone en marcha una nueva política a escala supranacional: una estrategia de inversión en los EEMM, de acuerdo con parámetros comunes, con la finalidad de sumar más inversión pública y privada para reparar los daños económicos y sociales de la crisis y producir una transformación de los modelos productivos, en la senda ecológica y digital y conseguir cohesión social[32].

El PGUE supera con mucho el marco del art. 119 del TFUE que establece que la política económica de la UE se basa en la estrecha coordinación de políticas nacionales, bajo el método intergubernamental. Por ello se ha argumentado, con razón, la necesidad de acudir a bases jurídicas diversas (presupuesto, coordinación de políticas económicas, cohesión económica y social) para fundamentar este programa[33]. Resultan evidentes las ventajas de una respuesta fiscal coordinada a la crisis, que permite que todos los EEMM se beneficien de los esfuerzos, generándose sinergias de crecimiento en los demás y limitando las pérdidas hacia el exterior a una menor parte de los esfuerzos de inversión[34].

Desde la UE nunca se había promovido, financiándola, una política común de desarrollo económico en torno a un mismo modelo, que implementa

---

31 Así, Hacker considera que "la pandemia podría marcar un punto de inflexión en la política social y de empleo europeas". HACKER, B., "La Europa social en acción: una nueva prioridad en la pandemia tras una década perdida", en: LÓPEZ GARRIDO, D. (Dir.), *Informe sobre el Estado de la Unión 2021…, op. cit.,* pp. 75-86, p. 83.

32 Solo se había planteado una política similar, de manera limitada, con el "Plan Juncker", con la diferencia de que este era de gestión centralizada. Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2017, relativo al Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas, al Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión y al Portal Europeo de Proyectos de Inversión, y por el cual se modifican los Reglamentos (UE) 1291/2015 y 1316/2013, *DO* L 169, de 1.7.2017, p.1. Hemos analizado el alcance de este programa comunitario de relanzamiento de la economía en: GUINEA LLORENTE, M. y DÍAZ LAFUENTE, J., *El cumplimiento de la Comisión Europea con sus ciudadanos. Un balance de resultados de la VIII legislatura del Parlamento Europeo y recomendaciones para el futuro,* Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 52-54.

33 SÁNCHEZ-BARRUECO, M. L. "El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación postpandemia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 69, 2021, pp. 555-599, p. 561.

34 PICEK, O., "Spillover Effects From Next Generation EU", *Intereconomics,* vol. 55, nº 5, 2020, pp. 325–331, disponible en: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10272-020-0923-z.pdf.

los parámetros de la Economía Social de Mercado del artículo 3.3 del TUE. La concepción, dirección y características de la recuperación y transformación son comunes, iguales para todos los EEMM. Cuentan con la legitimación de haber sido aprobados mediante Reglamentos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario, bajo el método comunitario y, como hemos visto, implementan la agenda política europea consensuada por las instituciones para este ciclo político. Supone una gran puesta en común de soberanía, ya que si, un Estado miembro no compartiera el modelo o los parámetros de este plan, sólo le queda la salida de no presentar un PNRR y no beneficiarse de la financiación común.

2.4 Aplicación del principio de solidaridad federal

El modo de reparto de los fondos entre EEMM del PGUE refuerza la dimensión federal de la UE, ya que sigue el principio de solidaridad federal y la redistribución de riqueza entre EEMM y ciudadanos[35]. Los EEMM son los garantes últimos de la deuda pública europea en función de su desarrollo relativo, de manera que los más ricos asumen más responsabilidad. La distribución de los fondos, en cambio, se ha hecho de acuerdo con una serie de parámetros: la afectación económica por la pandemia, pero también la renta per cápita, población y desempleo[36]. En conjunto, se aseguran más fondos a aquellos Estados con mayor número de habitantes afectados por un retraso económico estructural y los efectos de la pandemia, produciéndose una redistribución de rentas. Y, como sostiene Eulalia Rubio, con el PGUE se ha roto el tabú de las transferencias fiscales explícitas[37], lo que lo constituye en una política de solidaridad.

---

35 Sidjanski señala como uno de los rasgos federales de la UE la existencia de fondos comunes para redistribuir las ganancias de los más ricos hacia políticas de desarrollo para los Estados más pobres. Por ello, este nuevo fondo refuerza el carácter federal de la UE al permitir que se haga más redistribución. SIDJANSKI, D., *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad a la Unión Europea,* Barcelona, Ariel, 1998, p. 323.

36 El Reglamento del MRR dispone en su artículo 11 que la contribución máxima destinada a cada EM se calcula de la siguiente manera. El primer 70% de acuerdo con la población, la inversa del PIB per cápita y la tasa de desempleo relativa. El siguiente 30% teniendo en cuenta la población, la inversa del PIB per cápita y, en igual proporción, el cambio del PIB real en 2020 y el cambio acumulado del PIB real durante el periodo 2020-21, de acuerdo con las previsiones de la Comisión, y con algunos correctores que se recogen en el anexo I. Aplicando estos parámetros el propio Reglamento recoge, en el anexo IV, los importes máximos correspondientes por EM. No resulta extraño, por tanto, que los que obtienen más fondos sean, en este orden, España, Italia, Francia y Alemania y, estos dos últimos a una gran distancia.

37 RUBIO BARCELÓ, E., "El fondo de recuperación de la UE…", *op. cit.,* p. 1.

3. MAPEANDO EL INSTRUMENTO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA: ESTRUCTURA, FINALIDAD Y OBJETIVOS

La complejidad del PGUE determina que se tenga que implementar mediante una variedad de instrumentos jurídicos diferentes. El principal de ellos es el Reglamento sobre el Instrumento de Recuperación y Resiliencia (IRR), que regula la totalidad de los fondos destinados a financiar el PGUE[38]. Sus objetivos son, a tenor de su artículo 1: el restablecimiento del empleo y de los puestos de trabajo; reformas e inversiones para revitalizar el crecimiento sostenible y el empleo, con el objeto de reforzar la cohesión entre Estados miembros y su resiliencia; apoyo a las empresas, especialmente las PYMES, y sus necesidades de inversión; refuerzo de la investigación y la innovación; preparación de la UE para crisis futuras; transición hacia una economía climáticamente neutra; y el abordaje de los efectos de la COVID en la agricultura y el desarrollo rural.

El PGUE está compuesto de dos partes bien diferenciadas, tanto en su filosofía como en su modo de gestión, pero que confluyen en esos mismos objetivos. La primera parte es un gran fondo destinado a financiar las inversiones de los EEMM, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Esta financiación se traslada a los EEMM para que sea aplicado a través de sus presupuestos públicos y gestionado por ellos. Su implementación se detalla a través de Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia (PNRR), que recogen tanto las inversiones a realizar como la condicionalidad macroeconómica. La segunda parte supone una ampliación temporal, entre 2021 y 2023, de algunos de los programas estratégicos de la UE, para financiar algunas actuaciones relacionadas con la pandemia, y es gestionado directamente por la Comisión Europea.

3.1 El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia

Un 89% de los 750 000 millones de euros de los fondos de recuperación se asigna al MRR, con la finalidad de apoyar las reformas e inversiones nacionales, para restaurar economías, lograr cohesión social y transformar los modelos productivos en la senda ecológica y digital[39]. Su artículo 4 regula los objetivos de este Mecanismo:

---

[38] Reglamento (UE) 2020/2094, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, *DOUE,* L 433I, de 22.1.2020, p. 23. Sigue en su mayor parte la propuesta inicial de la Comisión, aunque con la lamentable eliminación de la partida destinada a apoyar la financiación exterior para hacer frente expresamente a los efectos de la pandemia en los Estados de la ampliación y el resto de Estados socios.

[39] Reglamento (UE) 2021/241, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, *op. cit.*

> "fomentar la cohesión económica, social y territorial de la Unión mejorando la resiliencia, la preparación frente a las crisis, la capacidad de ajuste y el potencial de crecimiento de los Estados miembros, mitigando el impacto social y económico de dicha crisis, en particular en las mujeres, contribuyendo a la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, apoyando la transición ecológica (…) y la transición digital, contribuyendo así al proceso de convergencia económica y social al alza, a la restauración y a la promoción del crecimiento sostenible y la integración de las economías de la Unión, fomentando la creación de empleo de calidad, y contribuyendo a la autonomía estratégica de la Unión junto con una economía abierta y generando valor añadido europeo"[40].

Como hemos visto, asigna entre los EEMM en función de su debilidad económica y social estructural y su afectación por la pandemia, una cuantía de fondos destinados a reformas e inversiones nacionales, parte en subvenciones y parte en préstamos. La programación y ejecución de esas reformas e inversiones nacionales se produce mediante un Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia (PNRR), presentado por el EM, que es evaluado por la Comisión y aprobado por el Consejo[41]. Los PNRR deben destinar las inversiones a cada uno de los seis pilares del Reglamento; teniendo, además, dos de ellos un suelo de financiación que ha de respetarse. Estos son: a) transición ecológica (al menos un 37% del total de los fondos); b) transformación digital (al menos un 20% del total); c) crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione con pymes sólidas; d) cohesión social y territorial; e) salud y resiliencia económica, social e institucional, con objeto, entre otros, de aumentar la preparación y la reacción ante crisis; y f) políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

Para ayudar a los EEMM en la preparación y redacción de sus PNRR, la Comisión ha elaborado una serie de documentos de trabajo, con listados no exhaustivos de posibles actuaciones dirigidas a alcanzar los objetivos de los

---

40 Dado que la finalidad de este trabajo es analizar el PGUE a la luz de los ODS en este apartado se estudiará el MRR sólo en relación a sus objetivos y actuaciones que se financian, pero no entraremos en otros aspectos. Hemos analizado los principios de ejecución, los procedimientos de aprobación de los Planes Nacionales y la aprobación de su cumplimiento y la recepción de la financiación en otro lugar. GUINEA LLORENTE, M., ""Próxima generación UE"…", *op. cit.*

41 Algunos EEMM, como España, han decidido, por el momento no solicitar su parte en préstamos para no sobrecargar sus deudas públicas nacionales. De los 22 PNRR aprobados, solo siete EEMM solicitan préstamos. Si un EM se arrepintiera de esta decisión y necesitara más financiación, puede pedir su parte en préstamos hasta el diciembre de 2023, presentando un PNRR modificado. El *think-tank* Instituto Bruegel ha desarrollado un análisis comparativo de los diferentes PNRR aprobados. Véase: https://www.bruegel.org/publications/datasets/european-union-countries-recovery-and-resilience-plans/.

pilares, que nos interesan a efectos de nuestro análisis, por lo que procedemos a recogerlos de manera resumida[42].

a) *Pilar 1. Transición ecológica:* protección de recursos acuáticos y marinos; protección y restauración de ecosistemas saludables; contribución al Pacto Verde Europeo, a la estrategia climática y de biodiversidad; transición justa y principio de no hacer daño; reducción de gases de efecto invernadero; incremento de la proporción de energías renovables; mejora de la eficiencia energética; integración del sistema energético; nuevas tecnologías de energía limpia; interconexión eléctrica; transición a una economía circular; prevención de residuos y reciclaje; prevención y control de la polución; formación de personas para estos retos.

b) *Pilar 2. Transformación digital:* mejora del desempeño digital, de acuerdo con el Índice de la Economía y Sociedad Digital de la Estrategia Digital Europea; mejora y digitalización de la Administración Pública y servicios públicos digitales eficaces; mejora de la conectividad, incluyendo amplio despliegue de redes de muy alta capacidad (fibra y 5G); reducción del coste e incremento de la velocidad de las redes; investigación y desarrollo digital; integración de la tecnología digital en las empresas, especialmente PYMES; despliegue de capacidades digitales; promoción de la ciberresiliencia; incremento del acceso digital y las competencias digitales de la ciudadanía; disponibilidad de expertos en tecnología digital.

c) *Pilar 3. Crecimiento, competitividad, cohesión económica y social y mercado interior:* Respuesta al desplome económico y social de la crisis; recuperación rápida, robusta e inclusiva; mejora del potencial de crecimiento; contribución a la productividad, competitividad y estabilidad macroeconómica, en línea con prioridades de Estrategia Anual de Crecimiento sostenible[43]; implementación del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS) para igualdad de oportunidades, acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas, acceso a la sanidad y protección social

---

42 Véase: EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document "Guidance to Member States Recovery and Resilience Plans",* Brussels, 22 January 2021, (SWD (2021) 12final), pp. 4-7.

43 Este es el lugar para integrar los objetivos que fija la Comisión para todos los EEMM en su Informe Anual de Crecimiento Sostenible, en el marco del Semestre Europeo. En el de 2020, que se mantienen para 2021, propone que los PNRR incluyan una serie de iniciativas emblemáticas –*flagships-* dirigidas a promover las dos transiciones: tecnologías limpias y renovables; eficiencia energética de edificios; transporte sostenible y estaciones de recarga eléctrica; despliegue de servicios de banda ancha rápida; digitalización de la administración pública; nube de datos y procesadores sostenibles; y educación y formación para apoyar competencias digitales. Véase: EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee, the Committee of Regions and the European Investment Bank "Annual Sustainable Growth Survey 2021",* Brussels, 17 September 2020, (COM(2020) 575 final).

e inclusión; paso de un modelo de preservación de empleo a otro de creación de empleo y apoyo a las transiciones en el empleo para facilitar las transiciones ecológica y digital; apoyo de reformas e inversiones en investigación e innovación y desarrollo de proyectos de inversión multipaís; y reforzamiento del Mercado Interior, removiendo barreras y mejorando la supervisión, especialmente para facilitar el desarrollo de PYMEs.

d) *Pilar 4. Cohesión social y territorial:* Refuerzo de la cohesión y promoción de un desarrollo regional equilibrado, teniendo en cuenta las disparidades locales, regionales y nacionales y la brecha rural-urbana; desafíos globales como los demográficos; actuaciones específicas relacionadas con las mujeres y los grupos vulnerables, en línea con el PEDS.

e) *Pilar 5. Resiliencia económica, social e institucional y preparación ante crisis: r*eforzamiento de los sistemas de salud y cuidado; promoción de la resiliencia (capacidad de enfrentar los shocks económicos, sociales, institucionales y medioambientales y los cambios estructurales de manera justa, sostenible e inclusiva); reforzamiento de las cadenas de suministro críticas, especialmente para los sectores más expuestos a shocks externos; reforzamiento de la resiliencia de infraestructuras críticas contra disrupciones; reforzamiento de la competitividad a largo plazo; reforzamiento institucional y la capacidad de prepararse y reaccionar ante crisis; resiliencia social en relación al empleo, políticas activas de mercado de trabajo basadas en capacitación, que apoyen la transición laboral; políticas sociales, especialmente las relativas a jóvenes, mujeres, y grupos más vulnerables; resiliencia, eficacia y accesibilidad de los sistemas de salud y cuidados; protección de las cadenas de valor claves e infraestructuras críticas; aseguramiento del acceso a materias primas críticas; autonomía estratégica abierta; conectividad mejorada; diversificación y resiliencia de ecosistemas económicos claves; aptitud del clima empresarial; solvencia de los procedimientos de gobernanza y de las instituciones públicas para asegurar la absorción de fondos; y sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas y de la sostenibilidad financiera del sector privado.

f) *Pilar 6. Políticas para la Próxima Generación, infancia y juventud:* políticas de educación y cuidado infantil temprano; capacidades digitales; formación en el puesto y reciclaje para el empleo; justicia intergeneracional; igualdad de oportunidades y lucha contra las desigualdades de infancia y juventud, en educación, conectividad, pobreza infantil; consecución de los objetivos de PEDS en la materia, Garantía Infantil y Garantía Juvenil, y Acción de Educación Digital; abordaje de brechas generacionales, asignación de recursos por edades, políticas de recualificación,

programas de integración para desempleados, inversión en cuidado infantil, educación, salud, nutrición, trabajos o vivienda.

De toda esta exposición de objetivos, junto con las actuaciones ejemplificativas de cómo alcanzarlos, podemos ver cómo muchos de los pilares se solapan y cómo una misma actuación puede alcanzar los objetivos de dos o más pilares. Tomados en su conjunto vemos que promueven un modelo de desarrollo multidimensional: verde, tecnológicamente avanzado, económicamente competitivo, social, con cohesión territorial, sólido y resiliente desde el punto de vista económico, social e institucional; y, finalmente, que preste una especial atención a sus niños y jóvenes, con actuaciones para atacar la brecha generacional y prepararlos para los desafíos del futuro.

3.2 El apoyo a programas estratégicos del presupuesto común

El 11% restante del IRR se asigna a reforzar la financiación de programas europeos, uno excepcional anticrisis y otros permanentes, gestionados de la manera habitual de los programas comunitarios.

a) *Programa REACT-UE (Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa):* Con 47 500 millones de euros, es el programa mayor, con diferencia, de todos los de esta categoría. Excepcionalmente aprueba recursos para dar continuidad a las medidas anticrisis aprobadas durante la pandemia para transferir fondos a las regiones para enfrentar las actuaciones requeridas por la COVID-19. REACT-UE "presta asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía"[44]. Está llamado a completar las partidas asignadas a los Fondos Estructurales –Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y Fondo Social Europeo (FSE)- durante los años 2021 y 2022 para apoyar a los Estados y las regiones más afectados. Como en el MRR, se asignan sus recursos a los EEMM en función de su prosperidad relativa y los efectos de la crisis en sus tejidos económico y social.

   El propio Reglamento recoge qué actuaciones se pueden financiar, que son una mezcla de medidas anticrisis y de apoyo a las transiciones en el

---

44 Artículo 1 del Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1303/2013, en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, resiliente y digital de la economía (REACT UE) , *DO* L 437, de 28.12.2020, p. 30.

nivel regional. En el marco del FEDER, se prevén el apoyo a servicios de salud e infraestructura social; inversión en PYMEs creadoras de empleo; apoyo a transición ecológica y digital; apoyo a infraestructuras que presten servicios básicos a ciudadanos; y ayuda económica a regiones dependientes de sectores afectados. En lo que respecta al FSE, se financian medidas de acceso al mercado de trabajo; apoyo al mantenimiento del empleo de trabajadores por cuenta ajena y propia; regímenes de reducción de tiempo de trabajo; creación de puestos de trabajo y calidad del empleo, especialmente para personas vulnerables y jóvenes; medidas de educación, formación y capacitación para transición verde y digital.

b) *Fondo de Transición Justa*: es un nuevo fondo de la política de cohesión, consecuencia de la adopción del Pacto Verde Europeo, con la finalidad de evitar que se incrementen las diferencias entre territorios europeos como consecuencia de la transición climática[45]. Creado en 2021, presenta la finalidad de compensar a aquellas regiones especialmente afectadas por la neutralidad climática. Apoya las medidas que han de adoptar Estados y regiones para su transición apoyando iniciativas de diversificación económica, digitalización, apoyo social y reconversión. Se gestiona en régimen compartido entre la Comisión, el Estado miembro y la autoridad regional, bajo planes de transición territorial, siguiendo el sistema de los Fondos Estructurales. Su complemento temporal por parte del Instrumento de Recuperación tiene la finalidad de evitar que la concentración de esfuerzos por la crisis de COVID-19 en otras prioridades ralentice la reestructuración que tienen que emprender estas regiones y territorios.
c) *Desarrollo rural*: este complemento financiero temporal se suma al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), con la finalidad de paliar el hecho de que agricultores y empresas del sector se han visto afectados por las consecuencias de la COVID de un modo sin precedentes[46]. Ese apoyo temporal, previsto para los años 2021 y 2022, se integra en la política de desarrollo rural comunitaria, aplicando sus mecanismos, y pretende ofrecer recursos adicionales para que los afectados

---

45 Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa, *DO* L 231, de 30.6.2021, p. 1.

46 Reglamento (UE) 2020/2220 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020, por el que se establecen determinadas disposiciones transitorias para la ayuda del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA), en los años 2021 y 2022, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº 1305/2013, (UE) nº 1306/2013 y (UE) nº 1307/2013, en lo que respecta a sus recursos y a su aplicación en los años 2021 y 2022 y el Reglamento (UE) nº 1308/2013 en lo que respecta a los recursos y distribución de dicha ayuda en los años 2021 y 2022, *DO* L 437, de 28.12.2020, p. 1.

puedan avanzar en su camino a una recuperación económica, resiliente, sostenible y digital. Se establece que, al menos, el 37% de estos recursos adicionales deben destinarse a medidas de medioambiente, clima, bienestar animal y la Iniciativa comunitaria de desarrollo rural. Y al menos el 55% de esos recursos, deben dirigirse a medidas de desarrollo económico y social en zonas rurales, en concreto, inversiones en activos físicos, desarrollo de explotaciones agrícolas y empresas, ayuda a servicios básicos y renovación de poblaciones en zonas rurales y cooperación.

d) *INVEST-UE*: El IRR incrementa temporalmente con 5 600 millones de euros este programa, con la intención de paliar el déficit en inversión privada causado por la pandemia y la dependencia de la inversión exterior[47]. Contribuye, apoyando al tejido productivo, a la recuperación económica, la competitividad futura de la economía europea, su sostenibilidad y la emergencia de cadenas de valor propias, con el fin de apostar por la autonomía industrial europea. La cuantía extra del PGUE debe asignarse a las siguientes actuaciones: financiación en inversión de infraestructuras sostenibles; investigación, innovación y digitalización y apoyo a industrias innovadoras y despliegue de tecnologías en el mercado; financiación de PYMEs y promoción de su competitividad internacional; microfinanciación y financiación para empresas sociales, inversión social, y desarrollo y consolidación de mercados de inversión social.

e) *Horizonte Europa:* El PGUE complementa temporalmente el programa comunitario que apoya la creación, difusión y transmisión de la investigación y la innovación a escala europea[48]. La política de investigación europea se fundamenta en dotar de una base estructural al tejido económico y ayudar al sistema en su conjunto en la consecución de sus desafíos políticos y sociales. Este apoyo temporal ha de dirigirse a aquellas acciones destinadas a abordar las consecuencias de la crisis de COVID-19. Así, el artículo 13 de su Reglamento destina en partes iguales un 25% de esos fondos a "salud", "mundo digital, industria y espacio", "clima, energía y movilidad" y "Consejo Europeo de Innovación".

f) *Mecanismo de Protección Civil de la UE*: Este Mecanismo de la UE, existente desde, coordina la respuesta de los EEMM para hacer frente a crisis. En 2017 fue complementado con la iniciativa RESC-UE, una reserva de nivel europeo, dirigida a completar las capacidades nacionales de

---

47 Reglamento (UE) 2021/523 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de marzo de 2021, por el que se establece el programa Invest-UE y se modifica el Reglamento (UE) 2015/1017, *DO,* L 107, de 26.3.2021, p. 30.

48 Reglamento (UE) 2021/695 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021, por el que se crea el Programa Marco de Investigación e Innovación "Horizonte Europa", se establecen sus normas de participación y difusión, y se derogan los Reglamentos (UE) nº 1290/2013 y (UE) nº 1291/2013, *DO* L 170, de 12.5.2021, p. 1.

protección civil, que ha tenido mucha importancia durante la crisis como mecanismo intraUE[49]. La financiación extra del PGUE, de 1 500 millones de euros debe destinarse a aumentar el nivel de preparación de la Unión y permitir una respuesta rápida y eficaz en caso de emergencias graves, como el almacenamiento de suministros y material médico esencial y la adquisición de las infraestructuras necesarias para una respuesta rápida[50].

4. ANÁLISIS DEL "PRÓXIMA GENERACIÓN UE" A LA LUZ DE LOS ODS

Al analizar la pluralidad de instrumentos jurídicos que regulan el PGUE, sorprende el gran número de ocasiones en que aparecen alusiones a la Agenda 2030, los ODS o, incluso, ODSs concretos. Intentaremos constatar en este apartado si esas referencias son meramente retóricas o si el PGUE se adecúa en su filosofía, objetivos y actuaciones realmente al marco consensuado en el seno de Naciones Unidas. Habiendo detallado en el apartado anterior los objetivos y actuaciones financiados por el PGUE, pasaremos ahora a examinar los ODS que este plan promueve. Como aclaración previa, a efectos del marco ODS vamos a considerar a la UE un subsistema internacional, de manera que entenderemos cumplido el requisito de cooperación entre países, considerando a los 27 EEMM, pero dejando claro que esto no se extiende al exterior a través de cooperación internacional.

4.1 Dimensión medioambiental

Así, en primer lugar, el PGUE prioriza los ODS relativos a la dimensión medioambiental, climática y sostenible del desarrollo. Hay que tener en cuenta que el primer pilar, de la transición ecológica, ha de absorber al menos un 37% de la financiación total, y que ese mismo objetivo concurrente lo encontramos incluido de manera transversal en otros pilares del MRR y en los programas comunitarios REACT-UE, Fondo de Transición Justa, Desarrollo Rural, INVEST-UE y Horizonte Europa. Los ODS que se priorizan, con las metas que se abordan en esta dimensión medioambiental son los ODS 6, 7, 11, 12, 13 y 15. Dentro de ellos se priorizan, por recibir un mayor número de

---

49 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de Regiones "Reforzar la gestión de catástrofes de la UE: rescEU. Solidaridad con Responsabilidad"*, Bruselas, 23 de noviembre de 2017, (COM(2017)73 final).

50 Reglamento (UE) 2021/836 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2021, por el que se modifica la Decisión nº 1313/2013/UE relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión, *DO,* L 185, de 26.5.2021, p. 1.

menciones los climáticos, energéticos y los relativos a producción y consumo sostenibles; pero elegir unas actuaciones sobre otras depende de los PNRR y, específicamente, de las necesidades de los EEMM.

Destacaría la importancia del ODS 13 "adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos" (metas 13.1, 13.2 y 13.3[51]), en equilibrio con el ODS 7 "garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna" (metas 7.1, 7.2, 7.3 y 7.a) y el ODS 12 "garantizar modalidades de producción y consumo sostenibles" (metas 12.1, 12.2, 12.4, 12.5, 12.6 y 12.8). Son estos objetivos los que sustentan fundamentalmente la transición de los modelos productivos nacionales que busca un nuevo *mix* energético y modos de producción y consumo sostenibles para cumplir con los objetivos nucleares del Pacto Verde Europeo.

Como segunda prioridad, también en esta categoría de objetivos medioambientales, tendríamos el ODS 11 "lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles" con actuaciones expresas en cuestiones como el transporte urbano sostenible, la eficiencia energética de viviendas o la lucha contra la contaminación (metas 11.2, 11.3, 11.4, 11.6 y 11.7) y el ODS 15 "gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degración de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad" con actuaciones centradas en la protección de nuestros ecosistemas, la agricultura sostenible y la reforestación (metas 15.1, 15.2, 15.3 y 15.5).

Igualmente sumaría a este apartado el ODS 6 "garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos", la actuaciones previstas tienen que ver específicamente con su gestión eficiente y el cuidado de su calidad medioambiental, por lo que las metas que expresamente se abordan son la 6.3, 6.4, 6.5 y 6.6. El ODS 14 "Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos", a nuestro juicio, es el menos abordado, ya que solo se prevén acciones de gestión sostenible de los mares en el pilar 1 del MRR, lo que perseguiría las metas 14.1 y 14.2. Desde luego sorprende que si el instrumento estructural de desarrollo rural recibe apoyo expreso, no lo perciba de la misma manera el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, dada la afectación por la pandemia del sector pesquero.

4.2 Prosperidad compartida

En segundo lugar destacaría tanto en términos de recursos asignados, como por la cantidad de programas comunitarios que incluyen financiación, los ODS relativos a la prosperidad que es compartida, por su dimensión social. La

---

[51] Por razones ligadas a la extensión de este trabajo, no puedo recoger individualizadamente cada una de las metas referidas; pero estas pueden consultarse en la página web de la ONU: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/.

productividad y competitividad europea se enfoca en el PGUE especialmente a través de la inversión en digitalización (un 12% del total de los fondos), el pilar 3 que promueve un modelo apoyado en la investigación el desarrollo y la innovación y en el desarrollo del mercado interior y en una lógica de Economía Social de Mercado (pilar 4), es decir, un modelo que ha de combinar productividad con reparto de beneficios entre todo el territorio y toda la sociedad, es decir, cohesión social. A eso sumaríamos la idea de que las estructuras económicas y sociales han de ser resilientes (pilar 5). Incluyen también actuaciones que comparten esta filosofía en la recuperación del tejido económico el enfoque de los programas REACT-UE, Fondo de Transición Justa, Desarrollo Rural, INVEST-UE y Horizonte Europa. Y no hay que olvidar la aportación indirecta que tendrá a este objetivo la implementación de reformas nacionales en el marco del Semestre que mejoren la institucionalidad y sostenibilidad económica de los EEMM.

Estos objetivos y actuaciones pueden ponerse en relación, en función de su importancia con los ODS 9, ODS 8, ODS 1, ODS 2 y ODS 10. El ODS 9 "construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización sostenible y fomentar la innovación", es el nuclear en esta dimensión, en conjunción con el ODS 8 "promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos". Entre los dos incluyen la inversión productiva en todo el territorio de la UE (metas 9.1 y 8.2) con incidencia en su carácter sostenible e innovador (metas 9.4, 9.5, 8.3 y 8.4), sin olvidar los aspectos sociales como el empleo decente, la inserción laboral de los jóvenes, los derechos laborales y la seguridad en el trabajo (metas 8.5, 8.6 y 8.8), con la finalidad de conseguir la productividad de la economía (metas 8.1).

No podemos olvidar que la finalidad del PGUE es recuperar el crecimiento de las economías europeas, e incluso mejorarlo, con el fin de que las personas puedan incrementar sus rentas y vivir dignamente, lo que se recoge en el ODS 1 "Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo". El propio MRR recoge en sus pilares 3 y 4 y en programas como REACT-UE el apoyo para incrementar el bienestar de los colectivos más vulnerables, incluidas la dimensión de género, que es un objetivo transversal del PGUE, y medidas diversas de inserción social, incluida una financiación extra del Fondo Europeo para las Personas más Desfavorecidas, por lo que entendemos que también se persiguen las metas 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.b.

El ODS 2 "Hambre cero", en la lógica general de incrementar la productividad a la vez que trabajar en la extensión de derechos económicos y sociales, el programa va dirigido a acabar con las personas que sufren necesidades vitales (meta 2.1). Tanto el pilar 4 del MRR (cohesión territorial) como el programa Desarrollo Rural ponen un énfasis especial en financiar actuaciones que garanticen la productividad, sostenibilidad, calidad de vida e inversiones en buenos servicios en el entorno rural (metas 2.3, 2.4 y 2.a).

4.3 Modelo social

La tercera categoría de ODS que vemos reflejada en el PGUE son todos aquellos relativos a derechos y servicios sociales como salud y educación, la inclusión social y la dimensión de género y las actuaciones para reducir todo tipo de desigualdades. Podríamos ponerlo en tercer lugar, porque no se fija un suelo mínimo de financiación para este tipo de medidas. Esto, sin embargo, puede ser equívoco y podría ser que los EEMM decidieran poner estas medidas en un lugar destacado otorgándoles una financiación reforzada. Los derechos y medidas específicamente sociales se abordan por los pilares 3 (empleo y cohesión económica y social), 4 (cohesión social y territorial), 5 (resiliencia social) y 6 (políticas para la próxima generación) del MRR, además, de los programas REACT-UE, Fondo de Transición Justa y Desarrollo Rural. No podemos olvidar que contribuye también a estos ODS la condicionalidad horizontal que obliga a los EEMM a que incluyan en sus PNRR los objetivos del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

Los ODS que aquí se abordan y priorizan son el ODS 3 "Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades", ODS 4 "Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos", ODS 5 "Igualdad de género y empoderamiento de la mujer", y el ODS 10 "Reducir la desigualdad en y entre los países".

Teniendo en cuenta la naturaleza de la crisis que estamos sufriendo, el ODS 3 relativo a la salud es lógico que sea preponderante. La inversión en infraestructuras sanitarias y el acceso a la salud está en el espíritu y en la letra de los pilares 3 (cohesión social); 4 (cohesión territorial), 5 (resiliencia) y 6 (políticas para la próxima generación); así como en los programas REACT-UE, Desarrollo Rural, Horizonte Europa (investigación para la salud) y muy especialmente en el apoyo al Programa de Protección Civil de la UE, que actúa también en el caso de crisis sanitarias. Se cubren, por ello, las metas de inversión en infraestructuras y en garantizar el acceso universal a la salud (meta 3.8). Consideramos que estas actuaciones, además, permiten mejorar en aquellas metas relacionadas con la reducción de la mortalidad y la morbilidad (metas 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.9, 3.a). En el caso de la investigación en salud sólo podemos considerarlo parcialmente abordado, dado que no hay suficiente transferencia de resultados a los países en vías de desarrollo (meta 3.b); incluida específicamente, la creación de capacidades de alerta temprana y gestión de riesgos (meta 3.d).

La educación, por su parte, es un objetivo general y transversal de todo el PGUE. Se incluye la formación específica para contribuir a las transiciones verde y digital en los pilares 1 y 2 del MRR; la educación y la formación a lo largo de toda la vida en el pilar 3 de competitividad económica y empleo; la

posibilidad de financiar infraestructuras educativas en el 4 de cohesión territorial; en el 5 de resiliencia para garantizar la empleabilidad de las personas; y, evidentemente, es una de las políticas más mencionadas, junto con los cuidados, en el caso de la infancia y juventud en el pilar 6. Educación, formación y capacitación también son actividades financiables por los programas REACT-UE, Fondo de Transición Justa y Desarrollo Rural. Toda esta diversidad de enfoques permite abordar las metas 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7 y 4.a.

El ODS 5 "Igualdad de género y empoderamiento de la mujer" también cabe relacionarlo con la filosofía del PGUE, dado que es, exactamente, un objetivo transversal del MRR, que dispone que los PNRR han de abordar específicamente cómo se va a abordar la dimensión de género en el sentido del ODS 5 en todas las actuaciones financiadas por la UE (art. 18.4.o). Tenemos, además, que algunos de los pilares como el 4, de cohesión social, el programa REACT-UE o Desarrollo Rural contemplan expresamente medidas destinadas a las mujeres. Por tanto, consideramos que se abordan específicamente metas relacionadas con eliminación de la discriminación, la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento (metas 5.1 y 5c), el reconocimiento del trabajo invisible de las mujeres, especialmente en cuidados (meta 5.4), el acceso de las mujeres a puestos de liderazgo, recursos económicos y la tecnología (metas 5.5, 5.a y 5.b); y, que incluso, el pilar 5 del MRR de resiliencia institucional puede entenderse que también puede servir para luchar contra la violencia contra las mujeres (meta 5.2).

El último de los objetivos sociales, el ODS 10 "Reducir la desigualdad en y entre los países" es también uno de los elementos definitorios del PGUE, si tenemos en cuenta su carácter de política redistributiva entre EEMM europeos, transferencias de más ricos a menos favorecidos. Aquí, por tanto, vamos a tener en cuenta la reducción de la desigualdad a través de las acciones de cohesión social dentro de los EEMM y las actuaciones de cohesión entre EEMM. Aunque los PNRR son programas nacionales, tenemos que tener en cuenta que también encierran una dimensión de lucha contra la desigualdad entre países, en la medida en que los recursos que los financian han sido garantizados en mayor medida por los Estados más ricos y que el progreso de los más pobres, les acercará a los más ricos. Además, de esta visión general, encontramos medidas y actuaciones concretas que persiguen este objetivo de reducir desigualdades en los pilares 3 (acceso a rentas e inclusión social mediante el empleo), 4 (cohesión social y territorial), 5 (resiliencia económica y social) y 6 (políticas de inclusión para la infancia y juventud y Garantías Infantil y Juvenil). Igualmente, tienen este objetivo de reducir las desigualdades las actuaciones previstas en REACT-UE y Desarrollo Rural. Por todo ello, consideramos que se abordan expresamente las metas 10.1, 10.2, 10.3 y 10.4.

4.4 Refuerzo de la institucionalidad

Finalmente, vamos a abordar los ODS que se refieren a la institucionalidad política interna e internacional: el ODS 16 "Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas" y el ODS 17 "Revitalizar la Alianza mundial para el Desarrollo Sostenible". En el caso del ODS 16, los propios aspectos de federalización del PGUE encajan en su filosofía. Así, crean más institucionalidad, promueven más normas y contribuyen a la estabilidad institucional el propio PGUE como desarrollo de la UE y nueva política federal, la generación de deuda pública y capacidad fiscal, la consolidación de la UEM –que no, su falta de rendición de cuentas democrática-, la condicionalidad macroeconómica y el desarrollo del modelo social a escala europea, la vinculación de los fondos a reformas institucionales y económicas en los EEMM e, incluso, cómo se está aplicando, la condicionalidad del Estado de Derecho de los fondos europeos[52].

El MRR específicamente en su pilar 5 "Resiliencia institucional" permite, además, invertir en el fortalecimiento institucional y el desarrollo de mejores políticas. Otro elemento transversal del MRR también es relevante a efectos de este ODS, como es la disposición relativa a que los PNRR se elaboren por los Gobiernos tras un proceso de consultas con las autoridades regionales y locales, los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil. Puede considerarse que también pueden contribuir a este objetivo el REACT-UE cuando permite que el FEDER financie "infraestructuras que presten servicios al ciudadano" e, incluso, el Mecanismo de Protección Civil, en la medida en que refuerza las capacidades europeas para responder a crisis. Consideramos que se pueden abordar expresamente mediante este tipo de actuaciones las metas 16.3, 16.5, 16.6, 16.7 y 16.b.

El ODS 17 "Revitalizar la Alianza mundial para el Desarrollo Sostenible", lógicamente ha quedado muy limitado por la eliminación del PGUE de la financiación para complementar el Instrumento de Preadhesión III y el Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional, como estaba previsto en la propuesta de la Comisión[53]. Con la decisión del Consejo Europeo, el PGUE se convierte en un instrumento exclusivamente intra-europeo, sin que prevea ninguna actuación que beneficie a Estados socios. Aún así, hay

---

52 Parte del acuerdo intergubernamental del Consejo Europeo de julio de 2020 fue una segunda condicionalidad, la de vincular la percepción de fondos al respeto por parte de los EEMM de los requisitos del Estado de Derecho. Esto llevo a la adopción de un Reglamento específico en diciembre de 2020 (Reglamento (UE/Euratom 2020/2092). No lo hemos abordado en este análisis porque no ha quedado vinculado exclusivamente al PGUE sino a la totalidad de la financiación europea. Sin embargo, la Comisión se está valiendo de esta norma para negociar políticamente y solicitar a Polonia y Hungría que hagan reformas específicas antes de recomendar la aprobación de sus PNRR.

53 COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación (…) "El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación", op. cit.,* p. 19.

dos metas que sí podemos considerar que el PGUE contribuye a alcanzar, si bien con elementos de su naturaleza. Así, la financiación mediante deuda pública y el desarrollo de la UEM contribuyen indirectamente a reforzar la estabilidad macroeconómica global (meta 17.13) y el deseo de que los PNRR y la recuperación sean procesos ampliamente participativos también contribuye a la creación de alianzas entre autoridades públicas, instituciones privadas y sociedad civil (meta 17.7).

En conclusión, el PGUE aborda la totalidad de los ODS, aunque estos se tratan e incorporan de manera muy desigual, tanto cuantitativa como cualitativamente. Se demuestra que el modelo de desarrollo de la estrategia PGUE coincide en sus elementos fundamentales con el de la Agenda 2030, en la cuádruple dimensión económica, social medioambiental e institucional, recibiendo todas una importancia equivalente. La principal limitación, como hemos señalado varias veces, es la eliminación de la dimensión exterior, antes prevista, de cooperación para el desarrollo con países socios y de construcción de gobernanza global.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES RELATIVAS A LA IMPLEMENTACIÓN

El análisis del PGUE a la luz de los ODS nos muestra que, efectivamente, el modelo de desarrollo de esta nueva política incluye la triple dimensión económica, social y medioambiental que exige el propio Tratado de la UE en su modelo de Economía Social de Mercado. En este momento, el análisis se limita a la política formulada, pero, dados los cortos periodos de aplicación, pronto estaremos en condiciones de examinar si los objetivos efectivamente han sido alcanzados.

El impacto de la crisis de la COVID-19 en la UE ha sido y todavía puede seguir siendo verdaderamente dramática, aunque en buena medida frenada por las medidas adoptadas como la compra de bonos por el Banco Central, el apoyo a las empresas y el programa SURE. El PGUE, que es un programa de una dimensión nunca conocida en la UE, representa una oportunidad única en la vida para los EEMM más afectados, entre ellos, el nuestro. Esto se ha entendido por muchos de los implicados y, en este sentido, es muy loable la actitud de todas las instituciones, especialmente la Comisión Europea, por ayudar al máximo en la elaboración de los complejísimos PNRR y conseguir que los fondos puedan llegar y aplicarse cuanto antes. Se detecta una importante voluntad política porque salga bien.

El PGUE es mucho más que un plan de recuperación; es una macropolítica con la intención de conducir en paralelo tres transformaciones –la ecológica, la digital y la inclusividad social- y reforzar la institucionalidad y autonomía

europea. Las tres transformaciones son enormemente ambiciosas y complejas y procesos a largo plazo. La transformación ecológica y la digital, además, entrañan un cambio en la forma de vida de los ciudadanos y generarán "perdedores". Por ello, no puede confiarse toda la transformación a medidas financiables, es preciso también desarrollar políticas complementarias sobre todo de comunicación, información y educación para la implicación de los ciudadanos. Esto resulta fundamental para que un posible coste personal no se convierta en una crisis política. Y seguir manteniendo la cohesión social como el tercer ángulo del triángulo que equilibra las transacciones sociales necesarias y permite compensar a los perdedores. No podemos olvidar que el enfoque de la Agenda 2030 nos obliga a tratar de manera simétrica y equitativa esas tres dimensiones; la económica, la social y la medioambiental.

Finalmente, una duda generalizada relativa a la pandemia y el PGUE es cuánto durará en el tiempo y si la financiación ya aprobada será suficiente. No podemos responder en este momento a ese interrogante, pero pensamos que las instituciones europeas, si se diera la necesidad, encontrarán una solución, dado que el giro de 180º grados de esta crisis ha sido la voluntad política demostrada por los EEMM de declarar el bienestar de los europeos un bien público común.

OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE Y "TRABAJO DECENTE": UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

GUILLERMO PALAO MORENO[1]

SUMARIO: 1. ODS 8: CONTEXTO. 1.1. UBICACIÓN EN LA AGENDA 2023. 1.2. CONTEXTO NORMATIVO. 2. ODS 8 Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS GENERALES. 2.1. AGENDA 2030 Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2.2. "TRABAJO DECENTE": UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3. PROYECCIÓN DEL ODS 8 EN LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE TRABAJO INTERNACIONALES: ALGUNOS EJEMPLOS. 3.1. GRUPOS DE EMPRESAS MULTINACIONALES Y "CADENAS DE SUMINISTRO". 3.2. MOVILIDAD INTERNACIONAL DE LA MANO DE OBRA: DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES. 3.3. "TRABAJO DECENTE" EN UNA ECONOMÍA GLOBAL DIGITALIZADA. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. ODS 8: CONTEXTO

1. Los Objetivos de Desarrollo sostenible (ODS), aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, establecen la conocida como "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" (Agenda 2030)[2]. Las repercusiones de la Agenda 2030 han sido numerosas y su implantación constituye un auténtico reto para el Derecho, suscitando desafíos específicos para el Derecho Internacional privado (DIPr), como sector del ordenamiento jurídico concebido para regular las situaciones privadas internacionales y la gestión jurídica de la pluralidad y la diversidad[3]. Un sector del ordenamiento jurídico donde recordemos y a pesar de lo que pudiera parecer a simple vista, los ODS cuentan con un interesante caldo de cultivo, debido a la destacada dimensión ética y la innegable importancia del DIPr de cara a la gobernanza mundial[4].

De ahí de que en los últimos tiempos se ha despertado un legítimo interés en el estudio de los ODS también desde la perspectiva del DIPr, tanto general

---

1 Catedrático de Derecho Internacional privado de la Universitat de València (guillermo.palao@uv.es). Miembro del Grupo de Investigación de Excelencia MedARb GIUV2013-090. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto I+D Prometeo GVA 2018/111.

2 A/RES/70/1.

3 Con carácter general, las contribuciones relativas a los distintos ODS incluidas en MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H. (eds.), The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law, Cambridge, Intersentia, 2021.

4 MICHAELS, R., "Private International Law as an Ethic of Responsivity", en RUÍZ ABOU-NIGM, V. y NNODT TAQUELA, M.B. (eds.), Diversity and Integration in Private International Law,

como sectorial, en relación con cada uno de los 17 ODS. En el presente estudio se pretende, por consiguiente, analizar las implicaciones que posee la Agenda 2030 –y, de forma más singular, su ODS 8- para el DIPr[5]. En particular, con el objetivo aproximarnos a tales repercusiones, se procederá a situar el ODS 8 ("Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos") en el contexto de la Agenda 2030, así como relacionarlo con las distintas acciones normativas de corte internacional-privatista (principalmente europeas) encaminadas a favorecer su cumplimiento. Sin embargo, dadas las limitaciones de este estudio, únicamente se realizará una aproximación centrada en la dimensión relativa a la ley aplicable, al igual que, por la extensión de cuestiones que suscita, se referirá de modo particular a algunas de las situaciones paradigmáticas donde se pone de manifiesto de forma más evidente esta interrelación.

1.1. Ubicación en la Agenda 2023

1. La Agenda 2030 surge en un concreto contexto institucional y normativo, siendo el resultado de un complejo negociador, surgido tras las limitaciones que rodearon a su precedente más cercano, los "Objetivos de Desarrollo del Milenio" (ODM), también impulsado por Naciones Unidas, de 2000[6]. Un intenso proceso, de alcance universal y altamente participativo, que derivó en la construcción de una completa hoja de ruta compuesta por 17 ODS y 169 metas (además de los numerosos indicadores que los acompañan), cuya finalidad se centra principalmente en transformar el mundo y en favorecer el Desarrollo Sostenible en el planeta (en relación con sus dimensiones social, económica y medioambiental), a la vez que fortalecer la paz universal[7].

Los ODS, aun cuando referidos a distintas dimensiones del desarrollo, se encuentran plenamente integrados entre ellos resultando indivisibles; pudiendo sub-dividirse –en un afán por estructurarlas- en las conocidas como las 5 "P", centradas en ámbitos como "Personas", "Planeta", "Prosperidad", "Paz" y "Partenariados" (i.e. "Alianzas"). Dentro de la "P" dedicada a la "Prosperidad" se sitúa el ODS 8, que va a centrar el interés de esta contribución.

Edimburgo, Edinburgh University Press, 2019, pp. 11-27, pp. 25-26; WAI, R., "Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International in an Era of Globalization", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 40, 2002, núm. 2, pp. 209-274.

5 LIUKKUNEN, U., "SDG 8: Decent Work and Economic Growth", en MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H. (eds.), op.cit., pp. 245-281.

6 Vid. www.un.org/millenniumgoals.

7 SOTILLO LORENZO, J.A., "La Agenda 2030 para un mundo (in)sostenible", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 228-264.

2. A este respecto, hay que tener presente que, a la hora de examinar el ODS 8 (en particular, en el ámbito referido al "Trabajo decente", desde una perspectiva transfronteriza), éste objetivo se ve desplegado, a su vez, en 12 metas y se sitúa -dentro de la estructura que mantiene la Agenda 2030-, en las acciones en favor de la "Prosperidad". Aunque no se ha de perder de vista que el ODS 8, en todo caso y por razón de esta vinculación que mantienen entre sí, se encuentra estrechamente relacionados con otros Objetivos con los que mantiene una estrecha relación. Como sería, a modo de ejemplo, los ODS 1, 4, 5, 10, 16 ó 17.

1.2. Contexto normativo

1. El ODS 8 tiene por objeto principal: "Promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo y productivo y el trabajo decente para todos"; destacando en él la idea de la promoción del "Trabajo decente" como idea fuerza. A este respecto cabe subrayar como esta noción un concepto totalmente novedoso cundo se aprobó la Agenda 2030. Así, ya constituía un objetivo principal, tanto para la Comunidad internacional (en los "Objetivos de Desarrollo del Milenio" de 2005), como también plenamente presente en la agenda de distintas Organizaciones Internacionales, destacadamente en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[8]. Así, el "Trabajo decente" compone un destacado Programa dentro de la OIT[9], adquiriendo un renovado papel a partir de la instauración de la Agenda 2030, siendo numerosos sus instrumentos y Resoluciones que se refieren a este objetivo; suponiendo un notorio y reciente ejemplo de su compromiso con el mismo, y de forma extensiva, la "Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo" de 2019[10].
2. Asimismo, desde una perspectiva regional, destacan las distintas iniciativas UE que se vinculan a la promoción del cumplimento de la Agenda 2030; destacando la referencia que se realiza a la importancia de cumplir con el objetivo de un "Trabajo decente" en sus diversos instrumentos. Tal y como se aprecia, de forma principal, en las Comunicaciones de la Comisión de la UE relativas a: "Una Acción europea para la

---

8 OIT, Time to Act for SDG 8: Integrating Decent Work, Sustained Growth and Environmental Integrity, Ginebra, OIT, 2019, p. 79; LIUKKUNEN, U., "The ILO and Transformation of Labour Law", en HALONEN, T. y LIUKKUNEN, U. (eds.), International Labour Organization and Global Social Governance, Cham, Springer, 2021, pp. 17-49, pp. 23-27.

9 Vid. http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang–es/index.htm.

10 Vid. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang–es/index.htm.

sostenibilidad" de 2016[11], el "Pacto Verde europeo" de 2019[12] o "Una Europa social fuerte para unas transiciones justas" de 2020[13]; a las que se uniría la más reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa[14].

Nos situamos, por consiguiente, ante una decidida acción también europea en torno al ODS 8 que se despliega tanto desde una dimensión ad intra la UE (en su proceso de armonización legislativa), como a través de su actuación ad extra; esta última dimensión, en concreto, tanto en su participación en los centros de codificación internacional en los que forma parte, como a través de su Política Exterior (con la incorporación de cláusulas sociales en los Acuerdos de Libre Comercio que negocia)[15].

3. Como consecuencia, para alcanzar el ODS 8 a nivel global, no sólo han de valorarse los esfuerzos desplegados en el singular contexto de la Agenda 2030 a la que pertenece, sino igualmente los realizados tanto desde organismos universales especializados como la OIT –desde una perspectiva más amplia, al haber incorporado el elemento de la sostenibilidad en su diseño-, al igual que la labor desplegada por la UE en su afán por cumplir con esta importante Agenda internacional.

2. ODS 8 Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ASPECTOS GENERALES

1. El DIPr ha de ser concebido no ya, de forma apriorística y estricta, como un instrumento exclusivamente técnico-jurídico formal, neutro o "avalorativo" consagrado a la regulación de las relaciones privadas internacionales, sino como un sector del ordenamiento directamente relacionado con los valores y objetivos sustantivos presentes en las políticas públicas que desea implementar el legislador (internacional, regional o nacional)[16]; contando con un innegable potencial y función regulatoria

---

11 COM (2016) 739 final.
12 COM (2019) 640 final.
13 COM (2020) 14 final.
14 P9_TA-PROV (2021) 0073.
15 LIUKKUNEN, U., "The ILO", op.cit., pp. 42-43; SIERRA BENÍTEZ, E.M., "Sostenibilidad social en la industria 4.0. Desafío para la UE-2030", CDT, vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 413-433, pp. 416-423.
16 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des régles de droit international privé. Cours général", *R. des C.* 2000, t. 287, pp. 9-426, pp. 309-411; REIMANN, M., "Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?",

global especialmente indicada para la gobernanza laboral transnacional en el contexto que surge la Agenda 2030 e impulsa el ODS 8.

Eso sí, el papel del DIPr al respecto de la implementación de la Agenda 2030 cuenta con ciertos límites que deben ser tenidos en cuenta. Los cuales se relacionan con las desigualdades existentes y las carencias propias del proceso de codificación de este sector del ordenamiento jurídico en relación con sus distintos niveles (internacional, regional o nacional)[17]. Una circunstancia que se pone de manifiesto, de modo singular, al respecto de la dimensión social de la Agenda 2030.

Una disparidad reglamentadora (cuantitativa y cualitativa) y distinta velocidad en el proceso codificador, especialmente significativa cuando nos enfrentamos al "Derecho Laboral Internacional" ("Derecho Internacional del Trabajo", "Derecho Social Internacional" o "Derecho Transnacional del Trabajo"[18]) directamente relacionado con el cumplimiento de las metas del ODS 8. Algo que se suma a la ausencia actual de una visión transversal, dialogante y colaborativa plenamente eficaz entre las instituciones responsables y los centros de codificación del DIPr en relación con las relaciones de trabajo internacional (universales y regionales). Unos elementos que subyacen en las llamativas asimetrías en la tutela laboral que ofrecen los mercados nacionales de trabajo en el contexto global y que puede derivar en un elevado riesgo de dumping social[19].

2.1. Agenda 2030 y Derecho Internacional privado

1. La Agenda 2030 establece un completo y complejo plan de trabajo que, a la vista de su contenido, se puede apreciar cómo ha tomado en cuenta

---

en FERRARI, F. y FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (ed.), *Private International Law. Contemporary challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, pp. 178-194, pp. 183-184. Sobre las relaciones laborales, GUZMÁN ZAPATER, M., "La contribución del Derecho Internacional privado a la protección social del trabajador", en ALDECOA LUZ´RRAGA, F. y FORNER DELAUGUA, J.J. (Coords.), *La cohesión social en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 255-276, pp. 256-257; LIUKUNNEN, U., "Introduction" en LIUKUNNEN, U. (ed.), *Employment and Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, pp. xii-xxxi, pp. xix-xx.

17 TRAN, CH., "L'impératif de protection du travailleur mondialise", en MELLA MÉNDEZ L. Y DE MUÑAGORRI, R.E. (dirs.), *Globalización y digitalización del mercado de trabajo: propuestas para un empleo sostenible y decente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 127-147, pp. 132-134.

18 LYON-CAEN, A., *Droit social international et européen*, París, 9ª ed., Dalloz, 2022, pp. 1-3; OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Transnacional del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 21-25; ZANOBETTI, A., *Diritto internationale del lavoro*, Milán, 2ª ed., Giuffrè, 2021, pp. 1-3.

19 GHOSE, A.K., "La liberalización comercial, el empleo y la desigualdad en el mundo", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, 2000, núm. 3, pp. 311-392; RAMOS QUINTANA, M.I., "Globalización de la economía y transformaciones del derecho del Trabajo", *Justicia Laboral*, 2002, pp. 29-53; ZANOBETTI, A., *op.cit.*, pp. 200-201.

al Derecho Privado de forma aislada. Como resultado de esta aproximación y desde una dimensión internacional, podría llegar a concluirse que los ODS no ha considerado las amplias posibilidades que ofrece el DIPr en su consecución –no, de forma explícita-[20].

El desapego que se acaba de denunciar responde a una visión claramente reduccionista y equivocada al respecto del evidente valor y función reguladora de la gobernanza social global que posee el DIPr en nuestros días. Un desprecio que, por lo que respecta a la materia con la que se relaciona el ODS 8, igualmente se observa al examinar los instrumentos elaborados por la OIT que, a pesar de su importancia a la hora de establecer estándares internacionales laborales, suelen desconocer la perspectiva internacional-privatista[21]. Y ello, al carecer de reglas propias de este sector del ordenamiento y verse huérfanos de una aproximación a favor de la dimensión puramente transfronteriza de la actividad laboral[22].

2. En todo caso, y por lo que respecta al contexto examinado, el DIPr debe reivindicar su espacio legítimo para el debido cumplimento de los ODS[23], a pesar de los desafíos a los que esta disciplina se enfrenta para cumplir con esta finalidad. Así las cosas, hay que tener en consideración los avances metodológicos y normativos experimentados en el DIPr en las últimas décadas y su acercamiento al cumplimento de objetivos como los que encierra la Agenda 2030.

En este sentido, cabe hacer mención de no sólo los efectos que la "revolución conflictual", surgida a partir de los años 50 en ambos lados del Atlántico, ha tenido en la incorporación de las políticas públicas en el diseño del sistema de DIPr[24], sino también a la más reciente exigencia de que el DIPr se inspire y guíe a partir de los Derechos Humanos[25]; tal y como se aprecia, por lo que hace a este segundo aspecto, en la reciente Resolución del Instituto de Derecho

---

20 MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H., "Introduction: The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law", en MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H. (eds.), *op.cit.*, pp. 1-28, p. 9.

21 TAPIOLA, K., "What Happened to International Labour Standards and Human Rights at Work?", en HALONEN, T. y LIUKKUNEN, U. (eds.), *op.cit.*, pp. 51-78, p. 54.

22 LIUKKUNEN, U., "SDG 8", *op.cit.*, p. 278. Vid. CHERRY, M.A., *Regulatory options for conflicts of law and jurisdictional issues in the on-demand economy*, Ginebra, OIT, 2019; MORGENSTERN, F., *International Conflicts of Labour Law: A Survey of the Law Applicable to the International Employment Relation*, Ginebra, OIT, 1984.

23 En esta línea, MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H., *op.cit.*, pp. 9-15.

24 SYMEONIDS, S.C., "Result-selectivism in Conflicts Law", *Willamette Law Review*, vol. 46, 2009, pp. 1-32 (en relación con los contratos individuales de trabajo, p. 27).

25 ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Método y función del Derecho Internacional privado: hacia la más plena realización de los Derechos Humanos", *REEI*, núm. 40, 2020, pp. 1-58; ZAMORA

Internacional sobre "Derechos Humanos y Derecho Internacional privado" de 4 de septiembre 2021[26].

Nos encontramos ante un contexto efervescente donde, desde la óptica conflictual, se aprecia un reciente pero constante e intenso rearme metodológico, a partir de los procesos de "especialización" y de "materialización", redimensionándose y adquiriendo una renovada importancia los principios de orden público[27]. Esto último, tanto en relación con el juego de la autonomía de la voluntad, el recurso a expedientes como la excepción de orden público, sí como al respecto del juego de las normas materiales imperativas[28]. Unos cambios que habría afectado directa y profundamente a la ordenación de las relaciones laborales de naturaleza internacional, con el fin de tutelar al trabajador como parte débil de la relación en contextos transfronterizos.

3. La función reguladora y facilitadora que corresponde al DIPr, incidiendo en la gobernanza jurídica global que implica la implantación de la Agenda 2030, se encuentra sometida a importantes desafíos que no han de ser perdidos de vista. Los cuales se relacionan, de modo especialmente significativo cuando nos enfrentamos al Derecho Laboral Internacional, a circunstancias como: el carácter primordialmente estatal de los sistemas de DIPr y los límites de la codificación internacional en este ámbito, las diferencias existentes entre las soluciones contenidas en los ordenamientos estatales (debatidos entre el unilateralismo y el bilateralismo) y la desigual incorporación que han hecho de los avances metodológicos mencionados al regular relaciones de naturaleza internacional[29].

Así, cuando se examinan las reglas de conflicto de leyes en este ámbito, desde una perspectiva comparada, se observan la coexistencia de reglas de conflicto especializadas y materialmente orientas, frente a respuestas más tradicionales donde no se aprecia una tan fuerte impronta del principio favor laboris e incluso se puede llegar a acudir a las reglas generales en materia de contractos civiles sin contar con una especialización alguna[30]. Una disparidad que, ante el incremento del carácter internacional de las relaciones laborales,

---

CABOT, F.J., "Derecho Internacional privado y DDHH: nuevas Interacciones", *Papeles El Tiempo de los Dere*chos, 2021, núm. 4, pp. 1-14.

26 Vid.: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_en.pdf.

27 MILLS, A., "The dimensions of Public Policy in Private International Law", vol. 4, *JPIL*, núm. 2, 2008, pp. 201-236.

28 MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H., *op.cit.*, p. 14.

29 BASEDOW, J., *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Bogotá, Legis, 2017, pp. 404-417.

30 FORNASIER, M., "Employment Contracts, applicable law", en BASEDOW, J. *et al* (eds.), *Encyclopaedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, vol. 1, pp. 615-624.

derivan en una dispar tutela conflictual de los trabajadores, que dificulta la universalización de la finalidad perseguida por el ODS 8.

Unas limitaciones que obligan a poner el acento en la importancia de la codificación regional y su coordinación con la internacional del DIPr, en un ámbito tradicionalmente postergado como es el Derecho Laboral Internacional. En consecuencia, es en este contexto donde la UE ha de desplegar una más intensa acción normativa y promotora, en relación con otras regiones del planeta y, sobre todo, al respecto de la incorporación de la Agenda 2030 (en particular, el "Trabajo decente" que propugna el ODS 8) en las instituciones de codificación internacional del DIPr (señaladamente, la Conferencia de La Haya de DIPr) y si coordinación con organismos especializados en este ámbito (destacando la OIT).

2.2. "Trabajo Decente": una aproximación desde el Derecho Internacional privado

1. En la Agenda 2030 no se aprecia, por lo que respecta al ODS 8 en particular, mención directa alguna al papel que el DIPr está llamado a desarrollar en su implantación. Y ello, a pesar de ser esencialmente globales los retos que el "trabajo decente" suscita y a los que se ha de enfrentar en su consecución, sino también de la posición aventajada que ocupa esta disciplina, destacando la contribución que el DIPr posee en la protección de los derechos del trabajador en situaciones internacionales. Una escasa (sino nula) atención que también se aprecia en el muy tímido interés que se muestra por la relevancia que pueden poseer las herramientas que ofrece el DIPr en la consecución del "Programa de Trabajo Decente" desde la OIT[31]. De hecho, el carácter programático de sus instrumentos y la limitación que se observa en sus Recomendaciones, sumado a la ausencia de soluciones propias de esta disciplina en los instrumentos OIT, no favorecen una apropiada implantación universal de la Agenda 2030 en este ámbito.
2. Nos hallamos, por tanto, ante un contexto normativo donde destaca la ausencia de instrumentos reguladores de esta singular materia –esto es, no ya sólo al respecto del "trabajo decente" sino, por ende, al respecto de la ordenación internacional de las relaciones laborales de naturaleza transfronteriza-, desde la perspectiva de los centros de codificación

[31] LIUKKUNEN, U., "SDG 8", *op.cit.*, p. 260.

universales del DIPr; no contando con un reflejo o resultando excluido de los instrumentos de la Conferencia de La Haya[32].

Asimismo, debe subrayarse, la generalizada ausencia de reglas de DIPr regionales dedicadas a la ordenación de las relaciones de trabajo internacionales; resultando igualmente frustrante advertir como la mayor parte de los sistemas estatales de DIPr no contemplan reglas especializadas y materialmente orientadas, por medio de las que se permita trasladar las políticas públicas de consecución del trabajo decente y que se enfrenten a los desafíos que plantean este tipo de relaciones en un contexto internacional.

3. Un desigual e insuficiente marco regulador donde, sin embargo, destaca como excepción el hecho de que la UE cuente con instrumentos normativos y con significativas iniciativas de naturaleza reglamentadora que tratan de trasladar estos objetivos públicos orientados a la tutela de los derechos del trabajador a su sistema de DIPr. Una comprometida acción normativa que se ha desplegado tanto al respecto de la determinación de la jurisdicción competente como a la concreción de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo en las soluciones contenidas en instrumentos de gran importancia.

Así, las soluciones contenidas en los arts. 20 a 23 Reglamento (UE) núm. 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Bruselas I bis")[33] (o desde la perspectiva de la AELC, los arts. 17 a 19 del conocido como Convenio de Lugano II[34]), el art. 8 Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I")[35], el art. 9 del Reglamento (CE) núm. 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II")[36], o el art. 3 Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios[37]. Un sistema, que, a pesar de sus problemas y las críticas que pudiera

---

32 VAN LOON, H., *El horizonte global del Derecho Internacional Privado. Lección Inaugural, Sesión de Derecho Internacional Privado*, Caracas, ASADIP y Editorial RVLJ, 2020, pp. 57, 66-67.

33 *DO* L 351, 20.12.2012.

34 *DO* L 147, 10.6.2009, cde *DO* L 147, 10.6.2009 y *DO* L 18, 21.1.2014).

35 *DO* L 177, 4.7.2008, cde *DO* L 309, 24.11.2009.

36 *DO* L 199, 31.7.2007.

37 *DO* L 18, 21.1.1997. También, Directiva 2014/67/UE, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ("Reglamento IMI") (*DO* L 159, 8.5.2014) y la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DO L 173, 9.7.2018)*. Vid. MARCHAL ESCALONA, N., "El desplazamiento de trabajadores en el

suscitar, proporciona actualmente relevantes herramientas para la consecución del ODS 8 desde la esfera internacional-privatista.

4. Es pues en este medio fragmentado y con una desigual tutela del trabajador desde una dimensión conflictual donde, además de la clásica excepción de orden público, estaría llamada a desempeñar un importante papel las normas de carácter imperativo[38]. Las cuales, si se encuentran vinculadas a un único país, y sumado a las desigualdades existentes en los mercados laborales de trabajo y su disciplina legal, ponen en riesgo la universalización de la Agenda 2030 y, en particular, la plena consecución del ODS 8. Un contexto normativo donde resulta complejo poder cumplir con la hoja de ruta que incorpora el ODS 8, siendo que la UE se presenta como un espacio que cuenta con un arsenal normativo especializado y materialmente orientado en el ámbito de DIPr que permite acometer, con una mayor solvencia, los retos que suscita la Agenda 2030. En este sentido, la respuesta normativa europea al propósito de un "Trabajo decente" desde el DIPr (y, de forma más amplia, la promoción de los Derechos Humanos en el ámbito laboral internacional), podría servir de inspiración y modelo al legislador internacional[39].

3. PROYECCIÓN DEL ODS 8 EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRABAJO: ALGUNOS EJEMPLOS

1. La plena proyección del ODS 8 implica la incorporación de una vertiente eminentemente social en la Agenda 2030[40]. Una finalidad que se encuentra estrechamente vinculada a ámbitos tan destacados como la lucha contra el trabajo infantil, la exclusión y el trabajo informal, la discriminación en el mercado laboral, al igual que la promoción de la creación de empleo, el diálogo social y las condiciones de trabajo seguras para todo tipo de trabajadores. Algo que exige, entre otras medidas y frente a las dificultades que implicaría una unificación sustantiva de la normativa laboral a nivel global, el desarrollo de reglas de DIPr

---

marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado", *RDCE*, 2019, núm. 62, pp. 81-116; ZANOBETTI, A., *op.cit.*, pp. 277-280. En España, la Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (*BOE* núm. 286, 30.11.1999).

38 CARBALLO PIÑEIRO, L., *International Maritime, Labour Law*, Heidelberg, Springer, 2015, pp. 213-220; LIUKKUNEN, U., *The Role of Mandatory Rules in International Labour Law*, Helsinki, Talentum, 2004, pp. 6-9.

39 TRAN, CH., *op.cit.*, pp. 134-137.

40 LIUKKUNEN, U., "SDG 8", *op.cit.*, p. 248.

especializadas y orientadas materialmente para la consecución de estos objetivos.

Nos encontraríamos así, ante una comprometida labor reguladora que, debido a su finalidad universal, requeriría que se llevara principalmente a cabo en el marco de un centro de codificación internacional, por medio de una estrategia global que superara los distintos niveles de regulación que coexisten en la actualidad en este ámbito y que fomentan la fragmentación y desigualdad de respuesta –estatal, regional, internacional-. Por lo que, debido a sus respectivos ámbitos de especialización y complementariedad, esta tarea podría fundamentalmente verse compartida entre la Conferencia de La Haya de DIPr y la OIT, contando con un alcance universal[41].

2. Este marco regulador habría de contar asimismo con una respuesta preferiblemente uniforme y centralizada. No obstante, precisamente por razón del espíritu colaborativo y abierto de la Agenda 2030, por lo que respecta a su origen, se podrían concebir como procedimientos codificadores aceptables tanto las iniciativas "de arriba a abajo", como aquellas propuestas que provengan desde la sociedad civil, al igual que las que vinieran a favorecer un fructífero diálogo social tripartito transfronterizo. Además, desde una perspectiva estricta de la técnica legislativa que habría de emplearse para alcanzar los fines de la Agenda 2030, resultaría especialmente viable que se combinaran propuestas tanto de carácter Hard Law –basadas en los estándares establecidos en los Convenios de la OIT-, como iniciativas de corte Soft Law -como sería la elaboración de Principios, Recomendaciones, Guías o Códigos de Conducta laborales-, por medios de los que se permitan cumplir plenamente con los propósitos marcados en el ODS 8.
3. Desde una óptica estricta del DIPr, esta acción de alcance universal (para desincentivar comportamientos anticompetitivos favorecedores de una "carrera hacia la baja") habría de incidir en una aproximación basada en los derechos laborales que permita enfrentar cuestiones diversas que afectan a todos los sectores relacionados con su contenido[42]. Por un lado, la garantía de acceso a la justicia a los trabajadores y/o sus representantes al respecto de litigios laborales internacionales (ya sea individual o colectiva, al igual que tanto jurisdiccional como extrajudicial) constituye un punto de inicio importante para la consecución del ODS 8. Como también lo es la cooperación entre las autoridades laborales (regionales y/o estatales) y el establecimiento de mecanismos públicos de garantía, implementación y de ejecución de tales objetivos

41 Ibid., p. 281.
42 Ibid., pp. 252-258 y 279.

para que resulten eficaces (incluyendo deberes de vigilancia). Aspectos que, pese a su interés, no serán examinados en esta sede.

Por otro lado, desde una dimensión conflictual, resultaría importante incidir en extremos significativos como el juego de la autonomía de la voluntad conflictual y sus limitaciones, la relevancia que se le habría de dar a la ley del país donde el trabajador desarrolla su actividad de forma principal (u otras conexiones especializadas tuitivas) y las excepciones que habría de darse a esta tradicional regla de naturaleza territorial (por razón de reglas especializadas y materialmente orientadas), al igual que determinar el peso que van a contar en este contexto las disposiciones de naturaleza imperativas y los principios de orden público propios de la autoridad judicial eventualmente competente[43].

Nos situamos, por lo tanto, ante ámbitos donde la UE cuenta ya con importantes instrumentos materialmente orientados (como se ha señalado al respecto de los Reglamentos Bruselas I o Roma I, así como en relación con la Directiva 96/71/CE), así como se han presentado importantes iniciativas (como sería la, antes citada, Resolución del Parlamento Europeo de 2021, sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa) donde se pone el acento en la relevancia que poseen las disposiciones de naturaleza imperativa.

4. Como resultado de lo expuesto, se advierte como los ámbitos donde pueden darse colaboraciones de este tipo en la materia analizada son múltiples, como son igualmente numerosas las materias en las que se puede proyectar el ODS 8 en situaciones privadas en las que se encontrara presente un elemento de extranjería. Una pluralidad que resulta imposible llevar a cabo en un trabajo con las características del presente. En esta línea y a efectos ejemplificativos, nos centraremos únicamente en tres de ellos, como son: la dimensión social de los grupos de empresas multinacionales y las peculiaridades que presentas las conocidas como "cadenas de suministro" (o de valor) globales, los supuestos de desplazamiento temporal de los trabajadores de carácter transfronterizo, al igual que los desafíos que los cambios tecnológicos suscitan con la irrupción del teletrabajo internacional.

3.1. Grupos de empresas multinacionales y "cadenas de suministro"

1. El primer grupo de situaciones en las que pone de manifiesto los desafíos que suscita la Agenda 2030 en su dimensión laboral transfronteriza, se relacionan con los empleadores que actúan a escala global,

---

43 GUZMÁN ZAPATER, *op.cit.*, pp. 268-273; M., LIUKKUNEN, U., "SDG 8", *op.cit.*, pp. 252-253.

aprovechando la fragmentación normativa y las diferencias de costes entre los mercados regionales y estatales de trabajo[44]. Una problemática que, unida tradicionalmente a la actividad laboral internacional desarrollada en el seno de los grupos de empresas multinacionales, ha derivado paulatinamente en incorporar la compleja y más flexible realidad que constituyen las "cadenas de suministros" globales a las que acuden tales multinacionales.

2. En esta línea, cabe destacar como los grupos de empresas multinacionales se muestran como un espacio transnacional con repercusiones laborales, donde se debe velar por el cumplimiento del ODS 8; comenzando por la necesidad de reconocer el nivel de responsabilidad social que les corresponde, así como con el objeto de impulsar su diligencia y el seguimiento (vigilancia) de los niveles de trabajo decente en su seno, como se ven establecidos en los Convenios y en las Recomendaciones de la OIT[45].

Esta necesidad de tutela se ha puesto de manifiesto de modo plural, con dispar alcance y obligatoriedad. Desde la perspectiva del Soft Law, en las distintas iniciativas relacionadas con la actuación de los grupos de empresas multinacionales elaboradas desde la OCDE (como se aprecia de sus "Guidelines"[46], o la propia OIT (destacando, entre otros, la "Declaración de Principios Tripartita")[47]; las cuales se vinculan directamente a aquellas propuestas que, desde una óptica más amplia, fomentan el cumplimiento de los Derechos Humanos por parte de las empresas (tal y como sucede, más recientemente, con los Principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos de la ONU, de 2011)[48].

En esta línea, se sitúan las distintas propuestas públicas de carácter Hard Law y de naturaleza internacional, como los que promueven la incorporación de "cláusulas sociales" en los Acuerdos de Libre Comercio (ALC), por medio de los que se prevé el seguimiento de determinados estándares sociales[49]. Al

---

44 PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 21-25.

45 LIUKKUNEN, U., "The ILO", op.cit., pp. 37-38.

46 Última versión de 2011. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, París, OECD Publishing, 2013.

47 Última versión de 2017. OIT, Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, Ginebra, OIT, 2017.

48 ONU, Principios rectores sobre las empresas y los Derechos humanos, Nueva York y Ginebra, ONU, 2011. OJEDA AVILÉS, A., "Direito transnacional do trabalho e constituiçao global", Teoria Jurídica Comtemporanea, vol. 2, 2017, núm. 2, pp. 6-36, pp. 21-23; así como las contribuciones presentes en la obra ZAMORA CABOT, F.J., HECKENDORN URSCHELER, L. Y DE DYCKER, S. (eds), Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights, Zurich, Schultes, 2017.

49 ZANOBETTI, A., *op.cit.*, pp. 206-211.

igual que aquéllas de carácter privado y alcance "interno" por medio de las que se favorecen la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y el fomento del diálogo social trasnacional en su interior (con el desarrollo de comités de empresas de grupo), como serían la conclusión de Acuerdos Marco Internacionales (AMI) o la negociación colectiva a esta escala de la empresa multinacional[50].

En todo caso, sin menospreciar los esfuerzos que implican estas iniciativas, destacar como resultan ineficaces en una gran cantidad de ocasiones. Entre otros motivos, por su desigual nivel de obligatoriedad y la persistencia de la fragmentación normativa, que sigue siendo aprovechada por los grupos en su actuación a escala global, para poder limitar su responsabilidad y las obligaciones laborales que les incumben en relación con su plantilla.

3. Desde una perspectiva propia del DIPr, la actividad laboral desarrollada en el seno de los mismos de naturaleza internacional es susceptible de generar distintos problemas relativos a cuestiones como serían la determinación de la responsabilidad del grupo (señaladamente de la empresa matriz o de forma solidaria por pate de las empresas parte del grupo) por los perjuicios ocasionados al trabajador por la filial o sucursal local empleadora, al igual que las situaciones de movilidad internacional del trabajador dentro del grupo multinacional.

Por un lado, en relación con la posibilidad de "levantar el velo" corporativo del grupo, con el fin de tutelar a los trabajadores que prestan sus servicios a favor de alguna de sus empresas, se advierte un paulatino avance, frente a las dificultades prácticas que genera. Así, al margen de las iniciativas relacionadas con la exigencia de un deber de diligencia a las empresas matrices por los perjuicios ocasionados por las filiales (como se verá al tratar las "cadenas de suministro"), destaca como paulatinamente se tiende a establecer jurisprudencialmente la existencia de un grupo de empresas multinacional (y la responsabilidad solidaria de las que lo componen) en atención a los elementos que rodean a la contratación laboral del trabajador parte de del grupo (ex art. 1.2 ET)[51].

---

50 LIUKKUNEN, U., "SDG 8", op.cit., pp. 274-277; OJEDA AVILÉS, A., "Direito transnacional", op.cit., pp. 23-25; SANGUINETI RAYMOND, W., "Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción", Revista Derecho & Sociedad, 2016, núm. 46, pp. 217-227, pp. 2018-220; ZANOBETTI, A., op.cit., pp. 221-226.

51 En la jurisprudencia española más reciente, SSTSJ de Baleares de 19.3.2018 (ECLI:ES:TSJBAL:2018:301), de Cataluña de 23.7.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:6995) y de 23.11.2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:9872), así como de Madrid de 10.1.2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:35) y de 13.9.2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:7185). PALAO MORENO, G., *Los grupos, op.cit.*, pp. 81-92.

4. Por otro lado, y al respecto de la tutela del trabajador en situaciones de movilidad en el seno del grupo, la normativa conflictual de la UE ofrece posibilidades de protección de los trabajadores en supuestos de carácter transfronterizo. Así, el art. 8 Reglamento Roma I (dejando para un momento posterior los problemas que implican las situaciones desplazamiento temporal de trabajadores), advertimos que ofrecen un amplio margen de protección a los trabajadores en supuestos internacionales[52]. Así, al margen de las posibilidades que ofrecería la autonomía de la voluntad conflictual en tales supuestos, orientada a la tutela de los derechos del trabajador como se deriva de su apartado 1º (pacto pro operario), destaca las reglas especiales previstas en sus numerales 2º a 4º.

Sobre el mismo cabe señalar, por un lado, como el art. 8.2 se basa en la tradicional regla lex loci laboris, estrechamente conectada con la economía del contrato del trabajo y que incorpora innegables beneficios en estos supuestos, basados en el trato idéntico que recibiría la plantilla en el mercado nacional donde se sitúa la prestación laboral. Y ello, ya prestara sus servicios en dicho país, o a partir del mismo, incluyendo los supuestos de desplazamiento temporal (por razón de la "irradiación" de la normativa de origen en tales supuestos). Por otro lado, la tutela del trabajador "móvil" en el interior de un grupo de empresas multinacional contaría con una nueva respuesta especializada en el numeral 3º (en los supuestos de imposibilidad de acudir al párrafo anterior), en virtud del que se permitiría garantizar su protección, al vincular la ordenación del contrato a la ley del lugar de establecimiento de la empresa empleador, cuando no existiera un único "lugar" de trabajo. En todo caso, y como recoge su numeral 4º, ambas soluciones podrían verse excepcionadas caso de que otro ordenamiento estatal se encontrara más estrechamente vinculado con el contrato laboral.

5. Relacionado con la actividad multinacional desplegadas por los grupos de empresas, aunque con un mayor grado de informalidad y de flexibilidad, se sitúa el fenómeno global de la "cadenas mundiales de suministro". A partir de las cuales las empresas multinacionales organizan sus inversiones, su producción y la comercialización de sus bienes y servicios. El impacto de estas cadenas en el ámbito laboral es muy significativo desde la perspectiva global, derivando en la generación de déficit en

---

52 PALAO MORENO, G., "Article 8: Individual employment contracts", en *Commentary Rome I Regulation. European Commentaries on Private International Law ECPIL*, vol. II, Colonia, Otto Schmidt, 2017, pp. 577-599; ZANOBETTI, A., *op.cit.*, pp. 271-276.

el objetivo de lograr un trabajo decente, debido a que la fragmentación normativa favorecer el dumping social[53].

Frente a este fenómeno, de compleja disciplina legal en supuestos internacionales, son diversas las iniciativas -tanto públicas como privadas, propias de Hard o de Soft Law, internas, regionales o transnacionales- que se han enfrentado a la gobernanza de las "cadenas mundiales de suministro" al respecto de su dimensión laboral[54]. En este sentido, desde una dimensión pública y transnacional destacan diversos instrumentos propios del Soft Law como serían[55]: la Declaración sobre las Empresas Multinacionales de la OIT, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales o la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social. A esta aproximación se sumarían otras relacionadas con las disposiciones laborales contenidas en los ALC, así como las relativas a los préstamos públicos o a los contratos públicos.

Por su parte, desde una perspectiva privada, destaca el empleo de mecanismos propios de la autorregulación en relación con las "cadenas de suministro", como serían la implantación de Códigos de Conducta laborales o de programas de RSC –basados en ocasiones en el modelo que ofrece el Global Compact o Pacto Global creado por la ONU en 1999-[56]. Mientras que, combinando los intereses empresariales y los de los representantes sociales de los trabajadores (federaciones sindicales internacionales), como fruto de un diálogo social transnacionales, sobresale igualmente la generación de Acuerdos Marco Internacionales (AMI) donde se incorporan referencias a las exigencias sociales básicas presentes en los Convenios OIT esenciales y los instrumentos de Soft Law mencionados. Los cuales, a pesar de sus beneficios y su cada vez mayor uso, presentan limitaciones en cuanto a su alcance e implementación.

6. Desde una dimensión estatal destacan las distintas leyes que han ido previendo la aplicación extraterritorial de su legislación –acudiendo a la técnica de las normas imperativas o de aplicación inmediata-, con el objetivo de imponer un deber de diligencia y de vigilancia a las empresas matrices que recurren a las "cadenas de suministro", y evitar que se

---

53 SANGUINETI RAYMOND, W., "La construcción de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo para las cadenas globales de valor", pp. 104-166, pp. 106-107 (accesible en: https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2021/09/la-construccion-de-un-dt-transnacional-para-las-cgv-ponencia-congreso-aidtss-wsanguineti-2021-ligero.pdf).

54 DELAUTRE, G., ECHEVARRÍA MANRIQUE, E. Y FENWICK, C. (eds.), *Decent work in a globalized Economy. Lessons from public and private initiatives*, Ginebra, OIT, 2019, pp. 18-26.

55 SALES PALLARÉS, L. y MARRULLO, M.CH., "El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro", *Persona y Derecho*, vol. 78, 2018, núm. 1, pp. 261-291, pp. 270-273.

56 ZANOBETTI, A., *op.cit.*, pp. 213-217.

comentan abusos y se respete el "trabajo decente" en los países extranjeros donde operan con sus socios locales[57].

En el ámbito de la UE, por su parte, destaca la citada "Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa"[58]. Una iniciativa consecuencia de un primer intento de reforma de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma II (finalmente abandonado)[59], previa a la propuesta de una Directiva, destinada a mejorar la gobernanza de este tipo de relaciones en situaciones internacionales, siguiendo la estela de las mencionadas normativas estatales. Por medio de esta iniciativa se buscaría garantizar el cumplimento de una serie de obligaciones (preventivas) en la cadena de valor para las grandes empresas europeas o no tan grandes de terceros países pero cotizadas o que operen en un sector de alto riesgo, pudiendo llegar a exigírseles responsabilidad por los efectos adversos que causen o que contribuya su cadena de valor –medioambientales, relativos a los Derechos Humanos y la buena gobernanza, incluida la relativa a los derechos sociales y laborales-.

Desde una dimensión conflictual destaca su art. 20 ("Derecho Internacional privado"), donde se establece que: "Los Estados miembros garantizarán que las disposiciones pertinentes de la presente Directiva se consideren de carácter imperativo, en consonancia con el artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo". Un precepto cuya redacción y ubicación suscita no pocos problemas, con una aproximación similar a la presente en el art. 3 Directiva 96/71/CE (que se analizará seguidamente) con la que trataría de evitar los problemas (en términos de desprotección) que produciría acudir a la tradicional lex loci delicti commissi al que conduciría el juego del art. 4 Reglamento Roma II, por medio de la consideración de sus disposiciones como normas de aplicación necesaria. Aunque su juego se podría llegar a extender más allá del estatuto delictual, al entender que la referencia a las "disposiciones pertinentes" afectaría igualmente al estatuto

---

57 GUAMÁN, A., *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 137-167; ZAMORA CABOT, F.J., "Derecho Internacional privado y DDHH", *op.cit.*, p. 11.

58 BRINO, V., "La diligencia debida: ¿Un Nuevo paradigma normativo para la tutela de los trabajadores en las cadenas globales de valor?", en SANGUINETI RAYMOND, W. (dir.), *Comercio internacional, trabajo y Derechos Humanos*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2021, 41-52, pp. 48-52; British Institute of Comparative Law, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2020, p. 15.

59 DURÁN AYAGO, A., "*Lex Damni vs. Lex Societatis* en la aplicación de la ley francesa del deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales: crónica de un diálogo necesario", *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, núm. 63, pp. 183-206, pp. 192-195; VAN DEN EECKHOUT, M., "The Private International Law Dimension of the Principles in Europe", en ZAMORA CABOT, F.J., HECKENDORN URSCHELER, L. Y DE DYCKER, S. (eds.), *op.cit.*, pp. 35-62, pp. 41-48 y 56-59.

societario (lex societatis) y a la regulación de la contratación (por lo tanto, válido para la tutela de los trabajadores como en el caso que nos ocupa)[60].

3.2. Movilidad internacional de la mano de obra: desplazamientos temporales

1. La actual economía globalizada favorece la multiplicación de situaciones de movilidad internacional de los trabajadores ("en" y "para" el empleo) que, de nuevo, ponen el jaque el cumplimiento del ODS 8. Y ello, debido a las desiguales condiciones de los mercados de trabajo regionales y nacionales, así como la dispar protección que se dispensa a los trabajadores. Una movilidad que -junto a los movimientos migratorios-, da lugar a situaciones de traslado y de desplazamiento temporal de trabajadores. En el presente apartado se hará referencia a las segundas situaciones, toda vez que las primeras fueron objeto de análisis en el anterior, al abordar la movilidad en el seno de los grupos multinacionales de empresas.

Los supuestos de desplazamiento temporal de los trabajadores suscitan singulares problemas de tutela de los derechos de los trabajadores y, como consecuencia, para el cumplimento del ODS 8. Y ello, al producirse la colisión de intereses dispares de naturaleza económica y laboral –en este segundo ámbito, tanto relativos a la protección de los trabajadores desplazados y de los mercados laborales nacionales (marcadamente el del país de destino temporal del trabajador); generándose situaciones de dumping social, desigualdad de trato entre los trabajadores que prestan su actividad en un mismo territorio e incluso de desprotección de los trabajadores desplazados[61]. Por lo que, en definitiva, este tipo de supuestos exigiría una reacción normativa alineada con el objetivo de promover un "trabajo decente" a escala internacional.

2. Al respecto de los problemas conflictuales que se suscitan en los supuestos de desplazamiento y la vulnerabilidad laboral que generan, se observa la inexistencia de soluciones normativas sustantivas de origen internacional, así como la práctica inexistencia de soluciones ius-privatistas a nivel estatal comparado que se enfrenten a esta cuestión.

Algo que contrasta, con la decidida postura adoptada por el legislador de la UE en la Directiva 96/71/CE, aunque aplicable únicamente a situaciones intracomunitarias. Un instrumento cuyo art. 3 contempla, con independencia del lugar habitual de trabajo (el cual, en atención de lo dispuesto en el art.

---

60 GUAMÁN, A., *op.cit.*, pp. 167-177.

61 CARBALLO PIÑERO, L., "Labour Migration and Private International Law", en RUÍZ ABOUNIGM, V. y NNODT TAQUELA, M.B. (eds.), *op.cit.*, pp. 215-230, pp. 220-222.

6.2, a) se localizaría en el país de origen, desde donde se produjo el desplazamiento) el juego de las disposiciones imperativas del lugar de trabajo temporal (o de destino), en tanto que "núcleo duro" protector para el trabajador temporalmente desplazado. Una solución que persigue, tanto generar unas condiciones similares para todos los trabajadores que, ya sea de forma permanente o temporal, desarrollen su actividad laboral en un mismo territorio para evitar distorsiones y discriminaciones en el interior de su mercado laboral, como evitar supuestos de infra-protección de tales trabajadores desplazados que caso contrario quedarían totalmente vinculados a las condiciones laborales de su país de origen en tanto que lex loci laboris (generalmente menos protectoras que las del ordenamiento del estado de acogida temporal)[62].

Por lo tanto, habría que plantearse si la aproximación europea –con sus limitaciones y problemas de armonización- podría resultar apropiada o adaptarse para su juego -ya sea desde una perspectiva regional o incluso para situaciones internacional en términos amplios-, con el fin de proponer formas de promover el cumplimiento del ODS 8 a nivel global en tales situaciones (evitando discriminaciones e infra-protección del trabajador temporalmente desplazado), cuando la relación laboral generada por razón del desplazamiento temporal cuente con una naturaleza transfronteriza[63].

3.3. "Trabajo decente" en una economía global digitalizada

1. Los cambios generados por los cambios tecnológicos plantean numerosos desafíos al ODS 8, que igualmente han de ser enfrentados desde el DIPr. Para empezar, ya los propios límites de la categoría "contrato individual de trabajo" se ven sobrepasados en nuestros días, en un medio trasnacional más flexible, donde surgen formas de auto-empleo y de trabajo informal, o incluso vinculadas a plataformas digitales de trabajo (ya se basen en la web o en la ubicación) que rompen con las estructuras tradicionales y que han de ser atendidos debidamente por medio de políticas inclusivas de ámbito regional e incluso internacional[64].

Algo similar sucede en el marco de la digitalización de le economía, donde el trabajo dentro de las "cadenas de suministro" globales se externaliza y se deslocaliza -a través de plataformas digitales de trabajo que favorecen el teletrabajo y el trabajo a distancia-, suponiendo un reto frente a las categorías laborales tradicionales y a la tutela eficaz de sus derechos sociales[65]. Por lo que

---

62 LIUKKUNEN, U., "SDG 8", *op.cit.*, pp. 260 y 267.

63 Ibid., p. 267.

64 Ibid., pp. 258-259.

65 Ibid., pp. 259-260; MELLA MÉNDEZ, L., OJEDA AVILÉS, A., "Direito transnacional", *op.cit.*, pp. 12-14; SANGUINETI RAYMOND, W., *Perspectiva internacional del teletrabajo. Nuevas formas de*

tiende a proponerse la exigencia del cumplimiento de estándares mínimos y de AMIs que establezcan normativos laborales protectores para quienes prestan sus servicios en las mismas tanto desde la OIT como, desde una perspectiva regional, por la propia UE (Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002) o los propios Estados miembros[66]. Y ello, debido principalmente a que en numerosas ocasiones se aprovechan marcos normativos nacionales que ofrece a estos sujetos una menor tutela que el previsto en los países a los que se dirigen los servicios prestados, ocasionando situaciones de dumping social.

2. Desde una óptica internacional-privatista las situaciones de teletrabajo y del trabajo desde plataformas digitales ponen en jaque los propios principios en los que se asienta la ordenación del contrato individual de trabajo internacional, principalmente el de territorialidad, presente en el art. 8 Reglamento Roma I. Así, en estos supuestos, al margen de las situaciones de movilidad internacional mencionadas y a la protección que puede otorgársele en tales casos al trabajador móvil desde el DIPr (como ya se ha advertido), el juego del principio de territorialidad consignado en su apartado 2º (i.e. la tradicional lex loci laboris) plantea problemas conflictuales singulares en estas situaciones. Y ello, debido a que podría conducir a que las empresas que actúen internacionalmente externalicen o deslocalicen ciertas actividades, aprovechando un mercado laboral nacional menos protector que aquel donde la empleadora estuviera domiciliada[67].

Una forma de poder superar esta "desprotección" y, en definitiva, el riesgo que implicaría de dumping social, acudiendo finalmente a la normativa del país de domicilio de la empresa empleadora, pasaría por entender que: el apartado 1º permitiera entender que el trabajador extranjero prestaría su actividad "en" en país donde se encontrara la empresa empleadora, o bien que se acuda a esta normativa por tratarse de las más estrechamente vinculada al contrato como recoge el numeral 2º[68]. En estos casos, por lo tanto, nos encontraríamos ya fuera ante una ficción por medio de la que se superaría la

---

trabajo en la Sociedad de la Información, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 23-34.

66 Ley 10/2021, de trabajo a distancia, *BOE* núm. 164, de 10-7-2021.

67 CRESPI FERRIOL, M.M., "Trabajo a distancia transnacional", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAULT ARANDA, X. (dirs.), *El trabajo a distancia*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 659-688, pp. 670-672; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., "El Teletrabajo y el Derecho Internacional privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional" en SALA FRANCO, T. (coord..), *El Teletrabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 101-144, p. 103.

68 CRESPI FERRIOL, M.M., *op.cit.*, p. 673; MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A., *op.cit.*, pp. 113 y 117. SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y globalización*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 73-80.

tradicional territorialidad física por otra de corte digital, o ya ante el juego del principio de proximidad.

En ambos casos, por razón de la exigencia que se establecería al trabajador local de tener que emplear de forma interactiva una determinada plataforma o red virtual controlada por el empresario extranjero. Una aproximación que, aunque ventajosa para la parte de la plantilla situada en el extranjero (al ofrecerle un tratamiento idéntico al que recibirían los trabajadores situados en el país donde la empresa se encontrara establecida), se presenta compleja en la práctica. En el primer caso, al poder estimarse como una ficción forzada que precisaría de una clara apuesta por parte del legislador, al concretar esta regla para las situaciones de teletrabajo. En el segundo, aunque más viable y dependiente de las circunstancias que rodeen el caso, debido a que podría chocar con la propia ratio de una norma que apuesta principalmente por una conexión territorial, al igual que por el hecho de que el recurso por la conexión más estrecha no se ve informado por el principio de favor.

Desde una óptica comparada, sobresale el ejemplo del art. 17 ("Prestaciones transnacionales") de la Ley argentina 27555 sobre el régimen legal del contrato de teletrabajo[69]. Un novedoso y singular precept, donde se establece una conexión alternativa (lex loci laboris o ley del domicilio del empresario) basada en un principio de favor laboris, en virtud del cual se dispone que: "Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja". Y ello, además de exigir, caso de que se contrate a personal en el extranjero a que obtenga "la autorización previa de la autoridad de aplicación siendo que los convenios colectivos", deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones. Una solución que combina, por tanto, una norma de conflicto basada en el "principio de favor" que exige optar por el "mejor derecho" (alejada del art. 8 Reglamento Roma I), con el juego de normas imperativas por medio de las que se autoricen tales situaciones, que pivota en la ley del domicilio del empleador.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La puesta en marcha de la Agenda 2030 supone importantes desafíos para el DIPr que se manifiestan de forma particular al respecto del ODS 8, diseñado para atender a la dimensión social de la Agenda y estar encaminado a promover un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el pleno empleo y productivo y el trabajo decente para

69 *Boletín Nacional*, de 14-8-2020.

todos. Un objetivo que conecta directamente con el "Programa de trabajo decente" impulsado por la OIT donde, sin embargo, no se aborda su dimensión internacional y desconoce el papel regulatorio que posee el DIPr en su gobernanza global.

No obstante, al DIPr le corresponde un singular papel en el desarrollo de la Agenda 2030, aunque las evidentes posibilidades que ofrece el DIPr para el cumplimiento del ODS 8 (debido a su función reguladora y promotora de la justicia social global) se encuentren sometidas a importantes limitantes. En este sentido, la desigual respuesta que ofrecen los sistemas estatales –sede principal regulatoria en la actualidad-, la dispar preocupación regional en su ordenación -concentrada únicamente en algunas de ellas- y la ausencia de soluciones convencionales multilaterales apropiadas, constituyen obstáculos que dificultan el papel del DIPr en la gobernanza global de la Agenda 2030 y el cumplimiento del objetivo relativo al "trabajo decente".

2. Como consecuencia de lo expuesto, resulta aconsejable impulsar una acción codificadora combinada a nivel global que promueva la unificación normativa internacional-privatista en este ámbito –informada por los valores materiales presentes en este ODS (así como en el "Programa de trabajo decente" OIT), donde los principios de orden público (depositarios de los Derecho Humanos) posean una singular trascendencia-, así como favorezcan la protección inclusiva e igualitaria de los trabajadores, y un verdadero diálogo social transfronterizo. En este sentido, los distintos instrumentos e iniciativas elaboradas por la UE relacionadas con el cumplimento de los Derechos Humanos y los estándares internacionales en el ámbito laboral, pueden servir tanto de modelo (con sus necesarias correcciones y adaptaciones) y como de "banco de pruebas" al legislador internacional, para la elaboración de reglas de DIPr orientadas a cumplir con el ODS 8.

Esta iniciativa habría de partir, en todo caso, de la construcción de alianzas público-privadas y de iniciativas multilaterales que, a través de instrumentos tanto de Hard Law como de Soft Law, permita cumplir con las metas vinculadas al ODS 8. En las cuales habrían de generarse alianzas desde los distintos actores implicados a nivel global (grupos de empresas multinacionales, comités de empresa y sindicatos de escala supra-nacional) y donde poseen una significativa responsabilidad (por lo que hace al empleo de las herramientas que proporciona el DIPr) tanto la OIT como la Conferencia de La Haya de DIPr –llamados a aunar fuerzas y generar alianzas en este empeño codificador global- en la promoción de los derechos de los trabajadores y garantizarle a nivel global la posibilidad de disfrutar un "Trabajo decente".

LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A TRAVÉS DEL COMERCIO INTERNACIONAL

XAVIER FERNÁNDEZ PONS[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: RELACIONES ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE. 1.1. LAS BASES TRADICIONALES DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO Y EL DESARROLLO ECONÓMICO INSOSTENIBLE. 1.2. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS) Y LA PROGRESIVA REORIENTACIÓN DE LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN DE LA UNIÓN EUROPEA (UE). 2. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. 2.1. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LAS NEGOCIACIONES COMERCIALES EMPRENDIDAS EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC). 2.2. LA INCLUSIÓN DE UN CAPÍTULO SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN ACUERDOS COMERCIALES PREFERENCIALES NEGOCIADOS POR LA UE CON TERCEROS PAÍSES. 3. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN MEDIDAS COMERCIALES AUTÓNOMAS. 3.1. EL SISTEMA DE PREFERENCIAS GENERALIZADAS (SPG) DE LA UE Y SU RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTÍMULO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA GOBERNANZA (SPG+). 3.2. MEDIDAS COMERCIALES DE LA UE RELATIVAS A LA SOSTENIBILIDAD DE PROCESOS Y MÉTODOS DE PRODUCCIÓN. 4. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA REGULATORIO PARA UN COMERCIO INTERNACIONAL SOSTENIBLE?

1. INTRODUCCIÓN: RELACIONES ENTRE COMERCIO INTERNACIONAL Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Las relaciones entre el comercio internacional y el desarrollo sostenible son complejas. Por un lado, un comercio internacional bien regulado y gestionado puede contribuir a una utilización más eficiente de los recursos a escala mundial, disminuir los costos de las tecnologías más limpias y fomentar las exportaciones desde países en desarrollo y menos adelantados, contribuyendo a reducir sus niveles de pobreza. Por otro lado, el comercio internacional también puede ir en contra del desarrollo sostenible cuando, por ejemplo, contribuye al típico modelo de la economía lineal (consistente en la extracción de materias primas, la fabricación de nuevos productos de corta vida y el desperdicio de muchos residuos) o cuando se practica dumping social o ambiental, sirviéndose de los bajos estándares sociolaborales o ambientales de ciertos países para minimizar los costos contables.

---

[1] Profesor titular de Derecho internacional público en la Universitat de Barcelona y miembro de su Cátedra sobre Derecho Ambiental de la UE (xavierfernandez@ub.edu). Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación titulado "La biodiversidad, el clima y la salud pública global: interacciones y desafíos para el Derecho internacional", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PID2020-117379GB-I00). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 20 de enero de 2022.

En teoría, tal como postulan los planteamientos kantianos de Ernst-Ulrich Petersmann a favor de un "constitucionalismo cosmopolita"[2], el comercio internacional y el desarrollo sostenible podrían conciliarse bajo un marco institucional y normativo bien vertebrado, que promoviese un comercio internacional sostenible a escala mundial, teniendo debidamente en cuenta aspectos económicos, sociales y ambientales.

Sin embargo, tradicionalmente, el Derecho internacional se ha venido caracterizando por una acentuada fragmentación y descompensación entre sus diversos regímenes jurídicos especializados. Así, la regulación internacional del comercio ha tendido a focalizarse en la liberalización de los intercambios transfronterizos (el *free trade*) y ha prestado una insuficiente atención a las condiciones sociolaborales y ambientales de la producción en los países de origen, dejando tales cuestiones para otros ámbitos normativos, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), caracterizados por su escasa coercitividad en la práctica.

1.1. Las bases tradicionales del sistema multilateral de comercio y el desarrollo económico insostenible

De entrada, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, convocada en 1946 por el Consejo Económico y Social, sí previó que la regulación internacional del comercio tendría que vincularse explícitamente a cuestiones sociolaborales, que quedaron plasmadas en la resultante Carta de La Habana[3]. Este tratado, de inspiración keynesiana y con el que se pretendió crear una Organización Internacional del Comercio (OIC), incluía, por ejemplo, un relevante art. 7 sobre "Normas de trabajo equitativas". Sin embargo, como es notorio, la Carta de La Habana obtuvo muy pocas ratificaciones y no llegó a entrar en vigor.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1947 acabó operando como un sucedáneo parcial de la fallida Carta de La Habana, perdiendo el enfoque holístico de esta última y centrándose en promover una progresiva liberalización del comercio internacional de mercancías. El preámbulo del GATT de 1947 reflejó una concepción del desarrollo productivista, focalizada en el crecimiento económico,

---

2 PETERSMANN, E.-U., "Human rights require "Cosmopolitan Constitutionalism" and cosmopolitan law for democratic governance of public goods", *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, vol. 5, 2013, núm. 2, pp. 90-119.

3 Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio, hecha el 24 de marzo de 1948, E/CONF.2/78, https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf

incluyendo como objetivo "la utilización completa de los recursos mundiales y el acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos".

Tras la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, el Acuerdo de Marrakech de 1994, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC), incorporó una referencia al desarrollo sostenible en su preámbulo, aludiendo a "la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible […]". Ahora bien, las previsiones introducidas en el articulado de los Acuerdos de la OMC sobre aspectos vinculados al desarrollo sostenible fueron escasas o muy parcas en palabras. En 1995, la OMC creó un Comité sobre Comercio y Medio Ambiente, pero se le atribuyó un carácter meramente consultivo[4].

De este modo, la relevancia efectiva del desarrollo sostenible dentro del sistema multilateral de comercio quedó, en gran medida, a expensas de futuras negociaciones comerciales multilaterales, que hasta la fecha han dado muy pocos resultados, y de las interpretaciones en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Ciertamente, los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la OMC han hecho algunas aportaciones valiosas en la búsqueda de una conciliación jurídica entre comercio y medio ambiente, pero esta vía interpretativa tiene sus limitaciones[5].

Así, las normas comerciales multilaterales se han seguido centrando en la eliminación o reducción de barreras (arancelarias y no arancelarias) y en la no discriminación entre productos similares. El análisis de la similitud ha continuado focalizado, principalmente, en las características físicas de los productos finales, corriendo un tupido velo a sus diversos procesos o métodos de producción en origen que no dejen una traza física en el producto final (en inglés, *non-product-related processes and production methods* o npr-PPMs)[6], a los que sólo se ha tenido en cuenta en algunos singulares supuestos y, esencialmente,

---

4 Véase SINHA, M., "An evaluation of the WTO Committee on Trade and Environment", *Journal of World Trade*, vol. 4, 2013, núm. 6, pp. 1285-1322.

5 Como observan, entre otros: CONDON, B., "Climate change and unresolved issues in WTO law", *Journal of International Economic Law*, vol. 12, 2009, núm. 4, pp. 895-926; COSBEY, A., y MAVROIDIS, P., "Heavy fuel: trade and environment in the GATT/WTO case law", *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 23, 2014, núm. 3, pp. 288-301; y TRACHTMAN, J. P., "WTO trade and environment jurisprudence: avoiding environmental catastrophe", *Harvard International Law Journal*, vol. 58, 2017, núm. 2, 273-309.

6 Véase el debate doctrinal relativo a la posible justificación de ciertas medidas comerciales unilaterales sobre npr-PPMs bajo las normas de la OMC en, *inter alia*: FERNÁNDEZ EGEA, R. M., *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, Marcial Pons, 2008, cuyo capítulo IV analiza "la compatibilidad de los PPM y las medidas unilaterales con el Derecho de la OMC", pp. 231-294; CONRAD, C. R., *Processes and production methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing trade and social goals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; MAGGIO, A. R., *Environmental policy, non-product related process and production methods and the law of the World Trade Organization*, Cham, Springer, 2017; SIFONIOS, D., *Environmental process and production methods (PPMs) in WTO law*, Springer, 2018; y CALLE SALDARRIAGA, M. A., "Sustainable production

a título de excepción, como en el emblemático asunto *Estados Unidos – Camarones*[7]. Cumple reconocer que los países en desarrollo han sido, tradicionalmente, contrarios a que se impongan restricciones comerciales unilaterales basadas en npr-PPMs, que suelen percibir como indebidas injerencias extraterritoriales, y que el Principio 12 de la propia Declaración de Río previó que "se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador" y que "las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional".

En la práctica, la liberalización del comercio a escala mundial ha venido contribuyendo durante décadas, junto con otros factores, a impulsar un desarrollo económico "insostenible"[8], favoreciendo la creación de complejas cadenas globales de valor y la deslocalización de industrias a países con regímenes sociolaborales y ambientales más laxos, buscando la maximización de los beneficios del capital transnacional y soslayando externalidades negativas.

Ciertamente, este proceso de globalización económica ha contribuido al gran crecimiento experimentado por China y otros países emergentes y a la reducción de sus tasas de pobreza, pero el creciente descontento de quienes se han visto excluidos de los beneficios de tal globalización, el preocupante cambio climático y otras graves emergencias ambientales y sanitarias están evidenciando, cada vez con más urgencia, la necesidad de revisar a fondo el diseño tradicional de la regulación internacional del comercio, requiriéndose una decidida integración del desarrollo sostenible dentro de sus normas[9].

---

and trade discrimination: an analysis of the WTO jurisprudence", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, 2018, pp. 221-258.

7 Donde el Órgano de Apelación acabó concluyendo que los Estados Unidos podían, bajo ciertas condiciones, prohibir la importación de camarones de un país, como Malasia, que no preveía mecanismos para evitar la muerte accidental de tortugas marinas en la pesca del camarón, en tanto que medida relativa a la conservación de recursos naturales agotables justificable bajo las excepciones generales del art. XX del GATT de 1994, entendiendo que el carácter altamente migratorio de las tortugas marinas confería un nexo suficiente a las autoridades estadounidenses. Véase OMC, *Estados Unidos – Camarones*, Informe del Órgano de Apelación sobre el recurso de Malasia al párr. 5 del art. 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, WT/DS58/AB/RW, 22 de octubre de 2001.

8 La expresión "insostenible" se toma de PIGRAU SOLÉ, A., "España, la Unión Europea, el Derecho internacional y el desarrollo insostenible", en ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., y PETIT DE GABRIEL, E. W. (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1253-1288.

9 Véase un análisis sobre el "principio de integración de los aspectos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible" en RODRIGO, A. J., *El desafío del desarrollo sostenible*, Madrid, Centro de Estudios Internacionales – Marcial Pons, 2015, p. 149 y ss.

1.2. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la progresiva reorientación de la política comercial común de la Unión Europea (UE)

En la aspiración a un comercio internacional más sostenible no pueden dejar de ser un referente fundamental los ODS, aprobados mediante la resolución 70/1 de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015, con su holística agenda universal que conjuga aspectos económicos, sociales y ambientales[10]. Los ODS tratan de promover una prosperidad concebida como un desarrollo humano inclusivo y un progreso económico, social y tecnológico "en armonía con la naturaleza"[11].

La necesidad de un comercio internacional sostenible, que tenga en cuenta las condiciones sociolaborales y ambientales de la producción, se desprende, particularmente, del Objetivo 8, sobre trabajo decente y crecimiento económico[12], y del Objetivo 12, sobre producción y consumo responsables, que insta a revisar los métodos de producción y el consumo de recursos y bienes, teniendo en cuenta todo su ciclo de vida e impulsando la transición hacia una economía más circular, que lleve a una reducción de los residuos y a una mayor reutilización y reciclaje de los productos[13].

La UE, que fue uno de los principales artífices del tradicional sistema multilateral de comercio, tiende hoy a presentarse, con un creciente ahínco, como uno de los miembros de la OMC más partidarios de una profunda reforma de esta institución internacional, para actualizarla teniendo en cuenta los ODS, y trata de promover, simultánea y efectivamente, un comercio internacional abierto, justo y sostenible[14]. Esta progresiva reorientación de la política comercial común de la UE se ha ido plasmando en sucesivas comunicaciones de la Comisión Europea.

En octubre de 2015, muy poco después de que las Naciones Unidas aprobasen los ODS, la Comisión Europea lanzó una nueva estrategia comercial con su Comunicación titulada "Comercio para todos. Hacia una política de

---

10 ONU, "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", Resolución 70/1 aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

11 *Ibidem*, p. 2.

12 *Ibidem*, pp. 22 y 23.

13 *Ibidem*, pp. 25 y 26.

14 Al respecto, véanse: DOUMA, W. T, "The promotion of sustainable development through EU trade instruments", *European Business Law Review*, vol. 28, 2017, núm. 2, pp. 197-216; GRUNI, G., "Towards a sustainable world trade law? The commercial policy of the European Union after Opinion 2/15 CJEU", *Global Trade and Customs Journal*, vol. 13, 2018, núm. 1, pp. 4-12; y FERNÁNDEZ PONS, X., "The role of the EU in the promotion of sustainable development through multilateral trade", en CAMPINS ERITJA, M. (ed.), *The European Union and global environmental protection*, Londres, Routledge, 2020, pp. 50-72.

comercio e inversión más responsable"[15]. Los términos de dicho título suponen que la propia UE reconocía, en una suerte de acto de contrición, no haber impulsado, hasta esa fecha, una política comercial suficientemente "responsable". La nueva estrategia señaló la necesidad de impulsar una agenda comercial que promueva el desarrollo sostenible, tratando de garantizar que los productos y servicios importados se produzcan de manera que se respeten los derechos humanos, los derechos laborales y el medio ambiente.

En diciembre de 2015, la Comisión Europea presentó su primer "Plan de Acción para la Economía Circular"[16], donde aludió, por ejemplo, a la necesidad de prestar atención a las repercusiones medioambientales y sociales de la producción en países no pertenecientes a la UE y de promover la obtención sostenible de materias primas a nivel mundial, a través, entre otros instrumentos, de su política comercial[17].

Más recientemente, la Comisión Europea presidida por Ursula von der Leyen ha abundado en estos planteamientos. La Comunicación sobre el "Pacto Verde Europeo", presentada en diciembre de 2019[18], insiste en que la política comercial de la UE debe servir para exportar sus valores al mundo y promover un desarrollo sostenible, comprometiendo a terceros países en cuestiones sociolaborales y ambientales[19].

El "Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular", presentado por la Comisión Europea en marzo de 2020[20], reconoce que, pese a ciertos progresos alcanzados en los últimos años, todavía "no existe ningún conjunto completo de requisitos que garantice que todos los productos que entren en el mercado de la UE sean cada vez más sostenibles y superen la prueba de la circularidad", siendo preciso, por ejemplo, reducir su "huella de carbono" y su "huella ecológica"[21]. A tal fin, la Comisión Europea se ha propuesto examinar detenidamente "la posibilidad de introducir requisitos relacionados con los aspectos medioambientales y sociales a lo largo de la cadena de valor, desde

---

15 COMISIÓN EUROPEA, "Comercio para todos. Hacia una política de comercio e inversión más responsable", COM(2015) 497, 14 de octubre de 2015.

16 COMISIÓN EUROPEA, "Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular", COM(2015) 614 final, 2 de diciembre de 2015.

17 *Ibidem*, p. 5.

18 COMISIÓN EUROPEA, "El Pacto Verde Europeo", COM(2019) 640 final, 11 de diciembre de 2019.

19 *Ibidem*, p. 25. Según SANAHUJA, J. A., "El Pacto Verde Europeo: el giro ambiental de un actor global", *Anuario CEIPAZ*, 2020-2021, pp. 69-95, p. 88, el Pacto Verde Europeo supone "una aproximación al comercio con principios ambientales y geopolíticos que es muy distinta del tradicional enfoque liberal que ha abanderado la UE".

20 COMISIÓN EUROPEA, "Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva", COM(2020) 98 final, 11 de marzo de 2020.

21 *Ibidem*, p. 4.

la fase de producción hasta el final de la vida, incluso en el contexto de las normas de la OMC"[22].

En febrero de 2021, la Comisión Europea ha presentado una Comunicación titulada "Revisión de la política comercial – Una política comercial abierta, sostenible y firme"[23], donde se enfatiza que la política comercial de la UE tiene que promover, tanto dentro como fuera de su territorio, "una mayor sostenibilidad, en consonancia con el compromiso contraído de aplicar plenamente" los ODS[24]. Según la Comisión Europea, las "normas por las que se rige el comercio mundial requieren urgentemente una actualización" para "hacer que la globalización sea más sostenible y justa" y la política comercial de la UE "debe utilizar todas las herramientas a su alcance para apoyar la justicia social y la sostenibilidad medioambiental", incluyendo entre sus prioridades fundamentales "encabezar los esfuerzos para reformar" la OMC[25], que se concretan en un específico anexo titulado "Reforma de la OMC: hacia un sistema multilateral de comercio sostenible y eficaz"[26].

En este contexto, el presente estudio tiene por objeto examinar diversas iniciativas con las que UE trata de promover, a través de instrumentos o medidas comerciales, el desarrollo sostenible a escala mundial y, en particular, mejorar las condiciones sociolaborales y ambientales de la producción en terceros países.

Tales iniciativas serán contempladas dividiéndolas en dos grupos: en primer lugar, se examinarán iniciativas planteadas por la UE en el marco de negociaciones comerciales internacionales, aludiendo a las emprendidas en el seno de la OMC y a las celebradas para la conclusión de acuerdos comerciales preferenciales; en segundo lugar, se hará referencia a iniciativas para fomentar un desarrollo sostenible adoptadas por la UE mediante medidas comerciales autónomas, como la previsión de un régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza dentro de su sistema de preferencias generalizadas (SPG) o medidas con las que la UE trata de penalizar las importaciones de ciertos productos en función de la insostenibilidad de sus respectivos procesos o métodos de producción en los países de origen.

---

22 *Ibidem*, p. 5.

23 COMISIÓN EUROPEA, "Revisión de la política comercial – Una política comercial abierta, sostenible y firme", COM(2021) 66 final, 18 febrero 2021.

24 *Ibidem*, p. 1.

25 *Ibidem*, p. 11.

26 *Ibidem*, anexo.

2. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

El vigente art. 3.5 del Tratado de la UE (TUE) explicita que ésta, "en sus relaciones con el resto del mundo", promoverá sus valores e intereses, contribuyendo al "desarrollo sostenible del planeta" y al "comercio libre y justo". A partir de éstas y otras previsiones del TUE relativas a la acción exterior[27], la UE se ha ido erigiendo en uno de los actores internacionales que más insisten en corregir el tradicional autismo de los acuerdos internacionales comerciales con respecto a cuestiones sociolaborales y ambientales en los países de origen, requiriendo que el desarrollo sostenible se integre efectivamente en las negociaciones de nuevas normas internacionales comerciales, tanto a escala mundial como regional.

2.1. La UE y el desarrollo sostenible en las negociaciones comerciales emprendidas en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

En las negociaciones comerciales que ha venido auspiciando la OMC, la UE es uno de los Miembros que más suele abanderar la causa del desarrollo sostenible. En la agenda de las negociaciones comerciales multilaterales impulsadas bajo la Ronda de Doha, iniciada en 2001 y todavía no culminada, no se han incluido cuestiones sociolaborales, que, como ahora observa críticamente la UE, siguen siendo un "tabú" en la OMC[28], pero sí figuran diversos temas vinculados con el medio ambiente, como: las relaciones entre las vigentes normas de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en algunos acuerdos multilaterales ambientales; el etiquetado ecológico; y la eliminación o reducción de barreras arancelarias y no arancelarias a servicios y bienes ambientales (como la maquinaria para el reciclaje, paneles solares o molinos para energía eólica)[29]. Sin embargo, estas negociaciones, como la Ronda de Doha en general, han venido dando muy escasos resultados hasta la fecha, evidenciando las dificultades para concretar grandes consensos mundiales en un contexto de acentuada rivalidad multipolar.

Un caso concreto en el que las negociaciones en la OMC sí pueden considerarse exitosas ha sido el de la revisión de su Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), debiendo subrayarse que se trata de un acuerdo plurilateral,

---

27 Como las contempladas, particularmente, en el art. 21.2 del TUE sobre desarrollo sostenible y comercio internacional (secciones d, e y f).

28 COMISIÓN EUROPEA, "Revisión de la política comercial – Una política comercial abierta, sostenible y firme", COM(2021) 66 final, *loc. cit.*, anexo, p. 2.

29 OMC, "Declaración Ministerial de la OMC (Doha, 2001)", 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de noviembre de 2001, cuyos párrafos 31-33 se refieren a diversas cuestiones sobre "comercio y medio ambiente".

del que únicamente son partes, principalmente, economías avanzadas, lo que facilitó la consecución del consenso. Interesa precisar que el originario ACP concluido en Marrakech en 1994 no contenía (sorprendentemente) explícitas referencias a la sostenibilidad. En 2012, sí se logró, gracias al impulso de la UE y de los Estados Unidos presididos por Barack Obama, adoptar una nueva versión del ACP, que entró en vigor el 6 de abril de 2014[30] y que incluye diversas previsiones sobre aspectos ambientales en la contratación pública, contemplando expresamente, al definir las "especificaciones técnicas" que pueden figurar en una licitación pública, las relativas a "procesos y métodos de producción o provisión" de los productos o servicios[31]. Asimismo, en virtud del ACP revisado se ha creado, en el marco de la OMC, un programa de trabajo sobre contratación pública sostenible[32].

Lamentablemente, en otras cuestiones a negociar entre todos los Miembros de la OMC, los frutos han sido hasta ahora muy pocos. La cuestión ambiental ya prevista en la originaria agenda de la Ronda de Doha y en la que se ha ido avanzando más es la relativa a las subvenciones a la pesca, que en muchas ocasiones pueden contribuir a la sobreexplotación de recursos pesqueros. Los ODS han contribuido a impulsar estas negociaciones, que han sido vinculadas explícitamente con la Meta 14.6. Esta expresa conexión entre los ODS y las negociaciones en la OMC es encomiable, mostrando un camino para superar la tradicional fragmentación entre diversos sectores del ordenamiento jurídico internacional. La Comisión Europea ha apoyado firmemente estas negociaciones, subrayando que este ejemplo de sinergia entre la ONU y el sistema multilateral de comercio debería tomarse como modelo para concretar otras posibles contribuciones de la OMC a los "sustainability objectives of the global community"[33]. En cualquier caso, las negociaciones están siendo complejas, pues las subvenciones a la pesca son un tema particularmente sensible para numerosos países en desarrollo y menos adelantados, que reclaman un marcado trato especial y diferenciado en esta cuestión. En principio, se previó tratar de adoptar dicho acuerdo en la duodécima Conferencia Ministerial de la OMC (CM12), a celebrar en Ginebra del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 2021. El 24 de noviembre de 2021 se presentó un proyecto de

---

30 Véase ANDERSON, R. D., y MÜLLER, A. C., "The revised Agreement on Government Procurement (GPA): Key design features and significance for global trade and development", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 48, 2017, pp. 949-1008.

31 Art. I:u:ii del ACP de 2012.

32 Art. XXII:8(a) del ACP de 2012 y OMC, "Decisión del Comité de Contratación Pública sobre un Programa de Trabajo relativo a la Contratación Sostenible", 30 de marzo de 2012, anexo E del Apéndice 2 de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párr. 7 del art. XXIV del ACP, GPA/113, p. 445.

33 COMISIÓN EUROPEA, "EU concept paper on WTO reform", 18 de septiembre de 2018, p. 6, sección I.C, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf

acuerdo, todavía con bastantes corchetes[34]. Ahora bien, el 26 de noviembre de 2021, el Consejo General de la OMC decidió aplazar la CM12 indefinidamente dadas las crecientes restricciones de viaje por la nueva variante ómicron del virus causante de la COVID-19[35]. Por tanto, se tendrá que esperar a una futura cita para poder culminar tales negociaciones.

Además de las cuestiones que ya están siendo objeto de negociaciones en sentido estricto, la UE y otros Miembros están impulsando últimamente nuevas iniciativas sobre cuestiones ambientales a debatir (y, eventualmente, negociar) en el marco de la OMC. Por ejemplo, la UE presentó el 30 de octubre de 2020 un documento oficioso sobre comercio y clima[36]. El 17 de noviembre de 2020, 50 Miembros de la OMC (incluyendo a la UE y sus Estados miembros) distribuyeron una "Comunicación sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental"[37] y pusieron con ella en marcha los llamados "Debates Estructurados sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental", que tratan de complementar los trabajos del indicado Comité de Comercio y Medio Ambiente y de otros comités y órganos pertinentes de la OMC. Los indicados "Debates", que vienen siendo coordinados por los embajadores ante la OMC de Canadá y Costa Rica, están abiertos a todos los Miembros de la OMC y también al diálogo con partes interesadas externas, con inclusión de la comunidad empresarial, la sociedad civil, organizaciones internacionales e instituciones académicas[38]. Es destacable que, en noviembre de 2021, China y Estados Unidos se hayan sumado como nuevos copatrocinadores de los "Debates"[39]. Ahora bien, todavía es muy incierto cuál será el recorrido efectivo de estas recientes iniciativas, más allá de genéricas comunicaciones o declaraciones conjuntas, como las esponsorizadas por la UE y otros Miembros de la OMC en diciembre de 2021 sobre comercio y medio ambiente[40].

---

34 OMC, "Acuerdo sobre subvenciones a la pesca – Proyecto de texto", WT/MIN(21)/W/5, 24 de noviembre de 2021.

35 OMC, "Noticia – El Consejo General decide aplazar la CM12 indefinidamente", 26 de noviembre de 2021, https://www.wto.org/spanish/news_s/news21_s/mc12_26nov21_s.htm

36 COMISIÓN EUROPEA, "Non-paper on possible trade and climate initiative in WTO", 30 de octubre de 2020, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/november/tradoc_159117.pdf

37 OMC, "Comunicación sobre el Comercio y la Sostenibilidad Ambiental", WT/CTE/W/249, 17 de noviembre de 2020.

38 *Ibidem*, párrs. 3, 4 y 7.

39 OMC, "Noticia – Se da la bienvenida a China y a los Estados Unidos como nuevos participantes en los debates sobre el comercio y la sostenibilidad ambiental", 4 de noviembre de 2021, https://www.wto.org/spanish/news_s/news21_s/tessd_04nov21_s.htm

40 COMISIÓN EUROPEA, "Press release – EU promotes World Trade Organization initiatives on Trade and Environment", 15 de diciembre de 2021, https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2344

2.2. La inclusión de un capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible en acuerdos comerciales preferenciales negociados por la UE con terceros países

Aunque la conclusión de acuerdos comerciales preferenciales no es nueva, las indicadas dificultades de la Ronda de Doha pueden haber contribuido, al menos en parte, a que en los últimos años se haya producido una acentuada proliferación de tales negociaciones. En particular, la UE ha impulsado una ambiciosa agenda de negociaciones con terceros países, entre las que cabe referirse, por ejemplo, a las realizadas con: Corea del Sur, Colombia-Perú-Ecuador, Centroamérica, Canadá, Singapur, Japón, Vietnam y el Mercosur[41]. Todas estas negociaciones impulsadas por la UE se caracterizan por su gran amplitud (incluyendo previsiones sobre comercio de mercancías, servicios, propiedad intelectual, inversiones extranjeras, contratación pública, competencia y otros temas que van más allá de las previsiones del sistema multilateral de comercio) y suelen incluir un capítulo titulado "Comercio y Desarrollo Sostenible" (CDS), con numerosas previsiones sociolaborales y ambientales.

Tomando como ejemplo el capítulo CDS del acuerdo de principio UE-Mercosur anunciado el 28 de junio de 2019[42], éste comprende 18 artículos, que incluyen previsiones substantivas sobre: objetivos y alcance (con explícitas alusiones a los ODS); derecho a regular y niveles de protección; transparencia; acuerdos y estándares laborales multilaterales (con diversas referencias al trabajo decente); acuerdos ambientales multilaterales; comercio y cambio climático (con específicas alusiones al Acuerdo de París de 2015); comercio y biodiversidad; comercio y gestión sostenible de bosques; comercio y gestión sostenible de pesquerías y acuicultura; comercio y gestión responsable de las cadenas de suministro, etc… Desde un punto de vista institucional, se prevé la creación de un Subcomité sobre Comercio y Desarrollo Sostenible (Subcomité CDS) y de un específico mecanismo para la solución de diferencias.

Esta sistemática inclusión de capítulos CDS en los acuerdos comerciales preferenciales negociados por la UE es loable y es una clara vía para hacer valer la influencia normativa de la UE a escala internacional, tal como ya han analizado algunos autores[43]. Frente a la tradicional focalización del sistema multilateral de comercio en el *free trade* y sus parcas referencias a cuestiones sociales y ambientales, los nuevos acuerdos comerciales preferenciales impulsados por la UE tienen una visión holística, explicitando múltiples conexiones normativas entre aspectos económicos, sociales y ambientales.

---

41 COMISIÓN EUROPEA, "Overview of FTA and other trade negotiations – Updated October 2021", https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf

42 COMISIÓN EUROPEA, "EU-Mercosur trade agreement: The Agreement in principle and its texts", 12 de julio de 2019, https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2048

43 Véase, por ejemplo, RAESS, D., SCHMIEG, E., y VOITURIEZ, T., *The future of sustainable development chapters in EU free trade agreements*, Bruselas, UE, 2018.

Ahora bien, los capítulos CDS no deben quedarse, obviamente, en genéricas previsiones, siendo necesario precisarlas y garantizar su efectiva aplicación en la práctica. Algunos analistas han observado que hay previsiones de capítulos CDS, como las relativas a la gestión sostenible de los bosques en el comentado acuerdo UE-Mercosur, que podrían acabar teniendo muy poca relevancia práctica frente a políticas de desarrollismo productivista como las del Presidente Jair Bolsonaro en Brasil[44] y la UE está tratando de negociar actualmente, a tal fin, un régimen más exigente sobre esta cuestión[45]. Algún autor mercosureño ha criticado el indicado capítulo CDS y los crecientes requerimientos ambientales de la UE, que considera muestras de un nuevo "proteccionismo regulatorio" de la UE, que querría "teñir de verde" todo[46]. Por otro lado, es inquietante que los capítulos CDS incluyan un mecanismo de solución de diferencias propio y más suave que los mecanismos establecidos para garantizar otros capítulos de los acuerdos comerciales preferenciales.

Para tratar de evaluar la efectividad de los capítulos CDS, la UE viene incluyendo, dentro de su seguimiento periódico de la implementación de sus acuerdos comerciales preferenciales, un monitoreo específico de tales capítulos. En febrero de 2018, la Comisión Europea ya identificó "15 puntos de acción" para tratar de hacer los capítulos CDS más efectivos[47].

Recientemente, a raíz de la ya citada Comunicación de 18 de febrero de 2021 para revisar la política comercial común de la UE, la Comisión Europea ha lanzado una revisión de los citados "15 puntos de acción", a fin de concretar posibles mejoras en el diseño y el monitoreo de los capítulos CDS. Con ese propósito, en mayo de 2021 solicitó un estudio independiente, que encargó a la London School of Economics and Political Science (LSE Consulting), para comparar las previsiones sobre comercio y desarrollo sostenible incluidas en diversos acuerdos comerciales preferenciales impulsados por la UE y por otras economías avanzadas (como Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Nueva Zelanda o Suiza) e identificar las mejores prácticas, habiéndose presentado ya

---

44 GHIOTTO, L., y ECHAIDE, J., *Analysis of the agreement between the European Union and the Mercosur,* Berlín/Bruselas/Buenos Aires, The Greens/EFA and Power Shift, 2019, https://www.annacavazzini.eu/wp-content/uploads/2020/01/Study-on-the-EU-Mercosur-agreement-09.01.2020-1.pdf

45 COMISIÓN EUROPEA, "Overview of FTA and other trade negotiations – Updated October 2021", *loc. cit.*, p. 4.

46 RABOI, J., "El rechazo del lobby verde al acuerdo entre la UE y el Mercosur", *El Economista*, 3 de febrero de 2020, https://www.eleconomista.com.ar/2020-02-el-rechazo-del-lobby-verde-al-acuerdo-entre-la-ue-y-el-mercosur/

47 COMISIÓN EUROPEA, "Feedback and way forward on improving the implementation and enforcement of Trade and Sustainable Development chapters in EU Free Trade Agreements", Non-paper of the Commission services, 26 de febrero de 2018, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf

un *inception report* en septiembre de 2021[48] y un *interim report* en noviembre de 2021[49]. La Comisión Europea también inició unas consultas públicas abiertas el 23 de julio de 2021, que concluyeron el 5 de noviembre de 2021[50].

3. LA UE Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN MEDIDAS COMERCIALES AUTÓNOMAS

Al margen de las comentadas negociaciones comerciales internacionales, la UE también está tratando de impulsar el desarrollo sostenible a escala mundial mediante medidas comerciales autónomas, basadas en sus propias competencias para regular, a través de instrumentos jurídicos como los reglamentos y las directivas, el acceso de productos (o servicios) al mercado de la UE en función de las condiciones sociolaborales y ambientales de la producción en los países de origen, y que, según la usual metáfora de la zanahoria y el palo, pueden ser tanto medidas de estímulo como de presión o "penalización".

3.1. El sistema de preferencias generalizadas (SPG) de la UE y su régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza (SPG+)

Dentro del ODS 10, relativo a la reducción de la desigualdad en los países y entre ellos, se insta a aplicar el "principio del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados", de conformidad con los acuerdos de la OMC (ODS 10.a). Bajo el ODS 17, relativo a las alianzas para lograr los objetivos, también figuran diversas metas relacionadas con el acceso a los mercados de las exportaciones de países en desarrollo, particularmente de países menos adelantados (ODS 17.10, 17.11 y 17.12).

En 1979, las Partes Contratantes del GATT de 1947 ya aprobaron la llamada Cláusula de Habilitación, que sigue estando en vigor en el actual régimen de la OMC y permite, como exención al principio de trato general de la nación más favorecida, el establecimiento de sistemas de preferencias arancelarias generalizadas para productos originarios de países en desarrollo[51].

---

48 LSE CONSULTING, "Comparative Analysis of TSD Provisions for Identification of Best Practices to Support the TSD Review", Inception Report, septiembre de 2021, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/september/tradoc_159810.pdf

49 LSE CONSULTING, "Comparative Analysis of Trade and Sustainable Development (TSD) Provisions for Identification of Best Practices to Support the TSD Review", Interim Report, noviembre de 2021, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/november/tradoc_159899.pdf

50 COMISIÓN EUROPEA, "Open public consultation on the Trade and Sustainable Development (TSD) Review", 2021, https://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=301

51 GATT 1947, "Cláusula de Habilitación – Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo", Decisión de 28 de noviembre de 1979, L/4903.

En cuanto a los países beneficiarios, la Cláusula de Habilitación previó, en principio, que las preferencias deben ser "generalizadas" para los países en desarrollo, excluyendo selecciones arbitrarias entre los mismos. La Cláusula de Habilitación sí contempló explícitamente que puede establecerse una gradación de las preferencias más favorable para los países menos adelantados (PMA), pero no aludió de forma clara a si pueden preverse gradaciones entre países en desarrollo basadas en otros criterios, como su nivel de compromiso con el impulso de un desarrollo sostenible.

Ahora bien, desde la UE se ha venido impulsando la previsión de regímenes especiales de estímulo, otorgando específicas preferencias a países en desarrollo que, sin llegar a ser PMA, cumplan ciertas condiciones y requisitos sociales o ambientales. Inicialmente, el Reglamento (CE) núm. 2501/2001[52] llegó a prever cinco diferentes regímenes: a) un régimen general o estándar; b) un régimen especial de estímulo a la protección de los derechos laborales; c) un régimen especial de estímulo para la protección del medio ambiente; d) un régimen especial a favor de los PMA; y e) un régimen especial de apoyo a la lucha contra la producción y el tráfico de droga.

Interesa precisar que, de entrada, la compatibilidad de esos diversos regímenes de estímulo con la Cláusula de Habilitación no estaba clara y que la India llegó a presentar una reclamación ante la OMC en marzo de 2002, que dio lugar a la diferencia *Comunidades Europeas – Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo*, en la que el Órgano de Apelación precisó los criterios para determinar la licitud de posibles regímenes de estímulo. Según el Órgano de Apelación, el párr. 3 c) de la Cláusula de Habilitación admite que se hagan distinciones entre los países en desarrollo para responder a las "necesidades de desarrollo, financieras y comerciales", que pueden variar de unos países a otros. El Órgano de Apelación consideró que tales "necesidades" deben evaluarse, en cualquier caso, con arreglo a una "pauta objetiva"[53].

Sucesivamente, la UE diseñó un nuevo SPG, mediante el Reglamento (CE) núm. 980/2005[54], con el que trató de ajustarse a los criterios indicados por el Órgano de Apelación y previó un régimen especial "de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza", conocido como SPG+. Éste supuso, en gran medida, integrar tres regímenes especiales anteriormente separados (protección de los derechos laborales, protección del medio ambiente y lucha contra la

---

52 Reglamento (CE) núm. 2501/2001 del Consejo, de 10 de diciembre de 2001, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas para el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, DOCE L 346, 31 de diciembre de 2001.

53 OMC, *Comunidades Europeas – Preferencias arancelarias*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS246/AB/R, 7 de abril de 2004, párr. 163.

54 Reglamento (CE) núm. 980/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, relativo a la aplicación de un sistema de preferencias arancelarias generalizadas, DOUE L 169, 30 de junio de 2005.

producción y el tráfico de droga) dentro de uno. Este nuevo diseño del SPG+ no ha sido impugnado ante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

El vigente SPG de la UE fue establecido mediante el Reglamento (UE) núm. 978/2012[55], que entró en vigor el 1 de enero de 2014 para un período de diez años, hasta el 31 de diciembre de 2023. El vigente SPG mantiene sustancialmente el mismo régimen SPG+ que el anterior, situándolo entre el régimen general otorgado a países en desarrollo de renta media baja (SPG estándar) y el régimen más favorable ("Todo menos armas") concedido a los países de renta baja (PMA). El SPG+ se concede actualmente a países en desarrollo de renta media baja que sean vulnerables (por su falta de diversificación y su integración insuficiente en el comercio internacional) y que hayan ratificado y apliquen efectivamente veintisiete convenios internacionales sobre derechos humanos y laborales, protección del medio ambiente y buena gobernanza recogidos en el anexo VIII del Reglamento ("los convenios pertinentes"). Las preferencias del SPG+ pueden ser retiradas si el país beneficiario no respeta en la práctica los requisitos previstos[56]. Además, como condicionalidad negativa aplicable a todos los regímenes del SPG, las preferencias podrán retirarse temporalmente, respecto a la totalidad o a parte de los productos originarios de un país beneficiario, por diversas causas, como la "violación grave y sistemática de los principios establecidos" en los principales convenios de la ONU y de la OIT sobre derechos humanos y laborales[57].

El 22 de septiembre de 2021, la Comisión Europea ha presentado una propuesta de reglamento para establecer el nuevo SPG que deberá regir en la UE a partir del 1 de enero de 2024 y hasta el 31 de diciembre de 2033[58]. Esta propuesta mantiene la estructura básica del vigente SPG, pero introduce algunos cambios. Por ejemplo, se enfatizan explícitas menciones a los ODS, se fomenta que los países que vayan saliendo del régimen especial para los PMA gracias al incremento de su ingreso per cápita se incorporen al SGP+, se actualiza y amplía la lista de convenios internacionales pertinentes para el SGP+ sobre derechos humanos, laborales, ambientales y buena gobernanza[59] y se fortalecen los

---

55 Reglamento (UE) núm. 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) núm. 732/2008 del Consejo, DOUE L 303, 31 de octubre de 2012. La versión consolidada del vigente Reglamento SPG, actualizada a 1 de enero de 2022, figura en http://data.europa.eu/eli/reg/2012/978/2022-01-01

56 Art. 15 del citado Reglamento SPG.

57 Véase el capítulo V del vigente Reglamento SPG, titulado "Disposiciones sobre la retirada temporal comunes a todos los regímenes" (arts. 19-21).

58 COMISIÓN EUROPEA, "Propuesta de Reglamento por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (UE) núm. 978/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo", COM(2021) 579 final, 22 de septiembre de 2021.

59 Pasando de los veintisiete convenios recogidos en el vigente SPG a treintaidós. *Ibidem*, anexo VI.

mecanismos de cooperación, monitoreo y de posible retirada temporal, total o parcial, de las preferencias (tanto del SGP+ como de los otros regímenes).

3.2. Medidas comerciales de la UE relativas a la sostenibilidad de procesos y métodos de producción

Como se ha apuntado en la introducción, bajo las vigentes normas de la OMC es complicado justificar la imposición unilateral de restricciones a las importaciones de ciertos productos basándose en procesos o métodos de producción que no dejan una traza física en el producto final, pero ello no es imposible. Teniendo esto en cuenta, la UE ya ha venido imponiendo desde hace tiempo restricciones a las importaciones de algunos productos, como el pescado y la madera, si no se garantiza una gestión sostenible de la pesca o los bosques por los países de origen[60].

Actualmente, la UE está tendiendo a ampliar las restricciones o "penalizaciones" aplicables a las importaciones de muy diversos tipos de productos en función de su huella de carbono o de la deforestación vinculada a su producción, que son de especial relevancia para la lucha contra el cambio climático y la preservación de la biodiversidad. Algunas de las medidas o propuestas que ha lanzado la UE en este sentido son muy controvertidas, particularmente desde la perspectiva de países en desarrollo o emergentes, que suelen cuestionar su compatibilidad con las vigentes normas de la OMC.

Seguidamente, se aludirá a algunas de estas medidas impulsadas desde la UE, empezando por un ejemplo de medida que ya está en vigor y que ha sido impugnada ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. Así, Indonesia y Malasia presentaron respectivamente, en diciembre de 2019 y en enero de 2021, sendas reclamaciones contra la UE por determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma[61].

Indonesia y Malasia son los mayores productores de aceite de palma del mundo (utilizado, entre otros fines, para la producción de biocombustible) y algunos estudios señalan que la expansión de los cultivos de palma en el sudeste asiático (y otros países tropicales) se ha venido haciendo, en gran

---

60 Al respecto, véanse, por ejemplo: MARQUÈS I BANQUÈ, M., "Estrategias sancionadoras en materia de cambio climático: la persecución penal del tráfico ilegal de madera en la Unión Europea y en España", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, 2019, núm. 2, pp. 1-42; y PONS RÀFOLS, X., "The EU's global leadership in the fight against illegal, unreported, and unregulated fishing", en CAMPINS ERITJA, M. (ed.), *op. cit.*, pp. 73-89.

61 Véanse: OMC, *UE – Determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite*, Solicitud de celebración de consultas presentada por Indonesia, WT/DS593/1, 16 de diciembre de 2019; y OMC, *UE y determinados Estados miembros – Medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite,* Solicitud de celebración de consultas presentada por Malasia, WT/DS600/1, 19 de enero de 2021.

medida, mediante la deforestación de bosques primarios, destruyendo importantes sumideros de carbono[62].

Indonesia y Malasia observan que la clasificación de los biocombustibles como sostenibles por la UE se había centrado, inicialmente, en las emisiones causadas por el uso directo de la tierra, pero que, más recientemente, la UE también ha querido tener en cuenta los efectos del denominado cambio indirecto del uso de la tierra (CIUT) y ello estaría penalizando al biocombustible obtenido del aceite de palma. Indonesia y Malasia constatan que este biocombustible se había considerado tradicionalmente en la UE como un biocombustible sostenible, pero que esta situación ha cambiado a partir de la Directiva (UE) 2018/2001[63], conocida en inglés como Renewable Energy Directive (RED) II, el Reglamento Delegado (UE) 2019/807[64] y otras normas complementarias.

Según esta nueva normativa de la UE, se considera que el cultivo de palma presenta, con carácter general, un riesgo elevado de CIUT y se computan dentro de la huella de carbono del biocombustible obtenido del aceite de palma también el carbono ya no absorbido tras la deforestación, determinando que este biocombustible no pueda considerarse, generalmente, como sostenible. Indonesia y Malasia alegan que estas medidas de la UE penalizando generalmente al biocombustible obtenido del aceite de palma son, por diversos motivos, incompatibles con las normas de la OMC. Ambas reclamaciones tienen un notable interés económico y jurídico, que algunos autores, adelantándose a lo que puedan acabar determinando los órganos resolutorios de la OMC, ya han abordado desde distintas posiciones[65].

También cumple referirse a una de las propuestas más destacadas (y polémicas) del Pacto Verde Europeo, consistente en el establecimiento de un mecanismo de ajuste en frontera por carbono (MAFC). La Comisión Europea

---

62 SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR, "Palm Oil Facts and Figures on Trade and Sustainability", Fact Sheet PO-01, 4 de septiembre de 2019.

63 Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (versión refundida), DOUE L 328, 21 de diciembre de 2018.

64 Reglamento Delegado (UE) 2019/807 de la Comisión, de 13 de marzo de 2019, por el que se completa la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la determinación de las materias primas con riesgo elevado de provocar un cambio indirecto del uso de la tierra de cuya superficie de producción se observa una expansión significativa a tierras con elevadas reservas de carbono y la certificación de los biocarburantes, los biolíquidos y los combustibles de biomasa con bajo riesgo de provocar un cambio indirecto del uso de la tierra, DOUE L 133, 21 de mayo de 2019.

65 Véanse: MITCHELL, A. D., y MERRIMAN, D., "Indonesia's WTO challenge to the European Union's Renewable Energy Directive: Palm oil and indirect land-use change", *Trade, Law and Development*, vol. 12, 2020, núm. 2, pp. 548-622; y MAYR, S., HOLLAUS, B., y MADNER, V., "Palm oil, the RED II and WTO law: EU sustainable biofuel policy tangled up in green?", *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 30, 2021, núm. 2, pp. 233-248.

ha presentado una propuesta de reglamento el 14 de julio de 2021, a la que en adelante se hará referencia como Propuesta de Reglamento MAFC[66]. En espera de la aprobación de esta iniciativa por el Parlamento Europeo y el Consejo, el MAFC se plantea como parte del paquete de medidas "Objetivo 55" y es considerado como un "elemento esencial del conjunto de instrumentos de la Unión para cumplir el objetivo de neutralidad climática de la UE de aquí a 2050, en consonancia con el Acuerdo de París"[67].

El MAFC propuesto trata de afrontar el problema de la llamada fuga de carbono, que tiene lugar cuando industrias intensivas en emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) tienden a desplazarse desde los países que imponen mayores exigencias a sus productores domésticos (como es el caso de la UE con su sistema de *cap and trade* concretado en el régimen de comercio de derechos de emisiones, RCDE UE) hacia países más permisivos o cuando, aunque no se produzcan tales deslocalizaciones, hay un incremento de las importaciones de mercancías con elevadas emisiones implícitas originarias de países más permisivos. La fuga de carbono implica que las emisiones de GEI no se reducen a escala mundial, sino que simplemente cambia su país de origen o incluso pueden aumentar globalmente, al concentrarse la producción de ciertas mercancías cuya producción suele liberar elevadas emisiones (como el acero, el aluminio, el cemento…) en países menos exigentes. Aunque el riesgo de la fuga de carbono no es nuevo, es comprensible que la ambición de los objetivos previstos en el Pacto Verde Europeo y la llamada Ley Europea del Clima[68] incrementen ese riesgo y la preocupación de la UE.

La Propuesta de Reglamento MAFC es técnicamente compleja. Inicialmente se barajaron diversas alternativas para su diseño, como la creación de una *border tax* o ajuste fiscal en frontera (inspirándose en la específica previsión del art. II:2(a) del GATT de 1994) o la inclusión de los importadores de ciertas mercancías en la UE bajo el RCDE UE[69]. La Comisión Europea ha optado, finalmente, por una tercera vía, que puede calificarse como un original mecanismo de ajuste regulatorio en frontera. Su lógica, descrita de forma sucinta, consiste en que los importadores en la UE de ciertos productos originarios de terceros países

---

66 COMISIÓN EUROPEA, "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono", COM(2021) 564 final, 14 de julio de 2021.

67 *Ibidem*, p. 18, considerando 9.

68 Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 ("Legislación europea sobre el clima"), DOUE L 243, 9 de julio de 2021.

69 Al respecto, véase FERNÁNDEZ PONS, X., "La propuesta de la UE relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera y su compatibilidad con las normas de la OMC", *Revista de Educación y Derecho*, 2020, núm. 21, pp. 1-24.

(de entrada, abonos, aluminio, cemento, electricidad, hierro y acero)[70] tendrán que adquirir unos certificados públicos pagando por las emisiones de carbono implícitas en las mercancías importadas, en función de las emisiones reales liberadas durante el proceso de producción en el país de origen. El importe de tales certificados MAFC se determinará por la Comisión Europea según el precio medio semanal de los derechos de emisiones subastados en el marco del RCDE UE. De este modo, se pretende que los importadores de las indicadas mercancías en la UE queden sujetos a una regulación y unas cargas pecuniarias equivalentes (aunque no idénticas) a las de los productores domésticos de tales mercancías sujetos al RCDE UE. En la hipótesis de que la producción de las mercancías en los países de origen ya esté sujeta a un régimen de comercio de emisiones o algún tipo de pago por las emisiones de GEI allí liberadas, el importador en la UE podrá aplicar los correspondientes descuentos y adquirir menos certificados MAFC. El mecanismo tiende pues a hacer equivalente el precio del carbono liberado en instalaciones situadas en la UE y el de las emisiones implícitas en las indicadas mercancías importadas, preservando la competitividad de las industrias radicadas en la UE y promoviendo mayores esfuerzos en terceros países para la reducción de las emisiones y la implantación de procesos de producción más descarbonizados.

La Propuesta de Reglamento MAFC es un buen ejemplo del liderazgo internacional que la UE quiere ejercer en la lucha contra el cambio climático y la transición energética. La Comisión Europea siempre insiste en que su propuesta se ha diseñado procurando que sea plenamente compatible con las normas de la OMC y otras normas internacionales. Entre la doctrina se observa que, siendo el MAFC un caso de medida unilateral con una proyección extraterritorial, al referirse a procesos y métodos de producción en terceros países que no dejan una traza física en el producto final, su justificación bajo las vigentes normas de la OMC es una cuestión jurídicamente complicada y abierta a la discusión[71].

Diversos países, entre los que destacan China, Rusia e India, han venido expresando su preocupación por esta propuesta de la UE, considerando que es incompatible con las actuales normas de la OMC e incluso con principios básicos del propio régimen internacional contra el cambio climático, como el principio sobre responsabilidades comunes pero diferenciadas, al pretender imponer a la importación de mercancías de cualquier tercer país (sin tener en cuenta su grado de desarrollo y su nivel de compromisos nacionales) un

---

70 Propuesta de Reglamento MAFC, anexo I, "Lista de mercancías y gases de efecto invernadero".

71 Véase, en tal sentido, el estudio publicado, en octubre de 2021, por MARKKANEN, S., VIÑUALES, J., POLLITT, H., LEE-MAKIYAMA, H., KISS-DOBRONYI, B., VAISHNAV, A., *et al.*, *On the borderline: the EU CBAM and its place in the world of trade*, Cambridge, Cambridge Institute for Sustainability Leadership, 2021, pp. 37-44.

precio a las emisiones implícitas de carbono equivalente al abonado dentro del RCDE UE[72]. Rusia llega a afirmar, contundentemente, que la propuesta de la UE es un ejemplo de proteccionismo comercial encubierto[73]. Por tanto, es probable que, una vez se apruebe esta propuesta en la UE, se planteen reclamaciones ante el sistema de solución de diferencias de la OMC o que algunas potencias se vean tentadas, incluso, a servirse de otras medidas de presión. Interesa, pues, que la UE persevere en el *soft power* del diálogo y la "diplomacia del clima"[74], sin perjuicio de la asertividad que el complejo contexto geopolítico actual también requiere.

La batería de medidas impulsadas desde el Pacto Verde Europeo que inciden en el comercio internacional se ha ampliado con otras iniciativas presentadas por la Comisión Europea el 17 de noviembre de 2021, como una propuesta de reglamento para detener la comercialización de ciertos productos asociados con la deforestación[75]. Esta propuesta contempla prohibir la comercialización de ciertas materias primas (concretamente, de aceite de palma, cacao, café, carne de vacuno y soja) y de productos derivados de las mismas cuando su producción esté vinculada a la deforestación o la degradación forestal, incluyendo la prohibición de la importación de tales productos en la UE en función de la deforestación llevada a cabo en sus respectivos países de origen. De este modo, se pretende presionar a terceros países a fin de frenar la deforestación a escala mundial, que en gran parte suele estar asociada a la expansión de la producción de las indicadas materias primas seleccionadas. Cumple destacar que la prohibición no se refiere únicamente a las deforestaciones ilegales, sino también a las autorizadas por legislaciones internas después del 31 de diciembre de 2020, aludiendo explícitamente a las previsiones del ODS 15.2, sobre gestión sostenible de los bosques[76]. Se prevé una compleja regulación para garantizar la trazabilidad de las mercancías seleccionadas.

Al presentar esta iniciativa, Frans Timmermans, Vicepresidente ejecutivo responsable del Pacto Verde Europeo, declaró que "para tener éxito en la lucha mundial contra las crisis climática y de biodiversidad debemos asumir la

---

72 *Ibidem*, pp. 50-54.

73 *Ibidem*, p. 51. Las preocupaciones y críticas de diversos Miembros de la OMC sobre el MAFC propuesto por la UE se han venido expresando en las periódicas reuniones de diversos órganos de la OMC. Véase, por ejemplo, COMITÉ DE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE, "Informe de la reunión celebrada el 23 de junio de 2021", WT/CTE/M/72, 3 de agosto de 2021, pp. 18-23.

74 Como analiza FAJARDO DEL CASTILLO, T., *La diplomacia del clima de la Unión Europea – La acción exterior sobre cambio climático y el Pacto Verde Mundial*, Madrid, Editorial Reus, 2021.

75 COMISIÓN EUROPEA, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the making available on the Union market as well as export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010", COM(2021) 706 final, 17 de noviembre de 2021. Texto únicamente disponible en inglés al cerrar este escrito.

76 *Ibidem*, p. 24, considerando 15.

responsabilidad de actuar tanto en el interior como en el extranjero"[77]. Ahora bien, son numerosas las críticas que ya se están expresando desde algunos de los países que podrían verse más afectados por estas medidas, como Brasil, Indonesia, Colombia… Así, por ejemplo, una asociación brasileña de productores de soja considera que se trata de una propuesta "proteccionista disfrazada de conservación ambiental" y que es una "afrenta a la soberanía nacional" de los países de origen, al penalizar también la deforestación llevada a cabo de conformidad con la legislación interna del país de producción[78]. Es probable, pues, que la aprobación de esta medida por la UE también acabe dando lugar a reclamaciones ante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Interesa referirse a otra propuesta de reglamento presentada por la Comisión Europea el 17 de noviembre de 2021 para tratar de fortalecer los controles a la exportación de residuos, a fin de asegurar su gestión sostenible y contribuir a una economía más circular[79].

En fin, se está pendiente de que la Comisión Europea presente próximamente una relevante propuesta de directiva destinada a impulsar una gobernanza empresarial más sostenible, precisando la diligencia debida a lo largo de toda la cadena mundial de suministros y teniendo en cuenta las condiciones sociales y ambientales de la producción en los países de origen[80].

4. CONSIDERACIONES FINALES: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA REGULATORIO PARA UN COMERCIO INTERNACIONAL SOSTENIBLE?

La UE está tratando de liderar a escala mundial la transición del tradicional modelo de regulación del comercio internacional (muy centrado en el *free trade*) a un nuevo modelo regulatorio que ponga el acento en impulsar un comercio internacional sostenible, tomando como referentes los ODS y su propio Pacto Verde Europeo.

---

77 COMISIÓN EUROPEA, "Comunicado de prensa – Pacto Verde Europeo: la Comisión adopta nuevas propuestas para atajar la deforestación […]", 17 de noviembre de 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_5916

78 AFP NEWS, "EU forest plan "protectionist", say Brazil soy farmers", 23 de noviembre de 2021, https://ph.news.yahoo.com/eu-forest-plan-protectionist-brazil-181943869.html

79 COMISIÓN EUROPEA, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on shipments of waste and amending Regulations (EU) No 1257/2013 and (EU) No 2020/1056", COM(2021) 709 final, 17 de noviembre de 2021. Texto únicamente disponible en inglés al cerrar este escrito.

80 Sobre el curso de tal iniciativa véase COMISIÓN EUROPEA, "Gobernanza empresarial sostenible", 2021, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Gobernanza-empresarial-sostenible_es

Últimamente, la UE ha propuesto lanzar una reforma en profundidad de las normas de la OMC, para diseñar un sistema multilateral de comercio sostenible, pero (aunque encuentre aliados entre las economías avanzadas, incluyendo a los Estados Unidos de Biden, y ciertos países en desarrollo) no será fácil lograr tal propósito, pues bastantes planteamientos de la UE chocan, particularmente, con los intereses de China, Rusia, India, Indonesia y otras economías emergentes.

Ante las dificultades para concretar nuevos grandes consensos en la OMC, la UE también trata de impulsar sus planteamientos mediante la negociación de acuerdos preferenciales y a través de medidas comerciales autónomas cada vez más incisivas. El ideal que parece inspirar estas medidas de la UE consiste en pasar del tradicional principio general de no discriminación entre productos físicamente similares (salvo excepciones) a un nuevo paradigma regulatorio, que partiría, como principio básico, de la necesidad de distinguir entre productos (y servicios) en función de su sostenibilidad, teniendo en cuenta las condiciones ambientales y sociolaborales de los procesos y métodos de producción en los países de origen. Sintéticamente y parafraseando a Hamlet: ser producto sostenible o no ser producto sostenible, ésta es (ahora) la cuestión.

Pero tal distinción es compleja técnicamente (requiriendo una cuidadosa trazabilidad de los productos y sus materias primas desde sus orígenes) y desde un punto de vista jurídico, político, económico… Nótese, por ejemplo, dentro de la propia UE, el actual debate sobre si la energía nuclear debe ser considerada como sostenible o no.

El nuevo paradigma regulatorio que trata de impulsar la UE, levantando el tradicional velo que generalmente ha venido tapando las condiciones de producción en origen, genera resistencias, especialmente entre países emergentes y en desarrollo, cuando la UE trata de implantarlo mediante ciertas restricciones o penalizaciones comerciales autónomas con un alcance extraterritorial.

Está por ver cómo las diversas medidas comerciales autónomas que actualmente está impulsando la Comisión Europea, como la comentada Propuesta de Reglamento MAFC, se acabarán concretando y aplicando en la práctica. Y también está por ver cómo acabarán reaccionado otros países, particularmente emergentes y en desarrollo, que suelen ver semejantes medidas comerciales autónomas extraterritoriales como ejemplos de proteccionismo encubierto y que tienden a mirar los ODS desde sus propios prismas, poniendo el foco en el trato especial y diferenciado, la cooperación al desarrollo o el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.

También es jurídicamente incierto si, llegado el caso, los órganos resolutorios de la OMC considerarán semejantes medidas autónomas de la UE compatibles con las normas comerciales multilaterales, acogiendo una interpretación evolutiva de los criterios para determinar el análisis de la similitud entre productos (que incluya sus respectivos npr-PPMs) o, por lo menos, una visión más amplia de las excepciones y su posible alcance extraterritorial.

CORPORATE MOBILITY IN THE EU: DIRECTIVE 2019/2121 AS REGARDS CROSS-BORDER CONVERSIONS, MERGERS AND DIVISIONS AND SOME PIL CONSIDERATIONS

VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA[1]

Summary: 1. INTRODUCTION. 2. THE NEED OF HARMONIZED RULES. 3. DIRECTIVE 2019/2121. 3.1. SCOPE OF APPLICATION AND PROCEDURE. 3.2. CRITICAL APPROACH TO THE DISPOSITIONS ON CROSS-BORDER CONVERSIONS. 3.2.1. ANTI-FRAUD CLAUSE. 3.2.2. SPECIAL PROTECTION TO MEMBERS AND CREDITORS. A) PROTECTION OF MEMBERS. B) PROTECTION OF CREDITORS. 4. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCTION

On the 1st of January 2020 entered into force the Directive (UE) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Conversions Directive)[2]. It amends the Directive 2017/1132 regarding to certain aspects of company law[3]. The Directive 2019/2121 was adopted after an expeditious legislative process undoubtedly encouraged by the European Court of Justice (ECJ) confirmation of the absolute nature of freedom of establishment in the *Polbud* case. Member States are required to bring their national laws in line with the Directive by the 31st of January 2023. The new legal instrument provides harmonized procedures for companies or firms which merge, divide or move from one country to another within the European Economic Area (EEA)[4].

The lack of a legal framework for cross-border conversions and cross-border demergers has been considered as a cause of the legal fragmentation and uncertainty, leading to barriers to exercise of the freedom of establishment within the EU. The Directive provides a common set of rules that aim to standardize the three forms of corporate conversions–change of legal form, division and merger – as well as to promote the legal mobility of corporations

---

1 Tenure Lecturer in Private International Law at the University of Barcelona (vesela.andreeva@ub.edu)

2 Directive (UE) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council as regards cross-border conversions, mergers and divisions, *JO L 321*, 12.12.2019, pp. 1-44

3 Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, *JO L169*, pp. 46-127 30.6.2017

4 EEA includes the 27 EU Member states as well as Norway, Iceland and Liechtenstein. This legal instrument does not apply to the UK due to the Grate Britain is not a Member state since the 1st of February 2020.

within the European Union (EU). The Directive contains a definition for each one of these transactions and groups the three different forms together under the term 'cross-border operations'. What they all have in common is that lead to a change of the applicable law. Companies, originally incorporated in a certain jurisdiction, may seek to change their status and 'convert' into a company type governed by another jurisdiction. The new EU legal instrument does not require a previous liquidation of the company in the home Member state. For that reason some academic researchers have called this kind of operation a 'reincorporation' and has as a consequence the change of the proper company law[5]. The Directive makes an important contribution to promoting competition between the legal systems of the Member States and opens up a far-reaching freedom of choice of law for the participants in a European common internal market. It also reinforces the protection of shareholders, employees and creditors.

2. THE NEED OF HARMONIZED RULES

The free movement of companies is one of the freedoms guaranteed by the European Unión Treaty rules. Articles 49 and 54 TFEU guarantee the freedom of establishment for companies or firms providing them the right to form and manage under the conditions laid down by the legislation of the Member State of establishment[6]. Aforementioned legal framework has been further clarified over the last three decades by the European Court of Justice in a series of judgements: *Daily Mail*[7]*, Centros*[8]*, Überseering*[9]*, Inspire Art*[10]*, Sevic System*[11]*, Cartesio*[12]*, National Grid Indus*[13]*, Vale*[14] *and Polbud*[15].

---

5 GERNER-BEUERLE, C., MUCCIARELLI, F. M., SCHUSTER ED., SIEMS, M., "Cross-border reincorporations in the European Union: the case for comprehensive harmonisation", 2017, disponible en: https://ssrn.com/abstract=3033920

6 GÓRRIZ LÓPEZ, C., "Company law: past, present and…future?", *De Gruyter Global Jurist* 19(1), 2018, pp. 1-21

7 Case 81/87 *The Queen v H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte Daily Mail and General Trust plc., 1988, CELEX: 61987CJ0081

8 Case C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen,* 1999, CELEX: 61997CJ0212

9 Case C-208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH,* 2002, CELEX: 62000CJ0208

10 Case C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, 2003, CELEX: 62001CJ0167

11 Case C-411/03 *SEVIC Systems A.G.,* 2005, CELEX: 62003CJ0411

12 Case C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.,* 2008, CELEX: 62006CA0210

13 Case C-371/10 *National Grid Indus BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, 2011, CELEX: 62006CA0210

14 Case C-378/10 *Vale Epítési kft.*, 2012, CELEX:62010CJ0378

15 Case C-106/16 *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o*, 2017, ECLI:EU:C:2017:804

The Directive takes part of the European Commission 2012 action plan: "European company law and corporate governance–a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies"[16]. The construction of the Single Market entails the elimination of all the barrier to the freedom of movement of companies as well as uniform, or at least harmonized rules for their mobility. One of the main obstacles for the corporate mobility are the differences between the national legislations regarding the legal status of the companies and the connecting factors to determine the "proper law" (*lex societatis*). The cross-border conversions have as a purpose, in most of the cases, to modify the *lex societatis* by changing the law according to which the company was constituted. Thus, the determination of the national law governing a company remains an important question in the practice. Although the level of harmonization of the Company law in the EU is quite high, the conflict-of-law rules are still a privilege to the national legislation. Whenever the company participates in international operations, different problems of private international law character may arise. Thus, becomes necessary to identify the specific national law (*lex societatis*) which governs the company, so this State will have the jurisdiction to set out legal rules as well as jurisdiction to resolve legal conflicts[17]. The governing law establishes the connecting factors which associate the company with a specific State territory. The connecting factor are those elements of the relationship between the legal person and the State which help to localize the company into that precise territory[18]. In private international law context those connecting factors rely on the creation of the company, on the governance structure and on the business activity.

The lack of EU harmonized conflict-of-law rules and the variety of connecting factors in the field of company law, have as a consequence that each Member states adopts its own domestic provisions the company must comply to be considered validly constituted under its law. The process of cross-border transfer is extremely complex as national approaches to determine the *lex societatis* differ quite considerably. Some Member States follow the incorporation theory according to which the company is governed by the law of the country where it has its registered office. Other Member States adopt the real seat

---

16 Communication from the Commission–Action Plan: European company law and corporate governance–a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies

17 ARENAS GARCÍA, R., "El legislador europeo y el DIPR de sociedades en la UE", *REDI,* vol. 69, 1, 2017, pp. 49-73, p.58, ARENAS GARCÍA, R., "*Lex societatis* y derecho de establecimiento», en ARENAS GARCÍA, R./GÓRRIZ LÓPEZ, C., MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Atelier, 2014, pp. 127-169;

18 BEHRENS, P., "A comparative analysis of connecting factors used for the determination of the proper law of companies", in MAISTO, G., *Residence of companies under tax treaties and EU law,* 2009, pp. 407-440

approach and consider that the company is governed by the law of the country where the headquarters or the principal place of business is located. These differences have an impact on the rules and procedures governing cross-border restructuring operations.

3. DIRECTIVE 2019/2121

3.1. Scope of application and procedure

The Directive is not an independent text as it comes to modify the Directive 2017/1132 where the EU legislator definitely set up the incorporation theory establishing as a legal rule that a corporation constituted under the law of one Member State can be transformed to a company regulated by the law of another Member State, keeping its legal personality and regardless of where its real seat is located (art. 86a)[19]. To achieve this purpose, the European legislator has established specific rules to regulate the scope of action of each national authority. Thus, the law of the home Member State will govern the withdrawing procedure and the formalities to be complied for the pre-transformation certificate to be issued. The host Member State company law will govern the part of the procedure regarding the receipt and register of that certificate, as well as the structure and management of the transformed company, the rights and obligations of its members, the liabilities of the managers or the company's patrimony[20].

It applies only to cross-border mergers, divisions or conversions of limited liability companies. The harmonized legal framework, set out in Directive 2019/2121, applies in the EEA territory, thus, all the companies which have their registered office, central administration or principal place of business within the EU must now comply with the European dispositions. If one of the companies incorporated in a Member State wants to transfer its real seat to a Third State o wants to merge with a company formed according to the law of a Third State, the Directive does not apply. The operation will be governed by the national company and conflict-of-law rules[21].

The Directive introduces a minimum harmonization leaving a wide range of competences to the Member States to adopt substantive and private

---

19 For the purpose of this paper the term "Member State" includes all the States members of the EEA

20 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "The Law Applicable to Companies in the European Union. A Proposal by the European Group for Private International Law", 2016, p.13

21 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad", Available in *Almacen de Derecho*: https://almacendederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/, 2019

international law rules to regulate the cross-border transformations. The Directive contains legal rules to prevent *a priori* the fraud and establishes relevant bureaucratic requirements to fulfil complex procedures so the cross-border operation could be authorized[22]. On the other hand, special rules protecting the interests of the creditors, employees and members, have been reinforced as a result of the positive assessment given by the academic researchers and practitioners to the European Commission initial Proposal[23]. At the same time, taking into consideration the lack of harmonization in the EU in the field of companies' mobility which can act as a barrier for the freedom of establishment as the ECJ case law demonstrates, the Directive aims to neutralize the negative effects of the national protective laws and, thus, avoid the need the company to be liquidated as a condition to its cross-border transformation (*Polbud* case).

3.2. Critical approach to the dispositions on cross-border conversions

3.2.1. Anti-fraud clause

The only allowed restriction is in case of reasonable doubts the Member States authorities may have, that the company's cross-border conversion is set up for abusive, fraudulent or criminal purposes (article 86m.8). The aim of the European legislator is to avoid the use of the principle of freedom of establishment for fraudulent purposes or to elude the application of the national law through the so called "mailbox companies"[24]. The final text of the Directive differs from the initial Proposal in this aspect, where the European legislator took into consideration the ECJ case law in *Cadbury Schweppes*. Article 86c.3 of the Proposal provided that the cross-border conversion cannot be authorized by the home Member State if all the relevant facts and circumstances of the case prove "*that it constitutes an artificial arrangement aimed at obtaining undue tax advantages or at unduly prejudicing the legal or contractual rights of employees, creditors or minority members*". In the final version, however, more general terms have been applied referring to abusive, fraudulent or criminal purposes of the cross-border transformation. The decision deserves a positive assessment as it is in accordance with the ECJ case law. Article 86c.3 of the Proposal was criticized by the academic researchers, in particular, the terms

---

22 PULGAR EZQUERRA, J., "Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores*", Diario LA LEY*, nº 9572, 2020, p.5

23 ARENAS GARCÍA, R., "La Directiva sobre transformaciones transfronterizas, fusiones y escisiones transfronterizas: regulación y facilitación de la modalidad de sociedades de la UE", *La Ley Unión Europea*, nº77, 2020, p. 6; VILÀ COSTA, B. and others, "Comments on the proposal for a Directive amending Directive 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM (2018) 241 final", p.7

24 PULGAR EZQUERRA, J., "Transformaciones transfronterizas…", *loc. cit.,* p. 9

"artificial arrangement" as it was discorded with *Centros, Cadbury Schweppes* and *Polbud* rulings[25]. In *Cadbury Schweppes* case the ECJ admitted as valid the reason for the Member State to deny tax advantages to the companies and indicated how the concept should be interpreted[26].

In the final version the term "artificial agreement" was modified and substituted by the so called "anti-fraud clause" which has wider scope of application and includes not only tax fraud but also the intention of the company to elude the national or European law. Only the Member State of origin is empowered to assets if the cross-border operation is set up for abusive, fraudulent or criminal purposes, according to art. 86o.5 of the Directive. The provisions establish that the pre-conversions or pre-division certificate issued by a competent authority of the home Member State is considered as a conclusive attesting to the proper completion of all the formalities and procedures. Thus, the destination Member State should register the transformed company if it complies with the procedures and formalities according to its national law.

On the other hand, the host Member State is empowered to establish in its national law the procedures and formalities the company should fulfil but the Directive does not indicate if the terms "*procedures and formalities*" refer only to administrative proceedings or also substantive conditions[27]. These doubts arise from the wording of paragraph 45 where the European legislator empowers the host Member State after receiving the pre-operation certificate from the home Member State, to verify that the company has fulfilled all the legal requirements established in its national law "*including a possible check as to whether the cross-border operation constitutes a circumvention of Union or national law*". At the same time, article 86o.2 require the company to submit to the competent authorities of the destination Member State the draft terms of the cross-border conversion approved by the general meeting and subordinates the approval of the cross-border transformation to the compliance of all relevant legal conditions required by the host Member State laws. Thus, the legality of the company's project must be scrutinized by both, home and host Members States court, notary, tax or financial authority. It is true that the Directive does not regulate explicitly the anti-fraud control of the destination Member State, but taking into consideration that it provides minimum harmonization, can the national legislation adopt legal provisions to condition the register of the cross-border operation to certain anti-fraud or criminal procedures? If so,

---

25 VILÀ COSTA, B. and others, "Comments on the proposal…" *loc. cit.,* p. 4-7

26 Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, paragraphs 52 to 56 and 64 to 75

27 VILÀ COSTA, B. and others, " Comments on the proposal…" *loc. cit.,* p. 5; GARDEÑES SANTIAGO, M., "Observaciones acerca del establecimiento transfronterizo de sociedades en la Unión Europea", ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coord.), *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades. Cuestiones fiscales, mercantiles e internacionales*, Atelier, 2017, pp.45-71, *pp. 56-57*

national laws should provide the companies with specific legal mechanisms of defense against the negative decision to register the cross-border operation.

3.2.2. Special protection to members and creditors

Together with the anti-fraud clause, the Directive includes special rules aiming to provide relevant protection to companies' members, employees and creditors. The interest of each one of these groups may be in a conflict with the company's project for cross-border conversion, merger or division. In this contest, the Member States must be very careful at regulating the safeguarding of the minority shareholders, employees and creditors. The excessive protection of these three groups may in fact results as a barrier to the freedom of establishment and thus contrary to articles 49 and 54 TFUE[28].

a) Protection of members

The first conflict may arise between managers and members, in particular, minorities shareholders. The cross-border conversion has as a consequence the change of the domicile and thus, the alteration of the *lex societatis* which entails the complete change of the law applicable to the company contract. To some of the members or shareholders of the transforming company, the law of the host Member State may offer less legal protection than the one of the Member State of origin, regarding the voting rights, information disclosure or attendance and participation at the General Meeting, among others. From the private international law perspective, the criteria to determine the law applicable to the shareholders' rights in case of cross-border conversion are established in the Directive. There are no conflicts with the European private international law dispositions as company law issues have been expressly excluded from the scope of application of Rome I Regulation (article 1.2.f) as well as Rome II Regulation (article 1.1.d)[29].

As regard the jurisdiction issues, the situation differs, due to Regulation 1215/2012 applies to company law matters[30]. As a consequence of the cross-border operation, the company changes its registered office and thus, the *lex societatis*, as the ruling law of the internal structure and organization of the

---

28 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "Modificaciones estructurales transfronterizas…", *loc. cit.*; PULGAR EZQUERRA, J., "Transformaciones transfronterizas…", *loc. cit.*, p. 12

29 Regulation 593/2008 on the law applicable to contractual obligations, *DO L 177*, p. 6/16; Regulation 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations *DO L 199*, p. 40/49 VILÀ COSTA, B. and others, "Comments on the proposal...", *loc. cit.*, p.10; ARENAS GARCÍA, R., "Fusiones internacionales, libertad de establecimiento y derechos de los acreedores. Cuestiones abiertas por la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016", *CDT*, Vol. 9, Nº 2, 2017, pp. 570-592, p. 582

30 Regulation 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *DO L 351*, p. 1/32;

company refers, changes. According to art. 24.2 Brussels I Regulation, the Member State where the company has its seat have exclusive jurisdiction in "*proceedings which have as their object the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons or associations of natural or legal persons, or the validity of the decisions of their organs*". In this context, the cross-border conversion will thus lead to modification of the international jurisdiction rules, for example, when the members pretend to challenge the corporate agreements. To determine the international jurisdiction, the domicile of the company, as established in art. 63 of the Regulation 1215/2012 does not apply. The seized court should apply its own private international law rules.

In relation to cross-border operations, the Directive (article 86i.5) empowers the home Member State to establish that the judicial authorities of this same country are exclusively competent to resolve any dispute between the company and its members in relation to the members' rights in the cross-border conversion. The final version of article 86j.5 differs from the wording of the Proposal where paragraph 6 provided that "*the courts of that Member State shall have jurisdiction*". The modification is not insignificant, as the expression used in the Proposal could cause confusion to determine the jurisdiction[31]. Article 86j.4 of the Directive is in accordance with the ECJ decision in C-560/16 *E.ON* which must be positively assessed[32]. In case of a cross-border operation, the court of the Member State of origin is considered to be best placed to hear the dispute of the validity of company's decision and the amount of the reasonable compensation, pursuant to art. 24.2 Regulation 1215/2012. In this context, the Directive provides (art. 86i.5 for conversions, art. 126a.5 for mergers and art.160i.5 for divisions) that the national law of the home Member State will rule the protection of the members' rights and the courts of that State will have the exclusive international jurisdiction to resolve the dispute arising from the application of these rights. The domestic PIL dispositions prevail over the Regulation 1215/2012, according to article 67 Brussels I Regulation, but still, this legal instrument needs to properly reflect that hierarchy in order to avoid incorrect application by the national courts.

As regards the members holding shares with voting rights and who voted against the cross-border operation, they can exit the company and receive cash compensation equivalent to the value of their shares. The members who question the calculation and adequacy of the cash compensation may claim under the administrative or judicial authority, or arbitral tribunals. Nevertheless,

---

31 VILÀ COSTA, B. and others, "Comments on the Proposal…", *loc. cit.,* p.11

32 Case C-560/16, *E.ON Czech Holding AG v Michael Dědouch and Others*, ECLI:EU:C:2018:167; A detailed and critical review, see: ARENAS GARCÍA, R., "From the Exclusive Jurisdiction in Matters Related with the Validity of the Decisions of the Company's Organs to a Special Forum for Internal Disputes within Companies*"*, https://www.academia.edu/36787009/Commentary_on_EU-CJ_of_7_March_2018

national law may expand those same exit rights to the member without voting rights or members who, as a result of a cross-border division, would acquire shares in the recipient company in proportions different from those they held before the operation. (paragraph 18)[33]. All those exit rights will be governed by the law of the Member State of origin.

According to the Directive (article 86i.4 and paragraph 19), the economic compensation to the withdrawing members should be paid by the company. Nevertheless, it says nothing about the possibility other members or third parties to acquire their shares. This could be a good option for the company, as it allows to reduce the costs of the transformation[34].

b) Protection of creditors

The second conflict may arise between the company and the creditors, as the cross-border operation may cause legal and economic prejudice to them. They do not participate in the decision-making process although the transformation may affect their interest. In the cross-border conversion the company transfers its registered office from one Member State to another keeping its assets and liabilities unmodified, so, in general terms, the operation does not entail any economic prejudice to the creditors. Different is the case of the cross-border divisions or mergers where companies' assets may face some modifications. Notwithstanding, the legal effects of the transformation are different as it has as a consequence the change the applicable law to the company contract and the company domicile. The domicile is one of the criteria to determine the court jurisdiction in case of claims against the company, according to the dispositions of Regulation 1215/2012[35]. If the company transfers its domicile from one Member State to another, the competent court also changes. Except some other connection criteria applies, the creditors can only claim before the courts of the host Member State[36]. Precisely the court jurisdiction and the applicable law alter in a cross-border operation. The new *lex societatis* requires the company's legal form to be readapted to the law applicable in the host Member State. On the other hand, it might offer less legal protection to creditor's interests than the one provided by the home Member State law. This will be the case, for example, in which the law of the Member State of destination requires less initial capital or lower level of responsibilities of the company members in relation to the creditors. Nevertheless, they may as well, choose the law applicable to their contractual relationship according

---

33 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "Modificaciones estructurales transfronterizas…" *loc. cit.*

34 PULGAR EZQUERRA, J., "Transformaciones transfronterizas…", *loc. cit.,* p. 18

35 ARENAS GARCÍA, R., "De la competencia exclusiva en materia de validez de acuerdos adoptados por órganos societarios al foro del domicilio social para los litigios internos a la sociedad", *La Ley Unión Europea*, Nº 61, 2018

36 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "Modificaciones estructurales transfronterizas…", *loc. cit.*

to art. 3 Regulation 593/2008[37]. On the other hand, the cross-border operation leads to a change of the jurisdiction, which can be neutralized through a choice-of-jurisdiction clause in the proper contracts between the company and the creditor. Parties are free to designate in the contract the court jurisdiction to resolve the conflicts raised between them[38].

The Member States must adopt specific legal rules for the adequate protection of those creditors whose claims antedate the disclosure of the draft terms and have not fallen due at this time (article 86i.1, article 126b for mergers and article160i.1 for divisions). If the due arises after the draft disclosure, the creditor is supposed to know the consequences of the cross-border operation, and if it has fallen, the creditors should claim in the Member State of origin. Those creditors who are not satisfied with the safeguards provided in the draft project may claim in a period of three months under the administrative or judicial authority for adequate safeguard from the company in transformation. They must demonstrate that their interests are threatened or not to be satisfied and that the company does not provide the proper guarantees.

According to article 86i.4 the creditor may demand the company before the courts of the departure Member State for all the claims which antedate the publication of the cross-border project within two years from the date the cross-border conversion has taken place. This jurisdictional rule applies in addition to the general rules set out in Regulation 1215/2012, as the general provision of the domicile, established in article 4 and the special jurisdiction rule of article 7 and does not prejudice the application of these dispositions when parties have included a choice of jurisdiction or arbitration clause[39]. The creditor may choose whether to demand before the courts of home or host Member State.

4. CONCLUSIONS

The principle of freedom of establishment, provided in articles 49 and 54 TFEU, is the bases to the company mobility in the EU territory. The European Commission efforts to eliminate the lack of a harmonized EU legal framework has culminated with the adoption of Directive 2019/2121. The main novelty is composed by the provisions regulating the cross-border conversions and divisions and enables the companies to convert by changing their legal form

---

37 ARENAS GARCÍA, R., "Fusiones internacionales…" *loc. cit.*, p. 582

38 ARENAS GARCÍA, R., "Fusiones internacionales…", *loc. cit.*, p. 574; ARENAS GARCÍA, R., "Contratos internacionales y fusiones transfronterizas [Comentario a la STJ (Sala Tercera) de 7 de abril de 2016, As. C-483/14, *KA Finanz AG y Sparkassen Versicherung AG Vienna Insurance Group*]", *La Ley Unión Europea*, núm. 39, 2016, pp. 122-138.

39 GARCIMARTÍN ALFERÉZ, F., "Modificaciones estructurales transfronterizas…", *loc. cit.*

of one Member State into a similar legal form of another Member State. This allows them to keep their legal personality throughout the process without the need to dissolve or liquidate in the home Member State, and form a new entity in the host Member State. The new legal instrument must be positively assessed as it contains material and private international law rules regulating the cross border operations in accordance with the ECJ case law and the EU law principles. It's a result of the accumulated practical experience of the application of Directive 2017/1132, its gains and losses, which allowed the EU to adopt a well-structured legal instrument where has been taken into consideration both, the extremely complexed nature of a cross-border restricting operation and the interests of the implicated parties, namely, minority shareholders, creditors and employees. The Directive offers a minimum harmonization leaving a wide range of action to the Member States. In this context, it's important to underline that at time of its transposition in the national legal system, the legislation should be very careful not to lose the perspective and to bear in mind that the purpose of the Directive is to facilitate the cross-border mobility of the companies from one Member State to another.

LA IDENTIDAD DIGITAL EN EL MARCO DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

ANTONIO MERCHÁN MURILLO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA IMPORTANCIA DE LA IDENTIDAD ELECTRÓNICA EN RELACIÓN A LOS ODS. 3. EL MARCO NORMATIVO DE BASE: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA. 3.1. ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA. 4. LOS TIPO DE IDENTIDAD DIGITAL Y LA FORMAS PARA GENERAR CONFIANZA A LOS CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE LA IDENTIDAD. 4.1. LA IDENTIDAD AUTO SOBERANA. 5. LA EDUCACIÓN Y ALFABETIZACIÓN DIGITAL. 6. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La situación vivida en los últimos años a raíz de la pandemia, provocada por la COVID-19, ha hecho que el papel de las nuevas tecnologías cambie de manera radical, afianzándose aún más su papel. Asimismo, ha provocado que la Comisión Europea a través de la Comunicación, de 9 de marzo de 2021, de la Comisión "Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital" se plantee la necesidad de que Europa garantice la soberanía digital con una visión común de la UE para 2030.

En este contexto, se hace hincapié en una nube europea, el liderazgo en una inteligencia artificial ética, una identidad digital segura para todos y unas infraestructuras de datos, superordenadores y conectividad sumamente mejoradas, todo ello de la mano de la alfabetización digital a escala mundial, para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), al ponerse en valor el "objetivo 9", en relación con la introducción y promoción de las nuevas tecnologías, con el fin de facilitar el comercio internacional y permitir el uso eficiente de los recursos.

Observemos como va cambiando el mundo: procedimientos cada vez más electronificados. Ha aparecido la identidad digital y con ella la e-residencia, la capacidad obrar, donde quizás podría hablarse la capacidad digital, el acceso electrónico a procesos transfronterizos de manera electrónica, las *online dispute resolution*, la necesidad de solicitar la realización de una prueba, que puede ser electrónica, tanto la solicitud como la prueba en sí, pero en ningún caso se encuentra definida en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, ni siquiera hay una definición de lo que es un dato.

Nuestra intención es centraremos en la identidad digital, pues sin ella no se puede realizar ninguna transacción. No olvidemos que la firma electrónica

[1] Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado en la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) (amermur@upo.es).

no puede garantizar la identidad de la persona, ni si se ha utilizado o no con o sin consentimiento. La necesidad de proporcionar una identidad digital para la realización de cualquier tipo de transacción es importantísima, debiendo asumir ésta un papel aún mayor, a medida que los gobiernos de todo el mundo digitalizan, casi por completo, los servicios y las transacciones con ella y las partes que se relacionan entre sí.

El problema es que las transacciones en línea son complejas, por motivos técnicos o jurídicos, públicos o privados, por su carácter nacional o internacional. Por ello, centrándonos en las cuestiones jurídicas, nos queremos plantear un nuevo desafío para los Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS): la necesidad de crear en un entorno electrónico transfronterizo de confianza, que permita combatir las barreras que, a menudo, disuaden a las personas (físicas y jurídicas) y a los Estados a embarcarse en un entorno electrónico de confianza.

2. LA IMPORTANCIA DE LA IDENTIDAD ELECTRÓNICA EN RELACIÓN A LOS ODS

La necesidad de vincular la información y su manejo únicamente con quien la emite hace esencial para numerosas interacciones diferentes: una infraestructura organizativa (gestión de la identidad) y una infraestructura técnica (sistemas de gestión de identidad), para desarrollar, definir, designar, administrar y especificar los niveles de autorización, asignando roles y atributos de identidad relacionados con grupos específicos de personas, como los empleados, clientes, pacientes o simplemente ciudadanos.

En este contexto, surge la necesidad de establecer marcos de confianza, determinando normas y criterios, por las partes interesadas con garantías de que sus datos son legítimos; es decir, que son las personas que se identificaron a la hora de querer iniciar la transacción ("¿quién soy?", función de identificación), porque puede probar que es esa persona (función de autenticación de la identidad) y, como puedo probar quien soy procederé a realizar a través de la firma electrónica[2] (función de autenticación de la transacción). De esta manera, una vez hecha la autenticación debida de una persona, la otra parte puede realizar su propio proceso de autorización, con mayores garantías.

Hablamos de procesos de suma importancia, que aumentan a medida que se incrementa el valor de la transacción, así como la necesidad de garantizar la disponibilidad y fiabilidad de la información exacta, acerca de la identidad

---

[2] MERCHÁN MURILLO, A., *Firma electrónica: funciones y problemática*, Pamplona, Thomsom Reuters, 2016, p. 212.

de la parte que se encuentra a distancia[3], a fin de tomar una determinada decisión. La parte que confía dispone de dos opciones para verificar la identidad de la persona con la que está tratando, a saber, la parte que confía puede: efectuar la verificación de la identidad por sí misma, o bien recurrir a los servicios de gestión de la identidad prestados por un tercero. La mayoría de las partes que confían optan por lo primero[4].

3. EL MARCO NORMATIVO DE BASE: ESPECIAL REFERENCIA A LA UNIÓN EUROPEA

En relación con estas cuestiones se están impulsando activamente varias iniciativas nacionales y regionales:

1. En UNCITRAL se están elaborando, en la actualidad, un instrumento sobre la utilización y el reconocimiento transfronterizo de los servicios de gestión de la identidad electrónica y los servicios de confianza[5].
2. En la Unión Económica de Eurasia, sobre la base del Tratado de la Unión Económica de Eurasia y del Concepto de la utilización de servicios y documentos electrónicos con significación jurídica en interacciones informáticas entre Estados
3. En la región de Asia y el Pacífico, sobre la base de la Alianza Panasiática de Comercio Electrónico
4. En Europa, sobre la base del Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, conocido como eIDAS.

3.1 Especial referencia a la Unión Europea

La regulación comenzó con la aprobación, el 13 de diciembre de 1999, de la Directiva 1999/93/CE en la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, con la que se pretendía, esencialmente, instaurar un marco comunitario sobre condiciones aplicables a la firma electrónica y de promover interoperabilidad, para su uso. Sin embargo, no tuvo el resultado esperado,

---

3 MADRID PARRA, A., "Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 241, 2001, pp. 1189-1264.

4 CNUDMI/UNCITRAL, *Proyecto de disposiciones sobre la utilización y el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza. Comunicación del Banco Mundial*, Nueva York, 2020, pp. 2-3.

5 CNUDMI/UNCITRAL, *Proyecto de disposiciones sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza*, Nueva York, 5 a 9 de abril de 2021, p. 2.

aunque si conllevó un cierto grado de armonización en Europa. El problema fundamental fue que los Estados, en su transposición al derecho interno, establecieron marcos jurídicos distintos en relación con la firma electrónica.

Dicho lo anterior, se produjo una profunda transformación del modelo previo, mediante la adopción del Reglamento 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE (en adelante, Reglamento eIDAS), que parte de tres cuestiones fundamentales:

1. Mejorar el marco jurídico de la firma electrónica.
2. Imponer el requisito del reconocimiento mutuo entre diversos sistemas nacionales de identificación electrónica (artículo 6 del Reglamento).
3. Incluir los servicios de confianza, dejando claro el marco jurídico estableciendo a unos sólidos organismos de supervisión.

Además de lo anterior, se promueve el uso de estándares de firma electrónica[6], tratando de centrarse en un área de aplicación menos compleja y, por tanto, más accesible. Estas recomendaciones son las de promover: la interoperabilidad entre Estados miembros de la UE, el reconocimiento legal de la aplicación de la firma electrónica simple de acuerdo con la Directiva y un desarrollo sencillo en cualquier contexto empresarial.

Por otro lado, debe destacarse que Reglamento eIDAS ha sido desarrollado por distintos Reglamentos y Decisiones de ejecución, lo que ha supuesto un gran avance, no sólo por el carácter normativo que ha significado, sino por ser la primera vez que a un Reglamento se otorga a la Comisión Europea tan amplias potestades regulatorias, para "controlar" a los Estados miembros de la UE. Para entender este desarrollo normativo, debe tenerse presente, la necesidad de evitar cualquier posibilidad de fragmentación normativa, que se había dado con la Directiva derogada.

Concretamente, la normativa de desarrollo a la que nos estamos refiriendo, a título ilustrativo, es la siguiente:

---

6 ALAMILLO DOMINGO, I., "Firma y sello electrónicos: el porqué y el cómo de la implantación del nuevo reglamento europeo", *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, Nº. 74, 2016, pp. 28-29.

a) Decisión de Ejecución (UE) 2015/296 por la que se establecen las modalidades de procedimiento para la cooperación entre los Estados miembros en materia de identificación electrónica.
b) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/806 por el que se establecen especificaciones relativas a la forma de la etiqueta de confianza «UE» para servicios de confianza cualificados.
c) Decisión de Ejecución (UE) 2015/1505 por la que se establecen las especificaciones técnicas y los formatos relacionados con las listas de confianza.
d) Decisión de Ejecución (UE) 2015/1506 por la que se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben reconocer los organismos del sector público.
e) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento.
f) Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1501 sobre el marco de interoperabilidad.
g) Decisión de Ejecución (UE) 2015/1984 por la que se definen las circunstancias, formatos y procedimientos de notificación.
h) Decisión de Ejecución (UE) 2016/650 por la que se fijan las normas para la evaluación de la seguridad de los dispositivos cualificados de creación de firmas y sellos.

Dicho lo anterior, debe decirse que, con fecha 3 de junio de 2021, la Comisión Europea ha elaborado una Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento eIDAS en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea, al considerarse que el Reglamento actual no consigue dar respuesta a estas nuevas demandas del mercado debido a las escasas posibilidades que tienen los prestadores privados en línea para conectarse al sistema, a la disponibilidad insuficiente de soluciones de identidad electrónica en todos los Estados miembros y a la falta de flexibilidad del sistema para admitir diversos tipos de casos de uso.

Entre las novedades del citado proyecto, se pretende desarrollar un Marco para una Identidad Digital Europea, mediante el uso de las de las tecnologías de registro distribuido (TRD), lo que será objeto de estudio más adelante, con el fin de crear un marco seguro para la identificación electrónica, para que todos las personas, físicas o jurídicas, puedan controlar sus propias interacciones, así como su presencia en línea.

4. LOS TIPO DE IDENTIDAD DIGITAL Y LA FORMAS PARA GENERAR CONFIANZA A LOS CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA GESTIÓN DE LA IDENTIDAD

Habida cuenta de la aceleración en la digitalización, los Estados miembros han implantado o están desarrollando sistemas nacionales de identidad electrónica que incluyen carteras digitales y marcos de confianza nacionales destinados a la integración de atributos y credenciales[7]. En este contexto surge importancia de la identidad fundacional o primaria y la identidad funcional o secundaria[8].

Las fundacionales son disponibles universalmente y se usan para una variedad de propósitos y, por ende, a menudo las proporcionan los gobiernos para que los ciudadanos puedan probar su identidad. Las funcionales son las creadas con un propósito específico y, por tanto, tienden a ser proporcionadas por una de numerosas entidades diferentes[9]. La determinación la identidad fundacional puede plantear cuestiones complejas relativas a la atribución de condición. No obstante, las identidades funcionales son las que van a estar presentes en las operaciones comerciales pueden depender, en todo o en parte, de una determinación propiamente funcional de la identidad[10].

Podemos decir que las fundacionales suelen ser las proporcionadas por los gobiernos nacionales, interesados en proporcionar un medio para que sus ciudadanos prueben quiénes son, por ejemplo, a través de registros civiles, DNI, pasaportes o certificados de nacimiento; mientras que las funcionales son las que se vinculan al uso o a la propia transacción, de tal manera que las consecuencias jurídicas reales de la comprobación de la identidad estarían determinadas por las circunstancias objetivas y demás circunstancias pertinentes de la operación de que se tratase[11]; es decir, es la identidad que está vinculada a las operaciones. Las cuestiones relacionadas con la identidad fundacional son de gran importancia, ya que es era posible que la ley de un determinado Estado exija esta identidad para determinar la identidad fundacional.

Es posible que la identidad fundacional no se utilice comúnmente como tal en las operaciones comerciales, aunque los proveedores de identidad pueden utilizarla para establecer la identidad funcional, por ejemplo, en el

---

7 REINIGER, R. T., "The proposed international e-identity assurance standard for electronic notarization", *Digital evidence and electronic signature law review*, 2008, núm. 5, pp. 78 – 80.

8 CNUDMI/UNICTRAL: *Aspectos jurídicos relacionados con la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 5.

9 LYNCH, S., *Soluciones innovadoras de identidad digital móvil Inclusión financiera y Registro de Nacimientos*, GSMA, 2018, p. 3.

10 BANCO MUNDIAL, *ID4D Practitioner' Guide–World Bank Documents*, octubre, 2019, pp. 15 y 16.

11 CNUDMI/UNCITRAL, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 7.

artículo 2,1 de la Ley Modelo de Firma Electrónica se dice que se identifique al firmante o el 3,2 del Reglamento eIDAS exigen que se identifique a la persona. En algunos casos, la identificación fiable del firmante puede basarse en la utilización de una credencial de identidad y un proceso de autenticación que establece la identidad sobre la base de credenciales de identidad fundacional. Por lo tanto, el reconocimiento jurídico de la identidad básica a través de fronteras y entre sistemas de gestión de la identidad va a ser necesaria[12].

Para generar confianza hablamos de la gestión de la identidad y a los sistemas de gestión de la identidad, a la que nos referiremos más adelante, nos situamos en lo que hemos denominado autenticación de la identidad. Por gestión de la identidad se entiende un conjunto de procesos que permiten gestionar la identificación, autenticación y autorización de personas físicas, personas jurídicas, dispositivos u otros sujetos en un contexto en línea[13].

Las tecnologías de gestión de la identidad y el acceso se han centrado principalmente en la autenticación de los usuarios finales para el acceso federado a aplicaciones y servicios. Por lo tanto, el requisito de seguridad se limita al perímetro de sus dominios de aplicación; es decir, puede decirse que cuando una persona obtiene la identidad fundacional y la funcional, es como si en un ámbito electrónico se inscribiera para utilizar dichos servicios, creando una identidad electrónica, que puede vincularse a diversas cuentas, correspondientes a cada aplicación o plataforma. Ante esta inscripción, que realiza ante un prestador de servicios de confianza, que probablemente será público, si partimos de lo ya comentado con relación a la identidad fundacional, va a suponer el establecimiento de una relación de confianza entre las partes, actuales y futuras, ya que la creación de una identidad electrónica requiere conjugar estas relaciones bilaterales en un marco amplio que permita su gestión conjunta, que es donde se encuadra la gestión de la identidad[14], que va ser la piedra angular del desarrollo de toda la gama de servicios electrónicos, tanto para Estados, ciudadanos como para empresas.

En el marco normativo europeo actual encontramos un sistema de gestión de la identidad centrado en la aplicación, tal y como aparece en el Reglamento eIDAS[15]; es decir, un sistema en el que existen un proveedor de servicios

---

12 CNUDMI/UNCITRAL, *Observaciones explicativas relativas al proyecto de disposiciones sobre el reconocimiento transfronterizo de sistemas de gestión de la identidad y servicios de confianza*, Nueva York, 2019, p. 5.

13 CNUDMI/UNCITRAL, *Cuestiones jurídicas relacionadas con la gestión de la identidad y los servicios de confianza Términos y conceptos relativos a la gestión de la identidad y los servicios de confianza*, Nueva York, 2018, p. 6

14 CNUDMI/UNCITRAL, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*, Nueva York, 2007, p. 32.

15 COMISIÓN EUROPEA, *Plan de acción sobre la firma electrónica y la identificación electrónica para facilitar la prestación de servicios públicos transfronterizos en el mercado único (COM (2008) 798 final)*, Bruselas, 28 de noviembre de 2008.

de identidad y una parte confiante. De esta forma, se hace necesaria la aparición del citado prestador de servicio de identidad, que puede identificarse como una entidad que va a tratar con la identidad de la transacción, no con el individuo, en el sentido de que realmente los contratos se van a hacer con esa identidad, una identidad que se compone de información almacenada digitalmente, que el sistema otorga autenticidad. Ahora bien, existe otro tipo de sistema de gestión de identidad centrada en el usuario, es decir, que los servicios y políticas en materia de identidad van a ser concebidos para satisfacer los requisitos de los proveedores de servicios de identidad y optimizados para los requisitos de las aplicaciones, por ejemplo, el suministro de la información de la cuenta de un usuario, que es el que parece que definitivamente se va a implantar con la propuesta de modificación del Reglamento eIDAS[16].

4.1 La Identidad Auto soberana

Las nuevas tecnologías evolucionan impulsando cambios en la capacidad y la dirección de soluciones de gestión de identidad y de sus propios sistemas de gestión[17]. Podemos encontrar: los motores de procesamiento de datos y computación en la nube, que permiten la recogida, clasificación y almacenamiento de enormes cantidades de información de manera centralizada; Internet de las cosas, que crea escenarios previamente inexistentes para la identidad electrónica; o, incluso, la Inteligencia artificial, que permitirá el seguimiento automatizado de identidades, basándose en patrones y relaciones complejas entre fuentes de datos no estructuradas para determinar la validez de las transacciones. En cualquier caso, la que nos interesa en este apartado es la tecnología de libro mayor distribuido o auto-soberana, donde se sitúa Blockchain, que tiene potencial para interrumpir en el enfoque tradicional propio de los sistemas de gestión de identidad mediante el almacenamiento de una única identidad por usuario de forma descentralizada, de confianza y manera inmutable[18].

La idea general de la identidad auto-soberana se basa en repositorios personales portables en los que podemos almacenar y administrar todas nuestras claves privadas, de nuestros autenticadores, de nuestros tokens y de las credenciales digitales. Esta identidad se basa en el uso de identificadores descentralizados, para aplicaciones digitales de identidad verificables, que se

---

16 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea*, Bruselas, 3 de julio de 2021.

17 COMISIÓN EUROPEA, *Trends in electronic identification an overview Value Proposition of eIDAS eID*, Bruselas, 2018, p. 18.

18 ALLENDE LÓPEZ, M., *La Identidad digital auto-soberana. El futuro de la identidad digital: auto-soberanía, billeteras digitales y Blockchain*, Alianza Global LACChain, 2020, p. 31-32.

sitúan bajo el control del identificado y es independiente de cualquier registro, proveedor de identidad o autoridad certificadora. Los identificadores descentralizados son realmente URL que relacionan un sujeto con el medio, para la realización de interacciones confiables. Cada identificador descentralizado debe contener: propósitos de prueba, métodos de verificación y puntos finales de servicio[19].

Este sistema de gestión de la identidad se incorpora a la Propuesta de Reglamento por el que se modifica el Reglamento eIDAS, en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea. En este sistema el usuario es el administrador central de su identidad, teniendo mucho más control sobre los datos y la información que se comparte y se conoce sobre él. Asimismo, debe decirse que la identidad auto soberana emplea dos elementos esenciales para la gestión de la identidad: los registros descentralizados de información y las carteras ("billeteras o monederos") digitales.

Con el Reglamento eIDAS vigente, para la identificación electrónica se basa en el principio de cumplimiento transfronterizo y el reconocimiento mutuo entre Estados miembros; pues, según eIDAS, los servicios públicos en línea que solicitan la autenticación están obligados a reconocer los sistemas de identificación electrónica notificados por otros Estados miembros, siendo el notificando al Estado miembro responsable de la autenticación proporcionada por estos sistemas de identificación electrónica. Técnicamente, este reconocimiento mutuo está garantizado por el marco de interoperabilidad eIDAS, a través de Building Block eID[20], que asegura la interoperabilidad jurídica, organizativa, semántica y técnica, basado en el despliegue de nodos eIDAS nacionales que gestionan el intercambio transfronterizo de información.

Ahora bien, el problema es que para que se produzca este efecto jurídico de reconocimiento transfronterizo con respecto a los sistemas de identificación electrónica, deben concurrir simultáneamente las tres condiciones legalmente previstas en el artículo 6.1 del Reglamento eIDAS, que no son fáciles de cumplir[21].

Por ello, se proyectó la modificación del Reglamento eIDAS; pues, desde la entrada en vigor de la sección del Reglamento relativa a la identidad electrónica en septiembre de 2018, tan solo catorce Estados miembros han notificado al menos un sistema de identidad electrónica. Solo hay siete sistemas completamente móviles que responden a las expectativas actuales de los

---

19 ALAMILLO DOMINGO, I, *Identificación, firma y otras pruebas electrónicas: la regulación jurídico-administrativa de la acreditación de las transacciones electrónicas, Thomson Reuters, Aranzadi* Pamplona, 2019, p. 120.

20 Puede consultarse en https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/eID

21 ALAMILLO DOMINGO, I., "el uso de los sistemas de identidad auto-soberana en el sector público español y de la unión europea", *Blockchain intelligence*, 2019, pp. 1-22.

usuarios[22]. Puesto que no todos los nodos técnicos establecidos para garantizar la conexión con el marco de interoperabilidad contemplado en el Reglamento eIDAS se encuentran plenamente operativos, el acceso transfronterizo es limitado; asimismo, los servicios públicos accesibles a escala nacional a los que también se puede acceder a través de la red eIDAS son muy escasos[23]. Con esto, se aprecia un problema: si la información de identidad de la transacción presentada en el momento de una transacción no coincide exactamente con la información registrada, el sistema no reconocerá la identidad, aunque fuera auténtica y el sistema no habilitará las transacciones.

5. LA EDUCACIÓN Y ALFABETIZACIÓN DIGITAL

En el mundo del mañana, si queremos controlar nuestro propio destino, confiar en nuestros medios, valores y posibilidades, debemos contar con ciudadanos capacitados y capaces digitalmente, trabajadores con competencias digitales y muchos más expertos en el sector digital que en la actualidad. Esto debería fomentarse mediante el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento, así como de una política eficaz para promover vínculos con el talento de todo el mundo y atraerlo.

Parece esencial en cualquier contexto en el que hablamos, surge la necesidad de ponerlo en relación con el objetivo 4, relativo a la educación de la ciudadanía digital La educación para la ciudadanía digital es el empoderamiento de los niños, de cara al futuro, y de los mayores, evidentemente, que deben obtener nuevas competencias para el aprendizaje y la participación activa en la sociedad digital. El conocimiento y la comprensión del medio deben llevar a los usuarios al ejercicio y defensa de sus derechos y responsabilidades y promover y proteger los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho en el ciberespacio, por qué los derechos no se pierden, siguen estando ahí.

De esta forma, debe buscarse la forma asegurar que aquellos que no son "nativos digitales" o que no tienen oportunidades de convertirse en "ciudadanos digitales", o simplemente "ciudadanos", no sean marginados en la sociedad futura. Con el desarrollo de la tecnología es probable que la brecha digital sea una brecha, cada vez mayor, en las habilidades requeridas para hacer un uso avanzado de la tecnología que el acceso a la tecnología per se.

Así pues, resulta esencial la adquisición de competencias técnica para utilizar las tecnologías de la información y la comunicación, entendida en un

---

22 COMISIÓN EUROPEA, *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital*, Bruselas, 9 de marzo de 2021.

23 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento de un Marco para una Identidad Digital Europea*, Bruselas, 3 de julio de 2021.

sentido amplio, además de la adquisición de las capacidades básicas prácticas e intelectuales para que los individuos se desarrollen completamente en la Sociedad de la Información. Se trata de formar habilidades, conocimientos y actitudes en el uso de los medios digitales para poder dominar los desafíos en la sociedad digital, que conllevará el aprendizaje. Esto sugiere una perspectiva más activa orientada al proceso en la sociedad, lo que relaciona el aprendizaje tanto con la capacidad de operar aplicaciones tecnológicas como con el uso de la tecnología para satisfacer las necesidades personales y colectivas.

Lo anterior cobra aún mayor importancia si se relaciona con la radicalización de los jóvenes a través de las redes sociales, el auge de las noticias falsas y los discursos de odio, así como la crisis de la política "post-verdad" que han reforzado la necesidad de tomar medidas decisivas hacia el desarrollo de una educación de los ciudadanos digitales[24].

En definitiva, con una brecha digital estructuralmente arraigada, la educación y, con ello, el conocimiento se presenta esencial ante la creciente ubicuidad de Internet en un mundo cada vez más "tecnocéntrico" y con el imperativo de explotar la información. Se trata de contribuir a la construcción de una nueva alfabetización digital dirigida a los usos críticos de los medios digitales, para entender cómo funcionan las tecnologías y cómo pueden afectar nuestra vida global[25]. Por ello, la clave está en aumentar la alfabetización digital dentro de una sociedad para integrar a la sociedad en una corriente inclusiva[26].

6. REFLEXIONES FINALES

En la realidad constituida por las tecnologías de la información, interesa todo lo relacionado con la identidad de las partes que emiten su voluntad y la confidencialidad de sus datos personales, la existencia y validez de sus declaraciones de voluntad, la autoría e integridad de sus mensajes electrónicos y el no rechazo del mensaje en su origen y destino, todo encerrado en su seguridad y validez jurídica y en la existencia del documento electrónico, así como su autenticación a través de la firma electrónica.

Estas cuestiones nos han llevado a tratar el marco normativo existente, ofreciendo una visión de la regulación existente en Europa, en relación con la

---

24 FRAU-MEIGS, D.; O'NEILL, B.; SORIANI, A.; TOMÉ, V., *Digital citizenship education: Volume 1: Overview and new perspectives (English Edition)*, 2017, Ed. Council of Europe, p. 34.

25 CORNALI, F.; TIROCCHI, S., Globalization, Education, Information and Communication Technologies: What Relationships and Reciprocal Influences? *Procedia–Social and Behavioral Sciences*, 2012, núm. 47, pp. 2060-2069.

26 SHARMA, R.; FANTIN, A.; PRABHU, N., Digital literacy and knowledge societies: A grounded theory investigation of sustainable development. *Telecommunications Policy*, 2016, núm. 40, Julio, pp. 628-643.

identidad electrónica, con el fin de observar la evolución legislativa actual. De esta forma, trataremos, de rastrear el surgimiento de la identidad electrónica desde el momento en que fue reconocida como un nuevo concepto legal y comercial hasta la actualidad, describiendo: su impacto y significado. Tras esto se resalta la importancia del inicio de la transacción y su autenticación, donde en todo proceso va a aparecer la confianza como uno de los elementos básicos de las relaciones comerciales. Al considerar la confianza debemos pensar en la seguridad jurídica y técnica de los propios servicios prestados, que deben tener efectos legales indiscutibles, siempre que cumplan con los requisitos básicos exigidos. En este contexto, aparece el proveedor de servicios de gestión de la identidad que van a prestar servicios de gestión de la identidad; es decir, van a gestionar la comprobación de la identidad e identificación electrónica de personas, constituyéndose como elementos clave en el establecimiento de relaciones de confianza. Por otra parte, van a conferir para obtener una garantía suficiente de la vinculación entre una persona y una identidad, garantizando que la identidad y sus datos no se van a utilizar sin autorización. De esta forma, van a ser un componente esencial de cualquier estrategia, para proteger los sistemas de información y las redes, los datos financieros, la información personal y otros activos contra el acceso no autorizado o el robo de identidad.

Para poder hacer frente a los retos que se evocan es de capital importancia que se adopten medidas eficaces, para mantener la confianza de todos, garantizando un nivel adecuado de seguridad, portabilidad de los datos e interoperabilidad, así como el cumplimiento de los requisitos jurídicos preestablecidos, que garanticen el derecho a la propiedad de los datos. Sólo de esta forma, se aceptarán los beneficios resultantes.

Asimismo, la educación de la ciudadanía es fundamental. Sin educación no empoderamiento de la sociedad. La Educación debe ir a la vez que avanza la digitalización, con objeto de buscar el equilibrio entre su enseñanza a los ciudadanos y el uso responsable y seguro de la tecnología. En este contexto, los docentes tenemos la misión de promover el uso de la tecnología, pero también enseñarles a no ser dependientes de ellas.

INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS Y AMENAZAS CIBERNÉTICAS. NUEVO MARCO NORMATIVO EN LA UNIÓN EUROPEA: RESILIENCIA DE ENTIDADES CRÍTICAS Y REFUERZO DE LA SEGURIDAD EN LAS REDES

LUCÍA MODROÑO PÉREZ[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCIÓN. 2. CONCEPTO DE 'INFRAESTRUCTURA CRÍTICA'. 2.1. LA VARIEDAD DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS IMPLICADOS. 2.2. CRITERIOS HORIZONTALES Y SECTORIALES DETERMINANTES. 3. ENFOQUES NORMATIVOS DE LA RESILIENCIA DE ENTIDADES CRÍTICAS. 3.1. ESTRATEGIAS NACIONALES COORDINADAS CON EL MARCO NORMATIVO EUROPEO. 3.2. LA NUEVA ESTRATEGIA DE CIBERSEGURIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA. 4. RIESGOS Y AMENAZAS. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CRECIENTES CIBERATAQUES. 4.1 PRINCIPALES RIESGOS Y AMENAZAS. 4.2 LOS CIBERATAQUES MÁS RELEVANTES DEL SIGLO XXI. 5. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo toma como punto de partida el 9º Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030[2]: Industria, innovación e infraestructuras. Este ODS, en su meta 9.1[3], especifica la necesidad de lograr unas infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Una industrialización inclusiva y sostenible precisa cierto grado de innovación y, en especial, dotarse de infraestructuras adecuadas para alcanzar el deseado progreso económico y social; pues aquéllas conectan a la población con los servicios, garantizan una calidad de vida e impulsan la productividad de las economías de los Estados miembros (EEMM). Una vez superada la fase aguda de la actual crisis provocada por la pandemia COVID-19, la Unión Europea (UE) precisará de unas infraestructuras adecuadas para acelerar su recuperación económica, crear empleo, reducir pobreza y estimular la inversión productiva; de ahí que, entre las medidas de recuperación de los países,

---

1 Profesora asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Oviedo (modronolucia@uniovi.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 19 de febrero de 2022.

2 Resolución A/RES/70/01, de 25 de septiembre de 2015, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: https://undocs.org.

3 *Ibidem,* p. 16, Meta 9.1 de la Agenda 2030: "Desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos".

se incluyan inversiones a largo plazo en infraestructuras de salud, energía, agua, transporte y otros sectores estratégicos[4]. Pero ¿todas las infraestructuras son igual de importantes para el desarrollo económico y el bienestar social de los EEMM o la UE? La respuesta, negativa, enlaza con una categoría específica de infraestructuras cuya relevancia en el orden socioeconómico mundial les confiere un tratamiento jurídico especial: las infraestructuras críticas (IICC).

2. CONCEPTO DE 'INFRAESTRUCTURA CRÍTICA'

2.1 La variedad de conceptos jurídicos indeterminados implicados

El vigente marco normativo de la UE toma como punto de partida el concepto de 'infraestructura crítica' (IC) precisado en la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de protección (Directiva ICE)[5], en concreto en su artículo 2.a)[6]. Al concepto de IC, esta norma superpone el de 'infraestructura crítica europea' (ICE), tal y como dispone su artículo 2.b)[7]. De la referida definición de IC, en primer lugar, llama la atención la aparente imprecisión o indeterminación del término, acentuada por la considerable remisión a conceptos jurídicos indeterminados que contiene (tales como *'sistema'*, '*esencial'*, '*perturbación', 'gravemente'*, etc.). Sin embargo, esta indefinición inicial se compensa con los criterios y procedimientos previstos en la propia norma europea para la identificación de infraestructuras críticas en cada Estado miembro (EM), lo que se efectúa atendiendo a criterios *horizontales* y *sectoriales*.

---

4 ZHENGRONG LU, J., "A Simple Way to Close the Multi-Trillion-Dollar Infrastructure Financing Gap", 15/04/2020. Disponible en: https://blogs.worldbank.org/ppps/simple-way-close-multi-trillion-dollar-infrastructure-financing-gap.

5 Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre, sobre la identificación y designación de Infraestructuras Críticas Europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección (DOUE 345, de 23 de diciembre de 2008, pp. 75-82). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82589.

6 Artículo 2.a) de la Directiva ICE: "A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «infraestructura crítica», el *elemento, sistema o parte* de este situado en los Estados miembros que es *esencial para el mantenimiento de funciones sociales vitales*, la *salud*, la integridad física, la *seguridad*, y el *bienestar social y económico* de la población y cuya *perturbación* o destrucción *afectaría gravemente* a un Estado miembro al no poder mantener esas funciones".

7 Artículo 2.b) de la Directiva ICE: "A los efectos de la presente Directiva se entenderá por: b) «infraestructura crítica europea» o «ICE», la infraestructura crítica situada en los Estados miembros cuya perturbación o destrucción *afectaría gravemente al menos a dos Estados miembros*. La magnitud de la incidencia se valorará en función de criterios horizontales, como los efectos de las dependencias intersectoriales en otros tipos de infraestructuras".

2.2 Criterios horizontales y sectoriales determinantes

Entre los primeros criterios previstos para la identificación de infraestructuras críticas, los *horizontales*, se encontrarían: el número potencial de víctimas, el impacto económico (incluido el medioambiental) o el impacto público (que afecta a la confianza de la población o a la prestación de servicios esenciales)[8].

En cuanto al segundo criterio de determinación señalado, el sectorial, la Directiva ICE se refiere, exclusivamente, a los *sectores* de la energía y el transporte[9], y a sus respectivos subsectores (previstos en su Anexo I)[10]. En este ámbito, en diciembre de 2020 se anunció una alteración normativa sustancial; la Comisión Europea y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (ARUAEPS) presentaron un nuevo paquete de medidas de Ciberseguridad que incluye una propuesta que amplía sensiblemente el ámbito sectorial de protección de las referidas IICC. Ampliación que, en la vida contemporánea de los Estados europeos, no por imprescindible deja de resultar encomiable. Así, la Propuesta de Directiva relativa a la resiliencia de entidades críticas[11] confiere protección a entidades críticas tanto físicas como digitales y se enfoca en *diez sectores*[12], ocho de ellos nuevos y todos íntimamente relacionados con los objetivos de la Agenda 2030. Ampliación sectorial que, con ligeras variaciones, ya había sido efectuada por los ordenamientos de algunos EEMM, entre ellos España, tal y como dispone su Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas (LPIC)[13].

---

8 Artículo 3.2 de la Directiva ICE: "Los *criterios horizontales* a que se refiere el apartado 1 incluirán:
a) el *número de víctimas* (valorado en función del número potencial de víctimas mortales o de heridos);
b) el *impacto económico* (valorado en función de la magnitud de las pérdidas económicas o el deterioro de productos o servicios, incluido el posible impacto medioambiental);
c) el *impacto público* (valorado en función de la incidencia en la confianza de la población, el sufrimiento físico y la alteración de la vida cotidiana, incluida la pérdida de servicios esenciales)".

9 Artículo 3.3 de la Directiva ICE: "Los sectores que se tendrán en cuenta a efectos de la ejecución de la presente Directiva serán los de la *energía* y el *transporte*".

10 I. *Energía*: 1. Electricidad, 2. Petróleo, 3. Gas. II. *Transportes*: 4. Transporte por carretera, 5. Transporte por ferrocarril, 6. Transporte aéreo, 7. Transporte por vías navegables interiores y 8. Transporte marítimo (costero) y puertos.

11 La COM/2020/829 final contiene la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resiliencia de entidades críticas. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020PC0829.

12 Los sectores incluidos en la Propuesta de Directiva, tal y como recoge en su artículo 3.1, son los previstos en su Anexo: la energía, el transporte, la banca, la infraestructura del mercado financiero, la salud, el agua potable, las aguas residuales, la infraestructura digital, la administración pública y el espacio.

13 Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen las medidas para la protección de las infraestructuras críticas. *BOE*, núm. 102, de 29/04/2011. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/l/2011/04/28/8/con. Identifica a qué 'sectores estratégicos' se vinculan las IICC (que

3. ENFOQUES NORMATIVOS DE LA RESILIENCIA DE ENTIDADES CRÍTICAS

3.1 Estrategias nacionales coordinadas con el marco normativo europeo

Dado el nivel actual de dependencia del aspecto tecnológico que presentan las infraestructuras, los EEMM deben adoptar estrategias nacionales capaces de reforzar la resiliencia de sus entidades críticas y efectuar evaluaciones periódicas sobre riesgos cibernéticos y físicos. Garantías que, en la nueva propuesta, se ven reforzadas no sólo con la obligación de evaluación de amenazas por las entidades críticas en atención a criterios y procedimientos comunes, sino con la obligación de elaboración de un informe de riesgos, amenazas y vulnerabilidades que cada EM debe presentar periódicamente a la Comisión[14].

Por su parte, en relación con las transposiciones e incorporaciones internas de esta eventual normativa europea, conviene tener presente en todo momento la perentoria necesidad de coordinar la actualización normativa que plantea la antedicha propuesta de nueva Directiva ICE con la que, a su vez, implica la coetánea propuesta de actualización de la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (en lo sucesivo, Directiva NIS; aunque también se le denomina Directiva SRI)[15]. Esta Directiva NIS, que obligó a los EEMM a adoptar estrategias nacionales de ciberseguridad, identificar a las autoridades competentes y disponer de equipos de respuesta a emergencias informáticas (CSIRT[16]), ha contribuido a mejorar la ciberresiliencia

---

son los doce que constan en su Anexo): Administración, espacio, industria nuclear, industria química, instalaciones de investigación, agua, energía, salud, tecnologías de la información y las comunicaciones, transporte, alimentación y sistema financiero y tributario. Por otro lado, conviene recordar los dos supuestos que se excluyen de su ámbito de aplicación (artículo 3.1 y .2): las IICC situadas fuera del territorio nacional (aunque pertenezcan a un operador español) y las infraestructuras dependientes del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

14 *Op. cit.* nota 10. Véanse los artículos 4.4, 8.3 y 10 de la nueva Propuesta de Directiva ICE.

15 La Directiva NIS, publicada en el DOUE 194/1, de 19 de julio de 2016, pp. 1-30, y disponible en http://data.europa.eu/eli/dir/2016/1148/oj; fue incorporada a nuestro ordenamiento por el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información. BOE, núm. 218, de 8/09/2018, disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/09/07/12; y ha sido objeto de desarrollo posterior en el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información. BOE, núm. 24, de 28/01/2021, disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/01/26/43.

16 En España este Equipo de Respuesta ante Emergencias Informáticas (*Computer Emergency Response Team*), es un centro de respuesta a incidentes de seguridad relacionados con tecnologías de la información, tanto a nivel preventivo como reactivo; este organismo (denominado CCN-

de aquellas entidades públicas y privadas que actúan como operadores de servicios esenciales[17], en concreto en siete sectores específicos (recogidos en su Anexo II)[18]. La revisión propuesta (conocida como Directiva NIS 2 o SRI 2)[19] está motivada también por el reducido o insuficiente ámbito de aplicación de la vigente Directiva NIS, en especial ante el exponencial avance de la digitalización y la conectividad; pues aquélla ni siquiera incluye actores tan relevantes como los proveedores de servicios digitales[20], ya sean suministradores de *software* o *hardware*. Además, la armonización inicialmente prevista se vio mermada por la diversidad de las normas nacionales de transposición y, por ende, la variedad de medidas previstas para logar los objetivos propuestos[21]. En definitiva, se busca reforzar la armonización de la materia, incluyendo a todos los proveedores de las cadenas de suministro, evitando solapamientos o inconsistencias entre las distintas regulaciones sobre comunicaciones, ciberseguridad e IICC[22].

3.2 La nueva Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea

En este sentido, resulta esencial la implementación de la nueva Estrategia de Ciberseguridad de la UE para reforzar la resiliencia colectiva de las entidades críticas físicas y digitales frente a las ciberamenazas. Esta nueva estrategia,

---

CERT) creado en el 2006 y depende del Centro Criptológico Nacional (adscrito, a su vez, al Centro Nacional de Inteligencia).

17 Directiva NIS, artículo 5.2: "Los criterios para la identificación de servicios esenciales a que se refiere el artículo 4, punto 4, son los siguientes:
a) una entidad presta un servicio esencial para el mantenimiento de actividades sociales o económicas cruciales;
b) la prestación de dicho servicio depende de las redes y sistemas de información, y
c) un incidente tendría efectos perturbadores significativos en la prestación de dicho servicio".

18 Los sectores del Anexo II de la Directiva NIS son: 1. Energía. 2. Transporte. 3. Banca. 4. Infraestructura de los mercados financieros. 5. Sector sanitario. 6. Suministro y distribución de agua potable. 7. Infraestructura digital.

19 La COM/2020/823 final contiene la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0823.

20 Sólo menciona transversalmente tres servicios digitales: mercados en línea, motores de búsqueda en línea y servicios de computación en nube.

21 Véase el Informe de Bird&Bird sobre el desarrollo de la Directiva NIS en los distintos EEMM, disponible en: https://www.twobirds.com/~/media/pdfs/germany/developments-on-nis-directive-in-eu-member-states_update-2020.pdf; o el comentario de la ETNO (Asociación europea de operadores de redes de telecomunicaciones), disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12475-Ciberseguridad-revision-de-las-normas-de-la-UE-sobre-la-seguridad-de-las-redes-y-sistemas-de-informacion/F541858_es.

22 ARTEAGA, F. "La evaluación y la revisión de la Directiva NIS 2.0" (ARI 19/2020, de 9 de febrero) *Ciber Elcano*, Real Instituto Elcano, 2021, núm. 63. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari19-2021-arteaga-evaluacion-y-revision-de-la-directiva-nis-2-0.

presentada por la Comisión Europea y el ARUAEPS[23], toma como referencia la Estrategia digital de la UE (presentada el 19 de febrero de 2020)[24] y la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad 2020-2025 (presentada el 24 de julio de 2020)[25]; en esta última, la Comisión reconoce la relevancia de la interconexión e interdependencia entre las infraestructuras físicas y las digitales, con especial énfasis en la necesaria coherencia, uniformidad y coordinación entre las propuestas de actualización de la Directiva ICE y de la Directiva NIS.

En concreto, la Estrategia de Ciberseguridad de la UE contempla tres áreas de acción: 1ª. Resiliencia, soberanía tecnológica y liderazgo; 2ª. Desarrollo de la capacidad operativa para prevenir, disuadir y responder; y 3ª. Promover un ciberespacio global y abierto a través de una mayor cooperación[26]. En este marco se anima a los EEMM, con el apoyo de la Comisión y la Agencia de la UE para la Ciberseguridad (ENISA)[27], a que finalicen la aplicación de los instrumentos de la UE para redes 5G, respondiendo a un enfoque global y objetivo, basado en los riesgos para la seguridad no sólo de ésta sino de las generaciones futuras de redes.

4. RIESGOS Y AMENAZAS. LA PROBLEMÁTICA DE LOS CRECIENTES CIBERATAQUES

4.1 Principales riesgos y amenazas

Junto con la sostenibilidad, todo lo relacionado con lo digital ha pasado a ser unas de las prioridades de la Comisión (es decir, de la UE); preferencia que se ha visto reforzada en los últimos tiempos no sólo por el impulso que la pandemia que ha provocado la COVID-19 ha supuesto para al proceso europeo de digitalización, sino por el aumento incesante, y casi exponencial, de los ciberataques. Y es que, como elementos esenciales o piedras angulares de los diversos sectores económicos, es normal que las IICC se hayan convertido en objetivo estratégico de numerosos ataques.

---

23 JOIN/2020/18 final. Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Estrategia de Ciberseguridad de la UE para la Década Digital, de 16 de diciembre de 2020, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020JC0018.

24 Véase https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es.

25 COM/2020/605 final de la Comisión, de 16 de diciembre de 2020, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0605.

26 Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_20_2391.

27 La ENISA, creada en el año 2004, colabora estrechamente con estos centros nacionales de respuesta, ofreciendo asistencia o asesoramiento práctico a los sectores público y privado de los países integrantes de la UE, así como a las propias instituciones europeas.

Ciertamente, las perturbaciones en el funcionamiento de una IC pueden ser causadas por diversos factores o motivos. El Foro Económico Mundial[28] ya catalogó los riesgos o amenazas de las IICC del siguiente modo: 1º Originados por eventos naturales: peligros hidrometeorológicos o geológicos, epidemias o pandemias y eventos cósmicos. 2º Originados por la acción humana: accidental (fallo del sistema, negligencia, accidente o emergencia) o intencional (terrorismo, sabotaje u otras formas de crimen y guerras o conflictos)[29].

España, debido al alto grado de dependencia del componente tecnológico que presentan las actuales IICC, y tras la toma de conciencia que supusieron los atentados del 11-M ocurridos en 2004 (como también para Estados Unidos lo fue el 11-S en 2001), ya había apostado en su LPIC por abordar la protección de nuestras IICC desde una perspectiva global, considerando todos los tipos de amenazas o ataques, es decir, no sólo los de carácter físico, sino también los de tipo lógico, entre ellos los cibernéticos[30]; pues su alcance (en cuanto al cese efectivo de la prestación de un servicio esencial) puede ser igual de grave. En este sentido, en nuestra Estrategia de Seguridad Nacional 2017 (en adelante, ESN)[31], una de las principales amenazas identificadas[32] es la de las IICC (dado el impacto que su perturbación comporta para la prestación de ciertos servicios esenciales). Esta ESN contempla las IICC entre los objetivos y líneas de acción estratégicas en el ámbito de la ciberseguridad[33] y está siendo objeto de revisión o actualización[34]. Así,

---

28 *Global Risk Report* 2018. Disponible en: https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2018.

29 RECALDE MORILLO, F. y RACINES DUQUE, P. "La protección de las infraestructuras críticas en el ámbito de las Fuerzas Armadas". *Revista de Ciencias de Seguridad y Defensa*, Vol. 4, 2019, núm.5, p. 4.

30 CARO, M.J., "Informe de protección de Infraestructuras Críticas 2011", Instituto Español de Estudios Estratégicos (Documento de Análisis 021/2011). Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2011/DIEEEA21_2011ProteccionInfraestructurasCriticas.pdf.

31 Real Decreto 1008/2017, de 1 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2017. *BOE*, núm. 309, de 21/12/2017. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/rd/2017/12/01/1008.

32 Junto con los conflictos armados, el terrorismo, el crimen organizado, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje y las vulnerabilidades de espacios comunes globales: ciberespacio, espacio marítimo, aéreo y ultraterrestre.

33 La ESN contempla la necesidad de "reforzar, impulsar y promover los mecanismos normativos, organizativos y técnicos, así como la aplicación de medidas, servicios, buenas prácticas y planes de continuidad para la protección, seguridad y resiliencia en (1) el Sector Público, (2) *los sectores estratégicos* (*especialmente en las infraestructuras críticas y servicios esenciales*), (3) el sector empresarial y (4) la ciudadanía, de manera que se garantice un entorno digital seguro y fiable".

34 Ante la necesidad de adecuar la ESN a la emergencia nacional, sanitaria, económica y social provocada por el coronavirus, el Consejo de Seguridad Nacional ha iniciado su revisión. Véase la Orden PCM/1028/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional por el que se aprueba el procedimiento para la elaboración de la Estrategia de Seguridad Nacional 2021. *BOE*, núm. 292, de 5/11/2020. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/o/2020/10/30/pcm1028/con.

y para garantizar la adecuada protección de aquellas infraestructuras que prestan servicios esenciales, el operador crítico deberá indicar expresamente las amenazas que ha valorado en la confección de sus análisis de riesgo, reflejando, al menos: las intencionadas (tanto de tipo físico como lógico) y las procedentes de interdependencias que puedan afectar a los servicios esenciales, sean deliberadas o no[35].

En España la complejidad de la cuestión ha precisado la creación, por el Ministerio del Interior, de un Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas (en lo sucesivo, Catálogo)[36] y de un Centro Nacional para la Protección de las IICC (CNPIC) encargado de las modificaciones del Catálogo y de determinar la criticidad[37] de las infraestructuras estratégicas incluidas en el mismo, más de 3.600[38], de las que el 80% corresponden al sector privado[39].

4.2 Los ciberataques más relevantes del siglo XXI

Un exponente claro de la confluencia, creciente y problemática, de riesgos cibernéticos e IICC lo representan los principales ataques deliberados que han padecido estos sistemas en los últimos tiempos; embates cuyas graves e inevitables consecuencias desbordan rápidamente el ámbito estrictamente nacional, para diseminarse a escala global, afectando a ciudadanos de muy variadas partes, de forma más o menos directa, en esta época de interdependencia

---

35 Resolución de 8 de septiembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueban los nuevos contenidos mínimos de los Planes de Seguridad del Operador y de los Planes de Protección Específicos (ANEXO I, contenido mínimo del Plan de Seguridad del Operador, apartado 4.3 'Identificación y evaluación de amenazas'). *BOE*, núm. 224, de 18/09/2015. Disponible en: https://www.boe.es/eli/es/res/2015/09/08/(1).

36 LPIC. Artículo 4: "Instrumento que contendrá toda la información y valoración de las infraestructuras estratégicas del país, entre las que se hallarán incluidas aquellas clasificadas como Críticas o Críticas Europeas, en las condiciones que se determinen en el Reglamento que desarrolle la presente Ley".

37 LPIC. Artículo 2.h) *Criterios horizontales de criticidad*: los parámetros en función de los cuales se determina la criticidad, la gravedad y las consecuencias de la perturbación o destrucción de una infraestructura crítica se evaluarán en función de:
1. El *número de personas afectadas*, valorado en función del número potencial de víctimas mortales o heridos con lesiones graves y las consecuencias para la salud pública.
2. El *impacto económico* en función de la magnitud de las pérdidas económicas y el deterioro de productos y servicios.
3. El *impacto medioambiental*, degradación en el lugar y sus alrededores.
4. El *impacto público y social*, por la incidencia en la confianza de la población en la capacidad de las Administraciones Públicas, el sufrimiento físico y la alteración de la vida cotidiana, incluida la pérdida y el grave deterioro de servicios esenciales.

38 GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Los sistemas de defensa contra drones, a la luz del derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol.71/2, 2019, pp. 257-276, eleva esa cifra de IICC a 3.700.

39 GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La ciberguerra y el Derecho internacional", en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., ABAD CASTELOS, M. y CASADO RAIGÓN, R. (dirs.), MARTÍNEZ PÉREZ, E. (coord.), *Las Amenazas a la Seguridad Internacional Hoy*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 213.

que caracteriza a la centuria de la globalización. Por la gravedad de los efectos en la perturbación de IICC, hay autores que hablan de "armas de interrupción masiva"[40]. Estas infraestructuras dependen de los sistemas de comunicaciones, de ahí que el riesgo de interrupción por ataques cibernéticos haya aumentado considerablemente[41]. Asimismo, los avances tecnológicos han supuesto el desarrollo de nuevas operaciones relacionadas con el uso de la fuerza, íntimamente condicionadas por las nuevas modalidades de armamento (como son los drones[42]); al respecto, hay que destacar que la generalización en su empleo se ha desarrollado en ausencia de un marco normativo específico en el Derecho internacional[43].

En este concreto ámbito, en 2007 tuvo lugar un ataque sin precedentes, en el sentido de constituir una de las primeras ofensivas de este tipo (lógico) capaz de paralizar el funcionamiento de un país (Estonia) en diversos ámbitos[44]. Los ataques lógicos a IICC son tan difíciles de ejecutar como peligrosos. En este peliagudo escenario se sitúa el ciberataque a centrifugadoras del programa de enriquecimiento de uranio de la República Islámica de Irán ocurrido en 2010, conocido como *Stuxnet*[45], y que consiguió paralizar su actividad[46]. Dicha ofensiva supuso un punto de inflexión hasta el punto de ser considerada la primera 'ciberarma' de la historia[47]. Sin embargo, tal y como informa el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), el primer ataque lógico conocido capaz de provocar un corte en el suministro eléctrico de un país (Ucrania) tuvo lugar en 2015[48].

---

40 ALBERT FERRERO, J., "La ciberguerra. Génesis y evolución", *Revista General de Marina*, enero-febrero 2013, pp.81-98. Disponible en: https://armada.defensa.gob.es/.

41 *Op. cit.* nota 37, pp. 6-7.

42 INDRA, empresa española destacada en el desarrollo de drones, presentó en 2017 un sistema inteligente (ARMS) que detecta drones a varios kilómetros de distancia y resulta particularmente adecuado en la protección de plantas industriales y aeropuertos, pero sobre todo de infraestructuras críticas o edificios oficiales.

43 GONZÁLEZ VEGA, J. A., "El Derecho internacional frente al reto científico y tecnológico", en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (coord.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Oviedo, Thomson Reuters, 2020, pp. 93-125.

44 PAMMENT, J. *et al.*, "Hybrid Threats: 2007 cyber attacks on Estonia", *NATO Strategic Communications Center of Excellence*, 6/06/2019. Disponible en: https://stratcomcoe.org/publications/hybrid-threats-2007-cyber-attacks-on-estonia/86.

45 Véase https://www.ccn-cert.cni.es/ca/gestion-de-incidentes/lucia/23-noticias/1222-el-gusano-stuxnet-que-afecta-a-sistemas-scada-causa-revuelo-internacional.html.

46 Un informe reveló el éxito del ataque, que destruyó más de mil centrifugadoras (una sexta parte del total de las del Gobierno iraní); virus cuya propagación pudo retrasar hasta dos años el programa nuclear del país. Véase *The New York Times,* "Malware aimed at Iran Hits Five Sites, Report Says", 11/02/2011. Disponible en https://www.nytimes.com.

47 ROMERO SÁNCHEZ, G., "STUXNET: La primera ciberarma de la historia", 16/05/2018. Disponible en: https://cronicaseguridad.com/2018/05/16/stuxnet-primera-ciberarma-historia/.

48 Véase "Primer corte de suministro eléctrico de la historia debido a un ciberataque", 23/12/2015. Disponible en: https://www.incibe-cert.es/alerta-temprana/bitacora-ciberseguridad/primer-corte-suministro-historia-debido-ciberataque.

Nuestra propia ESN pone de relieve el aumento de las ciberamenazas (en número e impacto) y recuerda expresamente (en su introducción) el caso de un concreto ciberataque, conocido como *WannaCry* (que, en mayo de 2017, afectó a 300.000 ordenadores de 150 países)[49]. Su trascendencia radica en su "escala global y afectación directa a empresas, servicios e intereses nacionales"; incremento que la ESN relaciona con la progresiva prevalencia de las 'acciones híbridas'[50]. El Foro Económico Mundial[51] reconoció que este ataque, más allá de su coste financiero, lo que implicó fue una disrupción de infraestructuras estratégicas y críticas a nivel mundial (incluyendo instalaciones públicas y privadas de números países: ferrocarriles, bancos, proveedores de telecomunicaciones, compañías eléctricas, hospitales…), poniendo de manifiesto la vulnerabilidad de un variado y crucial elenco de infraestructuras e instalaciones. Ese mismo año 2017, nos encontramos con otro ciberataque conocido como *NotPetya* que comenzó en Ucrania (para luego extenderse no sólo por toda Europa sino por todo el planeta) y cuyo objetivo inicial fueron precisamente los sectores financiero y energético ucranianos[52].

5. REFLEXIONES FINALES

Una industrialización inclusiva y sostenible precisa de unas infraestructuras adecuadas que permitan el progreso económico y social. Las infraestructuras críticas, por su trascendencia, gozan de un tratamiento jurídico especial. En la UE se anunció una revisión sustancial de la regulación vigente en 2020. La Directiva ICE (referida exclusivamente a los sectores de la energía y el transporte) fue objeto de la Propuesta de Directiva relativa a la resiliencia de entidades críticas, que contempla una ampliación de su ámbito de protección (a diez sectores). Actualización que, ante el avance de la digitalización y la conectividad, es preciso coordinar con la coetánea revisión de la Directiva NIS. El grado de dependencia tecnológica que presentan las infraestructuras pone de relieve la necesidad de compaginar ambas propuestas. La Estrategia de Ciberseguridad de la UE resulta fundamental para reforzar la resiliencia

---

49 BREWSTER, T., "An NSA Cyber Weapon Might Be Behind A Massive Global Ransomware Outbreak", *Forbes*, 12/05/2017. Disponible en: https://www.forbes.com/sites/thomasbrewster/2017/05/12/nsa-exploit-used-by-wannacry-ransomware-in-global-explosion/?sh=efa2b4e599ba.

50 Entendidas como aquellas acciones combinadas que pueden incluir, junto al uso de métodos militares tradicionales, ciberataques, operaciones de manipulación de la información, o elementos de presión económica, que se han manifestado especialmente en procesos electorales.

51 *Op. cit.* nota 27, pp. 14 y 23.

52 El Gobierno británico acusó directamente a Moscú del suceso, enmarcado en el renovado clima de tensión que enfrenta a ucranianos y rusos tras la anexión de Crimea en 2014. Véase https://www.gov.uk/government/news/foreign-office-minister-condemns-russia-for-notpetya-attacks.

colectiva de las entidades críticas frente a las ciberamenazas. Por la trascendencia y disrupción que implicaron, se repasan los principales ciberataques contra aquellos elementos estratégicos; ofensivas que constatan no sólo la conveniencia de la pretendida profundización sino de la debida coordinación entre la normativa europea relativa a la protección de IICC y la referida a la regulación de redes y sistemas de información.

A modo de cierre en cuestión de ataques a IICC, conviene poner de relieve que durante la pandemia provocada por el COVID-19 han aumentado significativamente los ciberataques contra infraestructuras sanitarias (hospitales, centros de investigación de la vacuna, servicios públicos de salud…). Una respuesta o solución adecuada sería la inclusión del sector sanitario en los sistemas de protección de IICC, siguiendo así la recomendación que la Organización de Naciones Unidas hizo en 2015[53]. Inclusión que el legislador español ya ha hecho efectiva en su LPIC y que la UE también ha considerado oportuna abordar, al incluir el sector sanitario en el ámbito de aplicación de la Directiva NIS y contemplar la inclusión del sector 'salud' en el ámbito de aplicación de su nueva Propuesta de Directiva IC.

En virtud de lo expuesto, a la luz de la normativa vigente, las reformas normativas propuestas y el devenir de los acontecimientos más recientes, este capítulo defiende la necesidad o conveniencia de la pretendida profundización del ámbito y régimen de protección de las entidades críticas aludidas, cuya resiliencia deviene ya una cuestión de supervivencia, y no sólo para los EEMM de la UE sino para todos aquellos territorios cuyo análogo nivel de desarrollo tecnológico les pueda colocar en tan delicada tesitura. De ahí que resulte esencial y, por ende, se deba velar por una adecuada coordinación entre la normativa relativa a la protección de IICC y la referida a la regulación de redes y sistemas de información, al constituir estos últimos el medio o escenario ideal de las ofensivas más relevantes y recientes contra aquéllas.

---

53 TSAGOURIAS, N., "Malicious Cyber Operations against Health Infrastructure during the COVID-19 Pandemic and the Renvoi to Sovereignty in Cyberspace", *European Society of International Law* (*ESIL*), Vol. 9, 2020, núm. 4. Disponible en: https://esil-sedi.eu/esil-reflection-international-law-in-an-age-of-post/.

PAZ, JUSTICIA Y ASOCIACIÓN

DECONSTRUYENDO EL ODS 16: CONSTRUCCIÓN DE PAZ Y APROPIACIÓN LOCAL EN LA AGENDA 2030

ÓSCAR MATEOS MARTÍN[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AGENDA DE PAZ INTERNACIONAL BAJO SOSPECHA Y LA APROPIACIÓN LOCAL COMO NUEVA RETÓRICA. 2.1. DECONSTRUCCIÓN Y CUESTIONAMIENTO DEL "CONSENSO DE LA PAZ LIBERAL". 2.2. EL "GIRO HACIA LO LOCAL" Y EL DEBATE SOBRE LA "APROPIACIÓN LOCAL". 3. EL ODS 16 EN EL DEBATE SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ. 3.1. GENEALOGÍA, CARACTERÍSTICAS Y UN PRIMER BALANCE DEL ODS 16. 3.2. DECONSTRUYENDO EL ODS 16: CONTRADICCIONES Y PROBLEMAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ EN LA AGENDA 2030. *3.2.1. Paz negativa vs Paz positiva. 3.2.2. Localización y participación vs élite-centrismo y tecno-centrismo. 3.2.3. Paz como gobernanza y construcción del estado.* 3.3. EL CASO DE LA "DECLARACIÓN DE ROMA" Y LA APROPIACIÓN LOCAL DEL ODS 16. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La inclusión del ODS 16 en la Agenda 2030 es uno de los aspectos "más novedosos", como señalan Sanahuja y Tezanos-Vázquez,[2] de esta "hoja de ruta" global adoptada desde enero de 2016. Según el enunciado de dicho objetivo, el ODS 16 tiene como principal aspiración *"Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles"*. A pesar de las controversias y dificultades en la negociación en torno a su inclusión, las cuales analizaremos más adelante,[3] el ODS 16 se ha convertido en uno de los objetivos más emblemáticos de la Agenda 2030, hasta el punto que en numerosos foros se lo ha denominado como el "ODS 16 plus", por su carácter de interconexión y facilitación de las diferentes dimensiones del desarrollo, asumiendo que sin la dimensión de la paz no es posible la del desarrollo.[4] Algunos autores lo han considerado como una "condición facilitante",[5] e incluso

---

1 Profesor contratado-doctor de relaciones internacionales de la Facultad de Comunicación y Relaciones Internacionales Blanquerna-Universidad Ramon Llull. (oscarmm2@blanquerna.url.edu).

2 SANAHUJA, J. y TEZANOS-VÁZQUEZ, S. "Del milenio a la sostenibilidad: retos y perspectivas de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible", Política y Sociedad, nº 54, 2017, pp. 521-543

3 CLING, J.P., RAZAFINDRAKOTO, M. y ROUBAUD, F. "SDG 16 on Governance and its measurement Africa in the Lead", Afrique contemporaine, nº 258, 2016, pp. 73-93.

4 "SDG16 plus, and the Future We Want: Commitments. Statement by Michelle Bachelet, UN High Commissioner for Human Rights", Office of the High Commissioner for Human Rights (UN Human Rights), 16 de julio de 2019, en: https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24829

5 SANAHUJA, J.A., "Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible", en DÍAZ-BARRADO, M.C. y FERNÁNDEZ-LIESA, C.R. (Dir.), Objetivos de Desarro-

como una "palanca estratégica" (*strategic lever*), sin la cual no es posible la consecución del resto de ODS. [6] Esta idea, por el contrario, no es novedosa sino que entronca con el discurso que Naciones Unidas viene elaborando desde la década de los noventa y que puede enmarcarse en la célebre frase del ex Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, de que "no hay paz sin desarrollo, ni desarrollo sin paz, ni paz ni desarrollo sin derechos humanos".[7]

Por otra parte, la última década ha presenciado un intenso debate sobre los límites y problemas de la agenda internacional de construcción de paz. Desde el ámbito académico pero también operacional, las llamadas "operaciones de construcción de paz" impulsadas por organismos internacionales, con el liderazgo de Naciones Unidas, han sido crecientemente cuestionadas por su escaso impacto social en los contextos donde se despliegan y, entre otras cuestiones, por su falta de legitimidad social.[8] Precisamente, en la búsqueda de una mayor sostenibilidad y legitimidad, la agenda internacional de construcción de paz ha incorporado de forma creciente el principio de "apropiación local" (*local ownership*), con el objetivo de garantizar la participación de los actores locales de toda índole en los procesos de construcción de paz.

El presente capítulo se sitúa en esta intersección y se plantea dos preguntas principales. Por un lado, qué supone el ODS 16 para una agenda internacional de construcción de paz crecientemente cuestionada, y por otro lado, de qué forma se integra la idea de "apropiación local" en la concepción y operacionalización del ODS 16. El objetivo del texto es triple. Primero, entender la genealogía del ODS 16 para observar la presencia de las diferentes corrientes de la teoría de las relaciones internacionales que pueden haber influido en su gestación. Segundo, determinar si el ODS 16 parte de un planteamiento que ha respetado la pluralidad de visiones de la paz y si tiene un alcance emancipador o bien reproduce los problemas criticados a la agenda internacional de construcción de paz de falta de sostenibilidad (escaso impacto social) y legitimidad (escasa participación local). Finalmente, analizar hasta qué punto y de qué formas la idea de apropiación local ha sido integrada en la concepción del ODS 16, especialmente a partir del análisis de algunos casos africanos.

---

llo Sostenible y Derechos Humanos, Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III, 2018, pp. 27-56.

6 BARANYI, S., SAMY, Y. y WASHUTA, B., "SDG16+ implementation in fragile and conflict-affected states: what do the data tell us six years into Agenda 2030?", Conflict, Security & Development, nº 21, 2021, pp. 727-748

7 "Mary Robinson addresses UNGA on the life and legacy of Kofi Annan", 24 de septiembre de 2018, en: https://theelders.org/news/mary-robinson-addresses-unga-life-and-legacy-kofi-annan

8 MATEOS, O. "La" paz liberal", el día después. Un análisis de la segunda generación de críticas a la agenda internacional de construcción de paz", en PÉREZ DE ARMIÑO, K. y ZIRION (coords.), I. Pax crítica: aportes teóricos a las perspectivas de paz posliberal, Barcelona, Tecnos, 2019, pp. 45-86

En este sentido, se argumenta de forma preliminar que es probable que la concepción del ODS 16 reproduzca una visión restringida de la idea de construcción de paz y que la idea de la apropiación local reciba una atención más retórica que práctica, reproduciendo así muchos de los problemas criticados a la agenda internacional de construcción de paz hasta ahora.

Para determinar todo ello se analizan algunas fuentes secundarias de relevancia, se acuden a algunos casos significativos en el continente africano, y se analiza también un caso paradigmático en el contexto de la Agenda 2030 y de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), como es la llamada "Declaración de Roma", un espacio que aglutina las voces de diferentes organizaciones de la sociedad civil a nivel global que buscan el impulso "localizado" del ODS 16. El capítulo se estructura en tres partes principales. En una primera parte se contextualiza el debate crítico sobre la agenda internacional de construcción de paz. En una segunda parte se analiza el orígen y características del ODS 16 a la luz del debate crítico sobre la agenda internacional de construcción de paz. La tercera parte plantea de forma breve algunas conclusiones.

2. LA AGENDA DE PAZ INTERNACIONAL BAJO SOSPECHA Y LA APROPIACIÓN LOCAL COMO NUEVA RETÓRICA

La agenda internacional de construcción de paz logró con el final de la Guerra Fría y en el período de "euforia internacionalista" de los noventa una relevancia hasta entonces inédita. Con la famosa "Agenda para la paz" (*Agenda for Peace*) impulsada por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros Ghali, las operaciones de construcción de paz posbélica aspiraban a una transformación radical de las estructuras y condiciones de vida de los países afectados por la violencia armada. Naciones Unidas lideró a partir de entonces un extraordinario impulso cuantitativo (por el número de operaciones desplegadas)[9] y cualitativo (por la cantidad de tareas y reformas desarrolladas por cada operación en su afán de "reconstruir"). Con el inicio del nuevo milenio, y la perspectiva de más de una década de intervenciones, la agenda internacional de construcción de paz empezó a ser objeto de intenso debate y cuestionamiento en el ámbito académico. A continuación, se señalan de forma somera dos aspectos que resultan cruciales para entender los contornos de dicho debate y que van a ser fundamentales para entender el marco en el que aterriza el ODS 16.

---

9 DOBBINS, J. F., "America's Role in Nation-Building: From Germany to Iraq", Survival nº 45, 2003, p. 88.

2.1. Deconstrucción y cuestionamiento del "consenso de la paz liberal"

El concepto de construcción de paz se fue asociando en el contexto de posguerra fría a un tipo de operaciones cada vez más multifuncionales, multidimensionales y complejas, que combinaban aspectos tradicionales, como el mantenimiento de la paz, con otros aspectos de carácter político, económico o social, que tienen como objetivo institucionalizar la paz tras la finalización de un conflicto armado.[10] Estas operaciones fueron consolidando un modelo de construcción de paz cada vez más estandarizado y homogéneo.[11] Aunque se admitían problemas técnicos y de coordinación o bien la existencia de límites en su capacidad de transformar a corto plazo las sociedades intervenidas, el modelo fue considerado en una primera etapa como un instrumento razonablemente exitoso y efectivo para lograr la estabilización y pacificación de contextos que padecían un conflicto armado.[12]

Tras los fracasos de las intervenciones internacionales en Afganistán e Irak,[13] el modelo de construcción de paz empezó a suscitar una discusión sin precedentes en el plano académico, hasta convertirse en "uno de los debates centrales en las relaciones internacionales".[14] La proliferación de libros y artículos dedicados desde entonces al análisis de este tipo de operaciones dio luz a una "segunda generación de críticas" a la agenda de construcción de paz, en contraposición a una "primera generación" de autores (Boulding, Schmid o Azar, entre otros), que desde los estudios de paz habían cuestionado en las décadas de los setenta y ochenta el funcionamiento de las estructuras y operaciones internacionales.[15] Esta segunda generación de críticas, especialmente influenciada por teorías de las relaciones internacionales post-estructuralistas y post-coloniales,[16] confluiría sobre todo en constatar la existencia de un "sentido común" o de "un consenso de la paz liberal" que habría consolidado una forma determinada de entender la construcción de paz por parte de los actores internacionales. Este "consenso" se basaría en concebir, por un lado, la

---

10 CALL, C.T. y COUSENS, C.M., "Ending Wars and Building Peace: International Responses to War-Torn Societies", International Studies Perspectives, nº 9, 2008, p.3.

11 OTTAWAY, M., "Rebuilding State Institutions in Collapsed States", Development and Change, nº 33, 2002, pp. 1001–1023.

12 PARIS, R., "At War's End. Building Peace after Civil Conflict", Cambridge, Cambridge University Press, 2004; PAFFENHOLZ, T., "Unpacking the local turn in peacebuilding: a critical assessment towards an agenda for future research", Third World Quarterly, nº 36, 2015, pp. 857-874.

13 PAFFENHOLZ, T., 2015, p. 859.

14 RICHMOND, O.P. y MAC GINTY, R., "Where now for the critique of the liberal peace?", Cooperation and Conflict, Vol. 50, nº 2, 2014, p.172.

15 RICHMOND, O. P. y MAC GINTY, R., 2014.

16 MAC GINTY, R. y RICHMOND, O. P., "The Local Turn in Peace Building: a critical agenda for peace", Third World Quarterly, Vol. 34, No. 5, 2013, pp. 763–783; BARGUÉS-PEDRENY, P. "Deferring Peace in International Statebuilding. Difference, Resilience and Critique", London, Routledge, 2018, entre otros.

violencia armada en el Sur global como un problema de índole interno, identitario y post-político y, por otro lado, la agenda de construcción de paz como un programa radical de transformación de las estructuras políticas, sociales y culturales de cada contexto post-violencia. El objetivo era implementar de forma simultánea múltiples reformas encaminadas a reconstruir aquellos países afectados por la violencia "a imagen y semejanza" del modelo de democracia liberal y de economía de libre mercado del mundo occidental.[17]

Para los debates críticos, en el "consenso de la paz liberal" co-existen internamente cuatro tipos de discursos de las relaciones internacionales: el discurso de la "paz del vencedor" (*victor's peace*), fundamentada en la idea de que la paz lograda mediante una victoria militar, la hegemonía o la dominación tiene más probabilidades de sobrevivir; el de la "paz institucional", que descansaría sobre los intentos idealistas, liberal-internacionalistas y liberal-institucionalistas de aferrar los estados a una normativa y a un contexto legal en el que acepten de mutuo acuerdo cómo comportarse y cómo determinar su conducta; el de la "paz constitucional", fundamentada en el argumento kantiano de que la paz emana de la democracia, el libre comercio y un conjunto de valores cosmopolitas que entienden los individuos como fines en sí mismos, en vez de cómo medios para un fin; y finalmente, el discurso de "la paz civil", que a diferencia de las predecesoras, superaría la idea del estado o de situar la agencia en las organizaciones internacionales, para centrarse en la agencia individual y de los actores locales.[18] Estos cuatro discursos son contradictorios y complementarios a la vez, ya que cada una aporta al consenso un cierto bagaje empírico e intelectual y reflejan los diferentes debates que han tenido lugar en la filosofía y en la teoría política en los últimos siglos. El resultado sería un formato "híbrido", basado en la convergencia entre paz, seguridad y desarrollo, y sobre el cual se habría organizado el actual consenso ontológico y epistemológico de "paz como gobernanza" (*peace-as-governance*), mediante el que el estado liberal está llamado a proporcionar el marco para la creación de paz a nivel local, estatal e internacional.[19] Los diferentes discursos no tienen la misma influencia ni relevancia a la hora de determinar el tipo de construcción de paz implementado, por lo que el modelo acaba adquiriendo tres posibles "gradaciones": el modelo conservador-realista (paz como orden y estabilidad), el modelo ortodoxo-liberal (paz como gestión de conflictos) y el modelo emancipador-transformador (paz como justicia social).[20] Los discursos

---

17 CRAMER, C. "Civil War Is Not a Stupid Thing: Accounting for Violence in Developing Countries". London: Hurst & Co., 2006

18 RICHMOND, O.P., "La paz en las relaciones internacionales", Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2012.

19 MATEOS, O., 2019.

20 HEATHERSHAW, J., "Unpacking the Liberal Peace: The Dividing and Merging of Peacebuilding Discourses", Millennium–Journal of International Studies, nº 36, 2008, pp. 597-621.

y políticas derivadas del contexto post 11 de septiembre habrían intensificado el modelo conservador-realista y consolidado un nuevo "sentido común" que concibe los "estados frágiles" como los principales espacios problemáticos para la estabilidad internacional y entiende, por lo tanto, la construcción de paz como construcción de instituciones fuertes (*peacebuilding-as-statebuilding*).[21]

Las críticas articuladas por esta "segunda generación" hacia este modelo de paz liberal, hegemónico desde la década de los noventa, giran en torno a tres tipos de argumentos. Una primera crítica enfatiza los escasos o nulos resultados obtenidos por las operaciones de construcción de paz. Se considera que los actores internacionales suelen conformarse con la consolidación de una "paz negativa" que en el sentido planteado por Johan Galtung hace alusión a la mera eliminación de la violencia directa entre las partes, sin aspirar a alcanzar una "paz positiva" (eliminación de la violencia estructural)[22] y consolidando así una "paz virtual" incapaz de mejorar el bienestar del conjunto de la sociedad.[23] Una segunda crítica tiene que ver con el carácter exógeno y vertical que la construcción de paz adquiere en este tipo de intervenciones. Para muchos, el proyecto de la paz liberal privilegia una relación jerárquica entre lo universal y lo local que determina la forma del modelo de construcción de paz.[24] Se considera que el modelo parte de unos principios que son presentados como "naturales" e "innegociables" ante los actores locales, y en el que los medios y fines del proyecto son percibidos como ahistóricos y prepolíticos. La universalización de la construcción de paz como proyecto liberal supone que los actores internacionales encargados de la construcción de paz son considerados los verdaderos conocedores de lo que debe hacerse en un contexto posbélico en aras de prevenir futuros conflictos y de ayudar a construir estados democráticos liberales, mientras que los actores locales son percibidos como parte del problema y no de la solución.[25] Una tercera y última crítica a la agenda internacional de construcción de paz alude a las motivaciones que subyacen en el impulso y despliegue de este tipo de operaciones. Lejos de ser agendas aparentemente neutras y movidas exclusivamente por imperativos

---

21 PARIS, R., 2004; FUKUYAMA, F., State-Building: Governance and World Order in the 21st Century, Ithaca/NY, Cornell University Press, 2004.

22 GALTUNG, J. "Towards a Grand Theory of Negative and Positive Peace: Peace, Security and Conviviality", in: MURAKAMI, Y. and SCHOENBAUM, T. J. (Eds.), A Grand Design for Peace and Reconciliation: Achieving Kyosei in East Asia, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, pp. 90–106.

23 RICHMOND, O.P., 2008.; PUGH, M., COOPER, N. y TURNER, M., "Whose Peace? Critical Perspectives on the Political Economy of Peacebuilding", London, Palgrave Macmillan, 2008.

24 SENDING, O.J., "Why Peacebuilders Fail to Secure Ownership and Be Sensitive to Context", NUPI Working Paper 755, 2009, pp. 1–31.

25 DONAIS, T., "Empowerment or Imposition? Dilemmas of Local Ownership in Post-Conflict Peacebuilding Processes", Peace & Change, nº 34, 2009, pp. 3–26; DONAIS, T., "Peacebuilding and Local Ownership: Post-Conflict and Consensus-Building", London, Routledge, 2012

morales, los intereses últimos que mueven a los actores externos son intereses domésticos o particulares, por lo que la construcción de paz debe entenderse como un medio para alcanzarlos. El discurso de la seguridad internacional "modernista", "westfaliano", "estatista" o "racionalista" transita, de este modo, a un discurso de la "inseguridad global" posmoderno, postpolítico y tecnicista, en el que las "nuevas guerras" o los "espacios no gobernados" del mundo no occidental deben ser sometidos a un intenso proceso de contención internacional y de reconstrucción e ingeniería social.[26]

2.2. El "giro hacia lo local" y el debate sobre la "apropiación local"

La "segunda generación de críticas" ha contribuido substancialmente a reflexionar sobre los límites de la agenda de construcción de "paz liberal". Entre otros aspectos, ha permitido entender y deconstruir las bases estructurales de la intervención internacional y a incorporar al debate a diversas perspectivas post-positivistas que han aportado matices y enfoques alternativos sugerentes y estimulantes.[27] En esa búsqueda de visiones alternativas que superen el paradigma hegemónico de la paz liberal se constatan tres formas diferentes de entender la paz: una enfoque de "paz consecuencialista" que aspira sobre todo a reconocer los límites de la paz liberal y a estar predispuesto a que los operativos de paz incorporen todos aquellos elementos que la hagan más eficaz, legítima y sostenible; un enfoque de "paz social o emancipadora" que cuestiona la dimensión "securitizadora" de la paz liberal y aboga por un énfasis en la dimensión social y relativa al bienestar y dignidad de las sociedades afectadas por la violencia; y un enfoque de "paz multicultural" que cuestiona cualquier idea universalizadora de paz y la importancia de respetar las múltiples y diversas nociones de "paz" que emerjan del contexto post-violencia en cuestión. Todas estas aproximaciones, sin embargo, confluyen en la importancia de visibilizar e impulsar las visiones, actores y agencia que emanan de "lo local".[28]

La reflexión en el ámbito académico sobre el papel de lo local ha supuesto un debate muy intenso y prolífico sobre las formas en que esta dimensión puede ser clave para una verdadera transformación de los conflictos. Pero más allá de un debate circunscrito al ámbito académico, existen evidencias que indican que desde el plano operativo, de las organizaciones internacionales, se asume una parte de la crítica reconociendo la necesidad de una mayor sostenibilidad y legitimidad de las operaciones de paz que haría necesario ese "giro a lo local". Seguramente, el concepto que mejor ha aglutinado esa

---

26 CHANDLER, D., "International Statebuilding: The Rise of Post-Liberal Governance", Oxon, Routledge, 2010.

27 Véase RICHMOND, O. P. y MAC GINTY, R., 2014., pp. 4-13.

28 MATEOS, O. "La Construcción de paz posbélica: análisis de los debates críticos a través del caso de Sierra Leona", tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2012.

supuesta voluntad es el de "apropiación local" (*local ownership*), entendido como "el grado en que los actores domésticos controlan tanto el diseño como la implementación de los procesos políticos".[29] Según Mac Ginty y Richmond, es posible trazar la creciente presencia de este término en los documentos oficiales de organismos internacionales vinculados a la agenda internacional de construcción de paz en los últimos años. Esto sugiere, señalan ambos autores, "que las organizaciones internacionales son conscientes de las ventajas que se obtienen con una mayor legitimidad y sostenibilidad al cooperar con socios locales".[30] En la Tabla 1 se enumeran algunas de las organizaciones y los documentos en los que la idea de lo "local" aparece de forma central en sus discursos. Bargués-Pedreny, por su parte, alude a la creciente relevancia de esa idea en algunos de los documentos de referencia que Naciones Unidas ha publicado en los últimos años sobre los aspectos que deben guiar una construcción de paz si quiere aspirar a ser sostenible y legítima.[31] Incluso instituciones como el Banco Mundial han reconocido el impacto positivo de las estrategias que operan con más consentimiento local en lugar de resistencia.[32]

Tabla 1. Frecuencia en que se menciona el término 'local' en los principales documentos de construcción de paz

Organización	Año de publicación	Título del informe	Número de páginas	Número de veces que se menciona el término 'local'
Naciones Unidas	2000	Informe Brahimi	170	46
Naciones Unidas	2005	In Larger Freedom	6	5
Naciones Unidas	2010	Revisión de la Arquitectura de construcción de paz de NNUU	41	11
Banco Mundial	2011	Informe del Desarrollo Mundial	286	382

29 MATEOS, O., 2012.

30 MAC GINTY, R. y RICHMOND, O. P., 2013, pp. 771-772; Véase también PAFFENHOLZ, T., "Unpacking the local turn in peacebuilding: a critical assessment towards an agenda for future research", Third World Quarterly, Vol. 36, nº 5, 2015, pp. 857-874

31 BARGUÉS-PEDRENY, P. "Deferring Peace in International Statebuilding. Difference, Resilience and Critique", London, Routledge, 2018. En este sentido, el autor destaca, entre otros, el informe del Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, "La consolidación de la paz inmediatamente después de los conflictos" de 2009, en el que se afirma: "Ante todo, sabemos que la consolidación de la paz es un reto y una responsabilidad nacional. Sólo los actores nacionales pueden abordar las necesidades y los objetivos de su sociedad de manera sostenible".

32 MAC GINTY, R. y RICHMOND, O. P., 2013, pp. 771.

PNUD	2011	Gobernanza para la paz: garantizar el contrato social	124	197

Fuente: Mac Ginty y Richmond, 2013, p. 772

A pesar de la presencia creciente de lo 'local' como un aspecto esencial para lograr una agenda de construcción de paz internacional no tan vertical, más negociada y participada, y por lo tanto, más legitimada y dispuesta a priorizar por las necesidades y visiones locales, lo cierto es que multitud de estudios de caso ponen de relieve hasta qué punto este "giro a lo local" en el ámbito operativo es más retórico y discursivo que real. El caso de Sierra Leona, país que entre 2002 y los siguientes años presenciaría una de las operaciones de construcción de paz más ambiciosas de la historia de Naciones Unidas, deja algunas reflexiones al respecto. La más importante es que la "apropiación local", término muy presente en buena parte de los documentos de las principales reformas de construcción de paz en este país, acabó convirtiéndose en un concepto "polisémico" que llevó a que los diferentes actores presentes en el país (organismos internacionales, gobierno, organizaciones de la sociedad civil, etc.) lo interpretaran de forma muy diferente, significando para los actores locales un alto grado de protagonismo de lo local en el diseño e implementación de las reformas, pero siendo para los actores internacionales sobre todo un horizonte deseable que no es factible hasta que los actores locales tengan las capacidades que supuestamente son imprescindibles para construir paz. Este hecho puso de relieve cómo la "apropiación local" en Sierra Leona acabó convirtiéndose en un principio básico en el plano retórico, pero muy disputado y conflictivo a la hora de traducirlo al ámbito operativo. Las relaciones jerárquicas y verticales entre actores fueron, de este modo, nuevamente determinantes para reinterpretar una idea que disfrazó un cambio en el discurso pero no en la práctica y que, por lo tanto, siguió haciendo frente a los mismos problemas.[33]

Finalmente, cabe señalar también que este debate sobre la 'localización' de la agenda internacional de construcción de paz se inscribe en un contexto regional y global de cambio de las tendencias sobre la conflictividad armada y de los discursos y prioridades internacionales. La llamada "lucha contra el terrorismo" en África, intensificada en la última década a raíz de la situación en las regiones del Sahel, del Cuerno de África o de la Cuenca del Lago Chad (con la presencia de Boko Haram), ha diluido la agenda internacional de

[33] Véase, entre otros, MATEOS, O., "¿De quién es la paz? Analizando el principio de "apropiación local" en el proceso de construcción de paz posbélica de Sierra Leona", en MATEOS, O. y GRASA, R. *¿Una nueva era para África?: nuevos desafíos y perspectivas sobre paz y seguridad en África*, 2014, pp. 235-268.

construcción de paz. En ese contexto las agendas bilaterales de actores como Estados Unidas, Francia o China apuestan cada vez de forma más decidida por una estrategia militarizada y vertical, que aunque en ocasiones está barnizada de la idea de construcción de paz, aboga claramente por la contención militar del terrorismo en los lugares que perciben como especialmente vulnerables. La paradoja es que, a mayor militarización, esta agenda internacional reconoce nuevamente sus escasos "resultados" y se gira nuevamente "a lo local" para explorar alternativas a sus numerosos problemas.[34]

3. EL ODS 16 EN EL DEBATE SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ

La primera parte del capítulo ha planteado dos aspectos clave. Por un lado, se ha analizado de qué forma la construcción de la agenda internacional de construcción de paz se ha configurado desde la década de los noventa en base a un doble consenso sobre la naturaleza de los conflictos de posguerra fría y sobre el tipo de "recetas" que son necesarias para abordar esta conflictividad. Por otro lado, se ha señalado de qué formas el creciente cuestionamiento de los resultados y la forma de proceder de dicha agenda ha llevado al modelo de paz liberal a buscar formas más "localizadas" de construir la paz en aras de alcanzar una mayor sostenibilidad de sus resultados y una mayor legitimidad de su presencia. Esta segunda parte pretende, precisamente, observar hasta qué punto el ODS 16, que forma parte de una Agenda 2030 que ha contado a priori con una mayor diversidad de voces en su construcción y que se ha fundamentado en una visión más compleja e interdependiente de la paz y el desarrollo, es también el resultado de las críticas y debates efectuadas al modelo de paz liberal durante los últimos años, o por el contrario, si ha acabado reproduciendo algunos o la mayoría de los problemas analizados en la primera parte. Se observará también de qué forma la idea de "apropiación" o "participación" local aparecen o no en la concepción y despliegue del ODS 16.

3.1. Genealogía, características y un primer balance del ODS 16

La Agenda 2030 nace en un contexto muy diferente al que dio luz a su predecesora, la Agenda del Milenio. A diferencia de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), los 17 ODS nacen en un contexto en el que los problemas y soluciones ya no son exclusivamente definidos desde el Norte global hacia el Sur global, sino en una clave mucho más compartida. Los efectos de la

---

[34] Véase, entre otros, INTERNATIONAL CRISIS GROUP (ICG), "A Course Correction for the Sahel Stabilisation Strategy", Report nº 299, 2021, en: https://www.crisisgroup.org/africa/sahel/299-course-correction-sahel-stabilisation-strategy

crisis climática, las crecientes desigualdades y los retos en el ámbito del trabajo decente, por citar algunos ejemplos, son desafíos muy transversales que afectan, aunque con diferente intensidad y escala, al conjunto de las sociedades del planeta. Asimismo, la correlación de fuerzas a nivel global ha cambiado, el centro de gravedad se ha desplazado hacia los países asiáticos, generando una nueva inercia que, como mínimo, contribuye a una mayor pluralidad y distribución del poder. Cuando se empieza a discutir y definir la Agenda 2030 en julio de 2012, con la creación por parte del Secretario General de las Naciones Unidas del 'Panel de Alto Nivel para la Agenda de desarrollo post-2015', la agenda internacional de construcción de paz se enfrenta a nuevos retos resultantes de la crisis libia en un escenario como el del Sahel y la situación en un contexto como Siria empieza a mostrar signos de convertirse en un conflicto a gran escala. A nivel discursivo, se ha securitizado enormemente el debate sobre los 'estados frágiles', a la vez que se afianza la convergencia retórica entre desarrollo, seguridad y paz como vínculo ineludible para transformar cualquier contexto de violencia.

Ese marco de fondo es el que determina la configuración del ODS 16 a partir de entonces y hasta la aprobación definitiva de la agenda, con algunos elementos sorprendentes explicados en detalle, por ejemplo, por Cling, Razafindrakoto y Roubaud.[35] Para dichos autores, el nacimiento del ODS 16 va a ser controvertido, por diversos motivos. Primero, porque el grueso de los países del Sur global, agrupados en el G-77,[36] va a cuestionar inicialmente el intento del Panel de Alto Nivel de incorporar al borrador dos objetivos vinculados al ámbito de la gobernanza: uno relacionado con la buena gobernanza y la calidad de las instituciones, con fuertes referencias a los valores democráticos y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y un segundo objetivo relacionado con la paz y la seguridad, basado en la proclama de que "no hay paz sin desarrollo". Segundo, porque la negociación se va a caracterizar precisamente por las escisiones en este grupo y por la alineación progresiva de los países africanos con la demanda del Panel de incorporar objetivos relacionados con la paz y la gobernanza. Esto provocará que el ODS 16 se apruebe in extremis, como consecuencia de una ardua negociación y del creciente aislamiento de China, India y Rusia, países que hasta ese momento se oponían a la inclusión de esta cuestión, a diferencia, por ejemplo, de Brasil, favorable a su inclusión. Los dos objetivos iniciales, sin embargo, se fusionarán en uno

---

35 CLING, J.P., RAZAFINDRAKOTO, M. y ROUBAUD, F. "SDG 16 on Governance and its measurement. Africa in the Lead", Afrique contemporaine, nº 258, 2016, pp. 73-93.

36 El G77, o Grupo de los 77, es una organización intergubernamental que agrupa a un gran número de países del Sur global. Tiene su origen en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) de 1964 y tiene como principal objetivo promover los intereses económicos de sus miembros fundadores. El G77 cuenta actualmente con 134 miembros.

solo, si bien diluyendo, sostienen los autores, el contenido de los redactados iniciales y eliminado cualquier referencia a la noción de 'democracia'.

Los motivos por los cuales los gobiernos africanos se van adherir a la petición de un objetivo sobre gobernanza, paz y seguridad, alineados, entre otros, con los miembros de la Unión Europea (UE), pueden ser diversos. Según Cling, Razafindrakoto y Roubaud, el apoyo era, por un lado, coherente con algunos de los instrumentos impulsados en los años anteriores por la propia Unión Africana (UA) como la 'Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernanza' de 2007 o la Agenda 2063, aprobada en 2013, y que contemplaba la gobernanza como un pilar principal. Por otro lado, los autores consideran también que los líderes africanos perseguían la "estatura, legitimidad o apoyo a nivel continental o internacional de la que no gozaban a nivel nacional" y, en el fondo, que esta cuestión suponía una "cortina de humo" para "desviar la atención de la debilidad de sus instituciones".[37] Las motivaciones, ciertamente, pueden ser diversas, pero tienen también que ver, como señalaremos más adelante, con la capacidad del consenso de la paz liberal -que entiende la paz como 'gobernanza' y 'construcción de estado'- de hacerse hegemónico.

El ODS 16 planteará finalmente el objetivo de "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles" y contará con un total de 12 metas (véase Tabla 2) y 24 indicadores.

Tabla 2. Metas del ODS 16 para "promover sociedades pacíficas e inclusivas"

16.1.	Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo
16.2.	Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños
16.3.	Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos
16.4.	De aquí a 2030, reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada
16.5.	Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas
16.6.	Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas
16.7.	Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades
16.8.	Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial

[37] CLING, J.P., RAZAFINDRAKOTO, M. y ROUBAUD, 2016, p. 76.

16.9.	De aquí a 2030, proporcionar acceso a una identidad jurídica para todos, en particular mediante el registro de nacimientos
16.10.	Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.
16.a.	Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia.
16.b.	Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible

La evolución de los resultados hasta ahora, medida a partir de los diferentes indicadores y planes nacionales existentes, ha sido desfavorable, especialmente tras el impacto que la COVID-19 ha tenido en muchos de los indicadores.[38] Según el Institute for Economics & Peace (IEP), aunque algunas formas de violencia disminuyeron en el corto plazo debido a los confinamientos, el conjunto de las restricciones adoptadas por los gobiernos y la incertidumbre económica resultante de la pandemia supusieron un aumento de los disturbios civiles en el año 2020,[39] mientras que, por poner solo otro ejemplo, las agresiones contra defensores de los derechos humanos, periodistas y sindicalistas se dispararon.[40] Todo ello hace prever un retroceso de algunas de las metas del objetivo, una tendencia que es probable que se agudice en los próximos años.

3.2. Deconstruyendo el ODS 16: contradicciones y problemas de la construcción de paz en la Agenda 2030

En la primera parte hemos analizado tres aspectos que la "segunda generación" de críticas a la agenda internacional de construcción de paz señaló como problemáticos: i) la construcción de una "paz negativa" o "virtual" como principal resultado; ii) el carácter exógeno y vertical de la agenda y la poca participación local, y iii) y la existencia de motivaciones estratégicas y securitizadoras en los actores internacionales que configuran la agenda. Como acabamos de ver, sin embargo, la Agenda 2030 nace en un contexto internacional muy diferente al de la década de los noventa, momento en el que la agenda internacional de construcción de paz despega, tanto por la nueva correlación de fuerzas que existe a nivel global, como por el cuestionamiento que, sobre todo desde el plano académico, la agenda internacional de construcción de

---

38 Véase, entre otros, NAIDOO, R. y FISHER, B., "Sustainable Development Goals: pandemic reset", *Nature*, Vol. 583, 2020, pp. 198-201.

39 INSTITUTE FOR ECONOMIC & PEACE (IEP), "Global Peace Index 2021. Measuring peace in a complex world", 2021, en: https://www.economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2021/06/GPI-2021-web.pdf

40 BARANYI, S., SAMY, Y. y WASHUTA, B., 2021, p. 729-730.

paz ha recibido. Un análisis de las metas, indicadores y discursos que han rodeado la configuración y seguimiento del ODS 16 nos permite conjeturar si dicho objetivo se construye en base a esta nueva realidad más crítica y plural o bien reproduce los problemas ya señalados con la agenda internacional de construcción de paz.

3.2.1. Paz negativa vs Paz positiva

El ODS 16 presenta a priori un elemento muy positivo: su formulación ha permitido una concreción considerablemente ambiciosa a la hora de medir la violencia directa que afecta al conjunto de sociedades a nivel global, tanto si se encuentran en contextos bélicos o no. Las metas 16.1 y 16.2 (véase Tabla 2), en concreto, plantean indicadores que miden el número de homicidios en un contexto determinado, diferentes tipos de violencia directa (física, psicológica, sexual), la percepción subjetiva de seguridad, así como diferentes formas de violencia que afectan, en particular, a los menores. Este enfoque es positivo por dos motivos. Primero, porque al medir la violencia en contextos no estrictamente, o no declaradamente, bélicos, nos permite visibilizar la violencia directa en países como México, Sudáfrica o los EEUU, y no exclusivamente en los "sospechosos habituales", y a la vez, porque desde un análisis crítico, nos lleva a deducir que en esta realidad de violencia directa subyacen unos niveles de violencia estructural (desigualdades, etc.) muy elevados. Segundo, porque visibilizar la medición explícita de la violencia sexual en algunos de los indicadores e incluso subindicadores,[41] nos ayuda a entender que las mujeres son objeto de muchas de las formas directas de violencia en contextos de conflictividad, bélica o no. La inclusión del fenómeno de la "violencia sexual", apunta Ruíz-Giménez, es "el reflejo de los logros del movimiento feminista en las últimas dos décadas". El ODS 16, señala también la autora, ha acertado en desvincularse de la fijación internacional hasta ese momento de entender la violencia sexual como algo exclusivo de los contextos bélicos, dejando fuera otras formas de violencia machista transversales a cualquier otro contexto.[42] Esta visibilización de la violencia directa sufrida por las mujeres que el ODS 16 visibiliza, sin embargo, debe combinarse con el análisis del ODS 5 ("Igualdad de género y empoderamiento de la mujer"), en aras de entender también algunos aspectos más vinculados con la violencia estructural.

En contraposición, la formulación del ODS 16 no ha sido capaz de trascender una visión restringida de la paz y ha acabado delimitando una concepción

---

41 El Subindicador 16.1.1.2. mide, por ejemplo, el "Número total de mujeres víctimas de homicidios dolosos o asesinatos consumados por cada 100.000 habitantes"

42 RUÍZ-GIMÉNEZ, I., "El ODS 16: paz, seguridad, gobernanza y desarrollo. ¿diálogos y prácticas convergentes?", en VVAA, *2030. Claves para la transformación sostenible*, Madrid, La Catarata, 2019, p.28

de esta nuevamente en clave de "paz negativa", es decir, como ausencia de violencia directa. Esta afirmación se fundamenta en dos cuestiones principales. Por un lado, las metas e indicadores del ODS 16 están orientadas a medir los efectos de la violencia directa (metas 16.1 y 16.2), pero sobre todo, la calidad de las instituciones en base a unos indicadores determinados (metas 16.3, 16.5, 16.6, 16.7, 16.9, 16.10, 16.a y 16.b), por lo que el ODS 16, como comentaremos más adelante, concibe la construcción de paz en tanto que 'paz como gobernanza'. Por otro lado, al sobredimensionar la medición de la violencia directa se obvian la dimensión internacional y transnacional en las causas de la violencia, un aspecto que las críticas a la agenda internacional de construcción de paz habían señalado con especial énfasis.[43] Los conflictos armados acaban siendo entendidos desde una dimensión esencialmente intraestatal, hecho que responsabiliza especialmente a los actores internos e invisibiliza las responsabilidades históricas y coyunturales de multitud de actores de toda índole en las causas de los conflictos. La Meta 16.4 ("Reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada") supone un tímido salto adelante en este sentido, si bien es del todo insuficiente si asumimos el papel que lo internacional y transnacional desempeña en muchas de las dinámicas bélicas, no sólo en cuanto a tráfico de armas o flujos ilícitos, sino también, por citar solo un ejemplo, en cuanto a procesos de desposesión de las tierras y de los bienes comunes que sufren multitud de personas en territorios como el Delta del Níger en Nigeria o el este de la República Democrática del Congo, así como la responsabilidad que actores no estatales como las grandes corporaciones o las empresas de seguridad privada tienen en estas dinámicas. Es cierto que existen otros instrumentos internacionales que tratan de apuntalar una cierta rendición de cuentas respecto a este hecho, tales como el Global Compact[44] o el Proceso de Kimberley.[45] Sin embargo, todos ellos mostraron una notable incapacidad de lograr un carácter vinculante en la actuación de los estados y actores responsables, además de que una cierta vinculación entre el ODS 16 y estos instrumentos también se podría haber establecido. En esta línea, Ruíz-Giménez señala la falta de metas e indicadores ligados al fortalecimiento de la legislación internacional y a mecanismos de supervisión de los compromisos ya existentes.[46] Asimismo, Sanahuja apunta algunas limitaciones de la meta

---

43 DUFFIELD, M. "Las nuevas guerras en el mundo global. La convergencia entre desarrollo y seguridad", Madrid, La Catarata, 2004.

44 El Global Compact es un instrumento de Naciones Unidas para impulsar la responsabilidad social empresarial en el mundo. Véase https://www.unglobalcompact.org/

45 El llamado Kimberley Process Certification Scheme (KPCS) es un sistema de certificaciones diseñado para evitar que los diamantes procedentes de países en conflicto armado entren en el mercado de los diamantes.

46 RUÍZ-GIMÉNEZ, I., 2019, p. 30.

16.4. Al margen de la mención a las armas ligeras en el indicador 16.4.2., el ODS 16 revela "un claro sesgo a favor de los proveedores, mientras que la carga de limitar sus efectos dañinos recaerá principalmente en los países en desarrollo frágiles y en conflicto".[47]

Por todo ello, el ODS 16 vuelve a reproducir en su conjunto una visión, algo más matizada eso sí, de la "paz negativa". Un objetivo, por lo tanto, más preocupado por los efectos y la dimensión intraestatal de la violencia, que por afianzar una concepción de la paz mucho más ambiciosa y amplia, más en la línea de lo que también plantea en el fondo la idea de "seguridad humana".[48] En el plano retórico, es cierto que la formulación del objetivo alude a la idea de "paz sostenible e inclusiva", recogiendo, de alguna manera, los aportes críticos que señalaban la insuficiencia de la agenda internacional de construcción de paz. No obstante, su plasmación acaba traduciéndose en una paz restringida a la dimensión negativa y esencialmente institucional, dejando fuera muchos otros elementos. Es cierto también que el ODS 16 se inscribe en una Agenda que contempla muchos otros aspectos y en la que aparecen objetivos que, esta vez sí, abordan aspectos de la violencia estructural, tales como las desigualdades de todo tipo, el empleo decente o la falta de oportunidades. Alrededor de la mitad de las 169 metas que concretan los 17 ODS de la Agenda 2030, apunta Sanahuja, aluden de manera directa a componentes de la "paz positiva".[49] No obstante, esa interconexión debería haber condicionado mucho más la construcción del propio ODS 16. Si asumimos el potencial "plus" de este, basado en la máxima de que no puede haber paz si no hay desarrollo, la medición de la paz debería haber contemplado aspectos mucho más amplios, vinculados, por ejemplo, al bienestar de las personas. En el fondo, se asume que cuando hablamos de paz nos referimos a sociedades con menos violencia directa y mejores niveles de gobernanza, pero no a una erradicación mucho más visible de la violencia estructural.

3.2.2. Localización y participación vs élite-centrismo y tecno-centrismo

Un segundo aporte crítico sobre la agenda internacional de construcción de paz tiene que ver con la dimensión exógena, estandarizada y vertical que las operaciones de construcción de paz adquirieron desde los noventa, un aspecto que, dados los escasos resultados obtenidos por dichas operaciones, el principio de apropiación local ha tratado de enmendar. La Agenda 2030 y el ODS 16, ya hemos señalado, emerge en un contexto muy diferente, en el que las voces de los diferentes actores estatales tienen a priori un mayor

---

47 SANAHUJA, J.A., 2018, p.43.

48 PÉREZ DE ARMIÑO, K. y MENDÍA, I. (Coords.), *Seguridad humana. Aportes críticos al debate teórico y político*, Bilbao, Tecnos/HEGOA, 2013.

49 SANAHUJA, J.A., 2018, p.33.

protagonismo en su negociación y configuración. La Meta 16.8, además, incide en la necesidad de "Ampliar y fortalecer la participación de los países en desarrollo en las instituciones de gobernanza mundial".

De la misma manera, cabe señalar que la gestación de la Agenda contó también con un complejo proceso de consultas nacionales y regionales, articuladas en torno a diferentes temas, en las que participaron más de un millón de personas, organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, representantes del sector privado o del ámbito académico, y medios de comunicación, que incluso impulsaron una red virtual interactiva de alcance mundial llamada *"The World We Want"*.[50] En su implementación también cabe visibilizar los intentos de "localizar" la Agenda, en dos sentidos. Por un lado, estableciendo marcos de seguimiento y rendición de cuentas voluntarios por parte de los países, como son los denominados *Voluntary National Reviews* (VNR). Por otro lado, vinculando el potencial éxito de la Agenda a su descentralización, es decir, a la participación efectiva de entes locales y regionales o a la implicación de organismos tan importantes como la Unión de Ciudades y Gobiernos Locales (UCGL) en su diseminación y seguimiento. Todos estos aspectos dan cuenta del intento real de que la agenda suponga de forma efectiva un punto de inflexión respecto a la verticalidad con la que se han llevado a cabo muchas veces la mayoría de instrumentos internacionales, que a posteriori han mostrado ser enormemente estériles en sus cometidos.

Cabe, sin embargo, hacer dos apuntes críticos. En primer lugar, la mayor participación y pluralidad no puede esconder el carácter estadocéntrico y élite-céntrico que las negociaciones sobre la configuración final de la Agenda han tenido. Es cierto, que la creciente dimensión multi-nivel de la gobernanza global ha permitido una mayor participación y consideración de otros actores, pero a la postre, la negociación política y la concreción de los 17 ODS responde a lógicas mucho más vinculadas a los intereses nacionales, más o menos porosos a la voluntad y a las aportaciones de sus respectivas sociedades. La concepción del ODS 16, por lo tanto, como objetivo vinculado a la gobernanza y a determinados aspectos de la paz y la seguridad, es la síntesis de la disputa entre visiones, agendas y narrativas contrapuestas que se dirimen en un plano alejado del ámbito social, como hemos visto en la posición que países como China, Rusia o India, o bien los estados africanos y la UE mantenían respecto a la esencia del objetivo en cuestión. En este sentido, es muy difícil establecer qué grado de inclusión han tenido las aportaciones procedentes de

---

50 AYUSO, A., "Participación y rendición de cuentas en la localización de la Agenda 2030", Colección Monografías CIDOB, 2017, en: https://www.cidob.org/articulos/monografias/objetivos_de_desarrollo_sostenible/participacion_y_rendicion_de_cuentas_en_la_localizacion_de_la_agenda_2030

movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil o del ámbito académico y de los think tanks.

Un caso concreto que nos permite observar este desacople entre élites y actores sociales es el análisis de los VNR. Baranyi, Samy y Washuta apuntan dos cuestiones importantes al respecto. Por un lado, destacan la arbitrariedad con que los países adoptan los VNR de forma más o menos ambiciosa, dado, precisamente, su carácter voluntario, destacando en el caso de los países africanos, la elevada implicación del gobierno de Sierra Leona, en contraposición al escaso interés de otros países como Níger o la República Democrática del Congo. Por otro lado, en su estudio de campo señalan cómo todos los gobiernos de los países analizados habrían declarado incorporar a las organizaciones de la sociedad civil nacionales en los procesos de nacionalización y localización de los ODS en sus países, si bien se trataba de un aspecto dudoso y poco contrastado.[51] En este sentido, la relación entre gobierno y sociedad civil en contextos de construcción de paz ha demostrado ser muy controvertida y tensa, precisamente, por la denuncia de las organizaciones de la sociedad civil del escaso protagonismo que tanto gobiernos como actores internacionales les confieren en estos procesos.[52]

Una segunda precisión que merece la supuesta localización del ODS 16 entronca con una de las cuestiones más significativas que la "segunda generación de críticas" pondrá de manifiesto: al impulsar una agenda de desarrollo que necesita una concreción técnica, la construcción de paz se acaba convirtiendo en una herramienta estandarizada y técnica que obvia que la paz es sobre todo un pilar político central del contrato social de cualquier sociedad.[53] Aunque es una contradicción difícil de resolver, por la inercia tecnicista de muchas de las agendas internacionales, esta cuestión pone de relieve la importancia del protagonismo local y social en cualquier debate o proceso decisorio, por su capacidad crítica y cuestionadora de los actores con más poder, y por su capacidad de visibilizar e incorporar los intereses y visiones del conjunto de la sociedad. Asimismo, autores como Satterthwaite y Dhital consideran que el ODS 16 mide aspectos muy limitados de la paz, la justicia y la gobernanza, haciéndose eco, por ejemplo, de cómo en el ámbito del acceso a la justicia, los indicadores en los VNR acaban aludiendo a la dimensión 'formal' de la justicia ignorando, de este modo, las instituciones 'informales', fundamentales en el funcionamiento de multitud de contextos.[54] En definitiva, apuntan

---

51 BARANYI, S., SAMY, Y. y WASHUTA, B., 2021, pp.739-740.

52 MATEOS, O., 2014.

53 Véase, entre otros, CRAMER.C., 2006.

54 SATTERTHWAITE, M. L. y S. DHITAL, 2019. "Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in SDG16.3", *Global Policy*, Vol. 10. nº51, pp.96–109.

Fukuda-Parr y McNeill, la excesiva "tecnificación" del ODS 16 ha ido en detrimento de su capacidad transformativa.[55]

3.2.3. Paz como gobernanza y construcción del estado

El tercer debate sugerido por la "segunda generación de críticas" aludía a las motivaciones e intereses que han guiado desde los noventa la configuración de una determinada visión de la paz y de un modelo que ha acabado siendo hegemónico. Se señalaba así el relevante peso que en esta cuestión tienen los actores con más poder en el orden internacional y se ponía de relieve hasta qué punto la construcción de paz puede convertirse en un instrumento de poder y no en una agenda de transformación social.

Al igual que sucediera con la 'Agenda para la Paz' de Bouthros Ghali, la Agenda 2030 no es el resultado de una única visión o tradición de la paz, sino la hibridación de diversas perspectivas, debates y marcos internacionales que vienen interaccionando desde hace décadas. El principal enunciado del ODS 16 puede subdividirse en dos pilares principales: primero, "promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible" y, segundo, "facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles". Estos dos pilares responden a dos agendas, una más vinculada a la paz y a la seguridad y a la convergencia de estos dos aspectos con el desarrollo, y una segunda a la construcción de la paz como construcción de gobernanza e instituciones sólidas. A pesar de la gestación más plural de los ODS a la que ya hemos aludido, en el ODS 16 encontramos los rasgos más importantes del "consenso de la paz liberal", pero sobre todo, de la evolución de dicho consenso a una versión más "liberal-realista", en el que énfasis en la construcción de instituciones sólidas se entiende como fundamental para entender que la paz es ante todo construcción de estado. La mención a la "lucha contra el terrorismo" (Meta 16.a), y especialmente la prevalencia de metas vinculadas a la agenda de la gobernanza (ocho de las 12 metas), construyen un ODS 16 heredero del modelo de construcción de paz post-11-S, que a tenor de los discursos más críticos, es un modelo orientado a contener los efectos de la violencia pero no a transformar sus causas principales.

De este modo, el ODS 16 resultante no da la sensación de haber incorporado las aportaciones de los debates más críticos que señalaban la necesidad de considerar visiones silenciadas y alternativas al modelo hegemónico de construcción de paz. Cabe señalar al menos dos de estos enfoques alternativos. Por un lado, la propuesta de un modelo de 'construcción de paz social o

---

55 FUKUDA-PARR, S. y D. MCNEILL, "Knowledge and Politics in Setting and Measuring the SDGs: Introduction to Special Issue", Global Policy, Vol. 10, nº1, 2019, pp. 5–15.

emancipadora' que desde la teoría crítica o desde enfoques gramscianos se ha planteado es contrastable en algunas partes del conjunto de la Agenda 2030, pero no específicamente en el ODS 16. Esta visión alternativa de la construcción de paz apela a la necesidad de enfatizar la paz positiva y la dimensión social y del bienestar humano y medioambiental como forma de construir la paz. Mucho menos parece tener cabida una propuesta más 'multicultural' de construir la paz que desde perspectivas post-coloniales y post-estructuralistas han invitado a dar voz y a entender la paz a partir de un debate mucho más intersubjetivo, diverso y plural sobre lo que puede significar construir la paz en cada contexto.[56]

Estas visiones alternativas al modelo hegemónico de construcción de paz sitúan, precisamente, el ámbito de lo local en el centro. La Agenda 2030 y el ODS 16, en particular, evocan una cierta retórica que ensalza la idea de apropiación o de participación local como una condición importante. Sin embargo, en el apartado anterior observamos los límites de ese intento de "localización" y la tendencia de las élites políticas a co-optar el conjunto de los procesos y negociaciones. En el siguiente y último apartado analizaremos el intento de multitud de organizaciones sociales de todo el mundo de reivindicar un verdadero proceso de apropiación de la Agenda 2030 y del ODS 16.

3.3. El caso de la "Declaración de Roma" y la apropiación local del ODS 16

En mayo de 2019 se reunieron en Roma (Italia) decenas de organizaciones de la sociedad civil de diferente procedencia. La conferencia, convocada por la red TAP (Transparency, Accountability, and Participation) para el impulso de la Agenda 2030, aspiraba a hacer un balance de los avances mundiales en la consecución del ODS 16. Los objetivos principales eran varios, a saber: compartir conocimientos, casos de éxito y buenas prácticas; identificar áreas de preocupación y retos compartidos, y sugerir formas de avanzar en términos de políticas, asociaciones y acciones coordinadas a todos los niveles, así como formas específicas de aprovechar las interrelaciones entre el ODS 16 y los demás Objetivos, reconociendo el carácter multiplicador (plus) del ODS 16. Los debates pretendían también preparar el Foro Político de Alto Nivel que al cabo de unos meses tenía previsto celebrarse en Nueva York y que tenía como principal cometido hacer balance de los 17 ODS.

El encuentro finalizó con la llamada "Declaración de la sociedad civil de Roma sobre ODS 16 +",[57] un documento que fue revisado y ampliado dos años

---

56 Véase MATEOS, O., 2012.

57 "Compromisos amplificados y alianzas ampliadas para una acción acelerada: Declaración de la sociedad civil de Roma sobre ODS 16+", en: https://tapnetwork2030.org/wp-content/uploads/2019/06/Declaraci%C3%B3n-de-Roma-SDG-16-ESP-2.pdf

más tarde, en 2021.[58] De ambos documentos se desprenden al menos dos aspectos muy relevantes estrechamente vinculados con algunos de los déficits y problemas señalados en torno al ODS 16. Un primer aspecto subrayado por la Declaración es la reivindicación de una mayor inclusión de la sociedad civil en el impulso del ODS 16 apelando a un "enfoque colectivo" que tenga en cuenta los actores sociales y que garantice su protección para poder ampliar el "espacio cívico":

"La participación de la sociedad civil y el compromiso ciudadano son vitales para lograr la implementación de la Agenda de desarrollo sostenible, especialmente a nivel local y de base. Por lo tanto, es vital que garanticemos la protección adecuada de estos actores y que creemos un entorno habilitante operativo para que ellos impulsen la implementación. Hacemos un llamado a los actores, y especialmente a los Estados miembros, a tomar medidas inmediatas para mejorar las protecciones para la sociedad civil y combatir la reducción del espacio cívico: ampliar el espacio de la sociedad civil y crear un entorno propicio en el que la sociedad civil pueda operar y reunirse de forma libre y segura […] especialmente en contextos afectados por conflictos y frágiles."

Esta visión sociocéntrica también apela a la visibilización del conjunto de actores sociales, denominados en el documento como "sociedad integral", especialmente de aquellos más afectados por la violencia o la injusticia, considerando a las mujeres y a los jóvenes como actores clave en la construcción de paz. La sociedad civil, asegura el texto, debe ser capaz de representar y consultar adecuadamente a comunidades locales y grupos de base para garantizar la rendición de cuentas, en lo que se interpreta como una defensa de un enfoque de abajo a arriba (*bottom-up*) de la construcción de paz:

"Tener en cuenta las opiniones y capacidades locales, proteger la legitimidad de la sociedad civil e incluir a nuevos interesados, como líderes religiosos y consuetudinarios, además de grupos religiosos, e incorporar una participación significativa en la toma de decisiones de mujeres, niños, jóvenes, minorías y otras personas vulnerables y grupos marginados."

Un segundo aspecto destacado por la Declaración entronca también con uno de los principales debates críticos, como es la necesidad de que la construcción de paz apueste por una dimensión de paz positiva, y por lo tanto, centrada en el bienestar de las personas y del planeta:

"La mejor manera de abordar las causas subyacentes de los conflictos, la inseguridad y la injusticia sistémica es a través de inversiones a largo plazo en las fases iniciales y de acciones tempranas para abordar la marginación y las desigualdades, promoviendo la inclusión y apoyando el desarrollo económico y humano. […] *La universalidad de*

---

58 "A Renewed Call for Strengthening Commitments, Partnerships, and Accelerated Action for SDG16+ 2021 Rome Civil Society Declaration on SDG16+", en: https://tapnetwork2030.org/wp-content/uploads/2021/07/2021Rome-Declaration_FinalForEndorsements-1.pdf

la agenda obliga a construir una paz basada en la participación inclusiva, económica, ambiental y social, la justicia e instituciones inclusivas, que sean responsables tanto a nivel nacional como a nivel extraterritorial basado en principios de derechos humanos".

El texto, precisamente, denuncia la deriva securitizadora de la construcción de paz y advierte que el ODS 16 puede quedar atrapado en una visión restringida de la paz, a la vez que reivindica políticas y estrategias concretas para hacer frente a este problema:

"[…] hay un movimiento cada vez mayor para contabilizar el gasto en seguridad militar como una contribución "progresiva" al ODS16+, a pesar de los riesgos que esto conlleva para la paz y esfuerzos de desarrollo. Poner fin al aumento del gasto militar en seguridad a expensas de la paz, los derechos humanos, y la justicia. La prevención de conflictos y la financiación de la paz tendrían que ser priorizadas por sobre el gasto en defensa y la militarización."

Por todos estos aspectos, la Declaración de Roma supone una evidencia relevante de hasta qué punto las organizaciones de la sociedad civil de todo el mundo, vinculadas a las políticas y estrategias de construcción de paz, coinciden en visibilizar algunos problemas de fondo que, tal y como hemos analizado, el ODS 16 plantea. Una sincera y auténtica localización del despliegue del ODS 16 será clave para la sostenibilidad y legitimidad de este objetivo y del conjunto de la Agenda 2030.

4. CONCLUSIONES

El capítulo ha planteado varias cuestiones de fondo tras analizar el origen y las características del ODS 16. Primero, se considera que dicho objetivo se ha construido en base al llamado "consenso liberal de la construcción de paz" en la que las diversas corrientes de la paz aportan elementos que acaban configurando una visión de la "paz como gobernanza", en la que el estado tiene un papel protagonista en la gestión de las amenazas y la gestión de la violencia directa es el eje de las preocupaciones. Esto lleva a entender el ODS 16 y a la Agenda 2030 como un "desarrollo como gobernanza", lejos de una visión más emancipadora y alternativa de la paz. Segundo, aunque la gestación de la Agenda 2030 ha implicado una mayor pluralidad de voces y de actores, la implementación y aterrizaje del ODS 16 no ha incorporado suficientemente a las organizaciones de la sociedad civil que han reivindicado en diversos espacios una mayor 'localización' del ODS 16 y un mayor carácter transformador, como es el caso de las Declaración de Roma impulsada por decenas de colectivos sociales. Por todo ello, parece acertado afirmar que el ODS 16 acaba reproduciendo así algunos de los problemas criticados a la agenda internacional de construcción de paz hasta ahora.

EL CASO *DOE V. NESTLÉ* ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS: ¿CULMINA EL LARGO ADIÓS DEL *ALIEN TORT STATUTE?*

FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT [1]

SUMARIO: 1.-INTRODUCCIÓN. 2.-EMPLAZAMIENTO DEL CASO. 2.1. LECTURAS REDUCCIONISTAS DEL ATS. 2.2. EL SECTOR DEL CACAO Y SUS PROBLEMAS. 3.-LA DECISIÓN NESTLÉ. 3.1. ANTECEDENTES: DECISIONES DE INSTANCIA Y APELACIÓN. 3.2. DECISIÓN DEL TS. 4. –EVALUACIÓN. 4.1. ANÁLISIS CRÍTICO. 4.2. PROYECCIÓN. 5.- REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

"Nada se despide mejor que una bala", dice Philippe Marlowe en la excelente novela negra cuyo título he recogido en el de mi Ponencia, y podría suceder, respecto de un texto ya clásico en los ámbitos estadounidense e internacional, el *Alien Tort Statute*, sobre el que me extenderé más adelante, con motivo de la decisión del Alto Tribunal en el caso que da origen a esta aportación. Intento aquí poner en su contexto, analizar y evaluar aquélla respecto de los litigios transnacionales sobre derechos humanos, cuando surgen de actuaciones de las empresas y sus consecuencias, tanto hacia el interior como frente al exterior del sistema de los EE.UU. A este fin, destaco en primer lugar en estas observaciones liminares que nos hallamos en el marco del acceso a la justicia en el núcleo del ordenamiento internacional que, bajo el prisma de los objetivos de desarrollo sostenible, objeto de las presentes Jornadas, y, junto a las Profesoras Marullo y Bright, he podido desarrollar con cierto detalle en otra sede[2]. Valga ahora, entonces, solamente recordar el caudal de opiniones e iniciativas desde las más variadas instancias de la comunidad internacional que, acompasando una tendencia también prevalente en los medios

---

[1] Catedrático de Derecho internacional privado en la Universitat Jaume I de Castelló (zamora@uji.es). El presente estudio se ha desarrollado en el marco de la REDH-EXATA, (https://redhexata.com/), perteneciente a la AUIP, *Asociación Universitaria Iberoamericana de Postgrado*, (https://auip.org/es/). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 5 de enero de 2022.

[2] MARULLO, CH. M., BRIGHT, C. y ZAMORA CABOT, F.J., "El progreso hacia un Tratado Vinculante sobre empresas y Derechos Humanos a la luz del Objetivo de Desarrollo Sostenible Nº 16", en LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., (Dir.), *Nuevas dimensiones del Desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*, 2021.

académicos, se dirige a promocionar tal acceso, en especial cuando se trata de víctimas de graves violaciones de los derechos humanos[3].

En este punto, el *Alien Tort Statute* (*ATS* o *ATCA*), de cuya interpretación más reciente por el Tribunal Supremo de los EE.UU. versa, como he indicado, esta Ponencia, ha venido representando una cúspide respecto del referido acceso. Y ello, principalmente tras lo que pudiéramos llamar su relanzamiento por sendas Administraciones Demócratas, las de Carter y Clinton, instando su aplicación por el prestigioso Segundo Circuito Federal en, respectivamente, los casos *Filártiga* y *Karadzic*[4]. Como es sabido, se trata de un texto venerable, del periodo fundacional de la República, incluido en el *Judiciary Act of 1789* y codificado luego de la promulgación de las Normas Federales de Procedimiento Civil (FRCP) en 28 U.S.C. 1350: "Los Juzgados de Distrito tendrán jurisdicción originaria sobre cualquier acción civil de un extranjero por un ilícito (civil) -*a tort only*-, cometido en violación del Derecho de Gentes o un tratado de los Estados Unidos". Un texto que ha originado, además, una muy extensa jurisprudencia, junto a un acervo doctrinal de primer orden, tanto en ese país como en el plano comparado[5].

Avanzo ahora algunos apuntes sobre él, con las que culminaré estas reflexiones liminares. En primer lugar, que es un texto *sobre competencia jurisdiccional*, que abre la de las sedes federales de instancia de los EE.UU., tratándose de demandantes extranjeros y en los casos cubiertos por la norma. Lo dicho parece algo obvio, pero indicarlo no es ocioso porque, como veremos, en ocasiones se entrecruzan a su respecto los aspectos jurisdiccionales con los de proyección espacial de las leyes. Después, que, aun existiendo la posibilidad de invocar la competencia de las citadas sedes a partir del Artículo III, Sección 2 de la Constitución junto a la *alien diversity jurisdiction* codificada en 28 U.S.C. 1332 (a) (2)[6], recurrir al ATS es una opción bien fundada, porque, por ejemplo, se ha venido admitiendo la posibilidad de que las sedes federales provean a su través nuevos títulos para actuar -*causes of action*. Lo que se haría a través

---

3 He recogido un número de tales opiniones e iniciativas en mi trabajo "Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica", en *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2017, (3), p. 15 y s. Vinculando el reiteradamente citado acceso con su proyección técnica en términos de competencia judicial internacional vid., v.gr., las interesantes apreciaciones de FRANZINA, P., "The changing face of adjudicatory jurisdiction", en FORLATI, S. y FRANCINA, P. (Eds.), *Universal Civil Jurisdiction, Which Way Forward,* Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2021, pp. 170-187.

4 Vid., STEPHAN, P.B., "Privatizing International Law", *Virginia Law Review*, vol. 97, 2011, p. 1613.

5 Al que he podido contribuir, muy modestamente, en un número de estudios, entre los que, por ejemplo, destacaré aquí el presentado conjuntamente con MARULLO, CH., "Transnational human rights litigations. Kiobel's *Touch and Concern*: A test under construction", *Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2016 (1), pp. 1-38.

6 En supuestos como el que origina estas páginas, demandantes extranjeros y demandados del país, y una controversia cuyo valor pecuniario excede los 75.000 dólares.

del derecho común -jurisprudencial- federal, incorporando elementos del Derecho internacional de los derechos humanos. De ese modo, por ejemplo, se podría dar una calificación más ajustada a conductas cubiertas por este último, como las torturas, sin tener que utilizar las usadas en otros conjuntos normativos, como sería la calificación de lesiones- *battery*. Esa incorporación del Derecho internacional, asimismo, permite que las sedes federales puedan evaluar a los efectos oportunos tests ya consagrados en él, como el de ayuda e incitación, -*aiding and abetting*- de amplio recorrido, por ejemplo, en la jurisprudencia sobre el ATS referida a las empresas multinacionales[7]. Y junto a todo lo anterior, y concluyo ya este Apartado introductorio, conviene retener que muy mayoritariamente los litigios como el aquí tratado se resuelven en sus fases preliminares. Quiere esto decir que, en los supuestos en los que se admite la competencia, lo más probable es que las partes lleguen a acuerdos. De otro modo, preciso es entrar en la designación de la ley aplicable al fondo, a través de los distintos sistemas de conflicto de leyes que deben contemplarse por las sedes federales, aunque también existe práctica de aplicación *directa* del citado derecho común federal. En suma, los litigios relativos al ATS pueden tener matices propios, pero entran de lleno entre los cubiertos por el Derecho internacional privado, con sus planteamientos y técnicas, pudiendo ser considerados entonces como relativos a ilícitos civiles *especiales*[8].

2. EMPLAZAMIENTO DEL CASO

2.1. Lecturas reduccionistas del ATS

Antes de proceder a presentar y evaluar la respuesta del Tribunal Supremo en el caso que da origen a esta aportación, estimo conveniente referirme, siquiera de forma breve, a algunas de sus decisiones previas, en las que se evidencia un ánimo de restringir la aplicación del citado texto y que sintonizan con lo que parece, en general, un marcado desinterés respecto de las

---

7 Vid., v.gr., LINDSAY, E., et al. "United States: Whiters Public International Law Team files pro bono amicus brief with the USSC in case tackling human rights violations in the global chocolate industry", accesible en https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/Withers-public-international-law-team-files-pro-bono-amicus-brief-US-Supreme-Court-case-tackling-human-rights-violations-global-chocolate-industry y SIEFKAS, K. y CHEUNG, C., "Nestlé & Cargill v. Doe Series: Holding the aiders and abettors of atrocity to account", accesible en https://www.justsecurity.org/73774/nestle-cargill-v-doe-series-holding-the-aiders-and-abettors-of-atrocity-to-account/.

8 Estudiando los vínculos del derecho de ilícitos civiles con el ATS en el contexto de los ilícitos históricos y el Holocausto, vid., v.gr., VARDI, N., "Private law as restorative justice: Notes on its use from historical wrongs to human rights litigation", accesible en https://private-law-theory.org/?p=22683.

conductas realizadas en el extranjero. Cabe situar así lo que el Alto Tribunal lleva a cabo en *Nestlé* y adelanto ya como reflejo de ese ánimo, dentro de un peculiar *activismo judicial*, aunque no suceda en el sentido que usualmente se asocia con esta expresión[9]. Así, se ha podido afirmar que: "Esto se está convirtiendo en un acercamiento familiar del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (…) las demandas por actos cometidos en el extranjero se están arrojando -*pushed away*- de las riberas estadounidenses"[10].

Centrándonos en el ATS, el primer hito sería la decisión del Alto Tribunal en el caso *Sosa v. Álvarez -Machain*[11]. Lo más destacable, a los presentes efectos, sería cómo el Alto Tribunal entre los cinco estándares discernibles en la práctica de las sedes federales respecto de la determinación de qué violaciones del Derecho internacional se consideraban cubiertas por el ATS, acoge el que puede denominarse *Universal y Obligatorio*, referido a las lesiones graves de aquel Derecho, dejando al margen las simples infracciones del Derecho internacional consuetudinario[12]. En otro orden, la sentencia *Sosa* es importante también en la medida en que deja claro que el ATS por sí mismo no genera nuevos títulos para accionar -*causes of action*- sino que, como indiqué anteriormente, éstos podrían surgir del derecho común de las sedes federales, incorporando los mandatos del Derecho internacional[13]. Por su parte, en otro caso célebre, *Kiobel v. Royal Dutch Petrol Co.*[14], la restricción vino de importar a este ámbito del ATS un canon de interpretación de derecho sustantivo -el contrario a la aplicación extraterritorial de las leyes si éstas no la permiten de forma indubitada- que no le correspondería por su carácter de norma jurisdiccional, competencial. Pero, en la medida en que en su aplicación por las sedes federales, como acabo de indicar, sea susceptible de dar origen a nuevos

---

9 Vid., ACEVES, W.J., "Nestlé & Cargill v. Doe Series: Judicial activism, corporate exceptionalism, and the puzzlement of Nestlé v. Doe", accesible en https://www.justsecurity.org/73794/nestle-cargill-v-doe-series-judicial-activism-corporate-exceptionalism-and-the-puzzlement-of-nestle-v-doe/.

10 Vid., v.gr., KOTUBI, CH., *et al.* "Recent decisión on sovereign immunity highlits need for advancing planning when transacting with foreign sovereign entities", accesible en https://www.jonesday.com/en/insights/2015/12/recent-decision-on-sovereign-immunity-highlights-need-for-advance-planning-when-transacting-with-foreign-sovereign-entities, p.2; WILKINSON, L.E., "Piercing the chocolate veil: Ninth Circuit allows child cocoa slaves to sue under the Alien Tort Statute in *Doe v. Nestlé*", *Villanova Law Review Online*, vol. 63, 2018, pp. 29-36 y ZAMORA CABOT, F.J., "Acceso de las víctimas a la justicia y conductas en el extranjero: El Tribunal Supremo de los Estados Unidos da otra vuelta de tuerca en el caso *OBB Personenverkehr v. Sachs*, sobre inmunidad de jurisdicción", *REEI*, vol. 31, 2016, 15 pp.

11 592 U.S. 692 (2004). Apunto que en *Argentine Republic v. Amerada Hess*, en 1989, la USSC había dejado al ATS al margen de las demandas contra estados extranjeros.

12 Vid. ZAMORA CABOT, F.J. y MARULLO, CH., "Transnational human rights litigations. Kiobel's *Touch and Concern*: A test under construction", *op. cit.*, p. 9. Y *Sosa*, 592 U.S. 692, en 725.

13 592 U.S. 692, en 724.

14 133 S. Ct. 1659 (2013). Vid. v.gr., LÓPEZ, R., "The judicial expansion of american exceptionalism", *Duke Forum for Law & Social Change*, Vol. 6, (1), 2014, pp. 1-29.

títulos y, con ellos, la posibilidad de que se generen conflictos con otros estados, los *principios* de evitación de los mismos en los que se basa el citado canon se pueden extender al ATS, tratándose de conductas y sus efectos radicados en el extranjero[15]. Una argumentación algo forzada, en todo caso, en la que el Tribunal Supremo ha de dejar una oportunidad de aplicación al ATS cuando las pretensiones basadas en él, "toquen y conciernan" -*touch and concern*- a los Estados Unidos, con la suficiente intensidad como para desplazar a la presunción contra la extraterritorialidad[16]. Términos ambiguos y llamados a generar muchas dudas como, en efecto, ha venido sucediendo. Una nueva vuelta de tuerca se dio, asimismo, en otro caso sobre el ATS, *Daimler A.G. v. Bauman et al.*[17]. Y lo hizo el Alto Tribunal sin decidir sobre ese texto, sino sobre la llamada *jurisdicción personal general* en clave de los dictados constitucionales, destacando entre ellos el *due process*[18]. Con el resultado de dejar sin efecto según su doctrina un acervo jurisprudencial de las sedes federales durante muchos decenios, en estos litigios sobre derechos humanos y todos los demás. Y, particularmente, que no se pueda, si no hay una actividad suya relacionada con el caso en los Estados Unidos, demandar a las empresas extranjeras, que deben serlo ante sus foros naturales según el Tribunal Supremo, donde se sientan "*essentially at home*", es decir, los extranjeros vinculados con su administración o registro[19]. Tales empresas extranjeras, entonces, y ciñéndonos a la práctica sobre el ATS, sí que podrían ser demandadas ante las sedes federales cuando mediase una actividad propia en los Estados Unidos, esto es, cuando lo que debía tomarse en consideración era la llamada *jurisdicción personal específica*. Pero, en *Jesner et al. v. Arab Bank*[20], el Alto Tribunal cierra esta posibilidad, interpretando el ATS según el canon ya citado contra la aplicación extraterritorial de las leyes y con abundante apoyo, asimismo, en consideraciones de

---

15 Id. en 1664.

16 Id. en 1669.

17 U.S.S.C. No. 11-965. (2014). Vid., v.gr., FERRANDO, T., "Entrapped in territoriality: the Alien Tort Statute, *Daimler v. Bauman and the reproduction of the transnational mode of production*", accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530716 y ZAMORA CABOT, F.J., "Decision of the Supreme Court of the United States in the Daimler AG v. Bauman et al case: Closing the Golden Door", *Papeles el tiempo de los derechos*, 2014 (2), 23 pp.

18 El ATS, junto a otros textos incluso de rango constitucional, otorga la competencia a las sedes federales dentro del sistema judicial de los EE.UU. Pero la parte demandante debe tener legitimación activa -*standing*- y la demandada quedar cubierta, o bien por la jurisdicción personal general o por la jurisdicción personal específica. Esto ocurre en todo tipo de litigios, es estructural dentro del citado sistema. Y muy frecuente, por ejemplo que, en litigios contra varios demandados, la causa siga contra alguno de ellos y decaiga frente a otros, siempre en función de que se cumplan, o no, las exigencias de esa jurisdicción personal.

19 Vid., v.gr., D'ANGELO, N., "Emerging from Daimler's shadow: Registration Statutes as means to general jurisdiction over foreign corporations", *St. John's Law Review*, vol. 91, pp. 241-246.

20 USSC No.16-449, (2018).

separación de poderes y evitación de conflictos con estados extranjeros[21]. A partir de ese momento, entonces, las empresas foráneas han quedado al margen de la cobertura del ATS.

Y este es el iter en el que va a producirse una nueva revisión por el Tribunal Supremo de la práctica del reiteradamente citado texto en el caso *Doe v. Nestlé*, objeto de esta aportación[22]. Un iter en el que, cabe destacar, por ejemplo, que en casos desvinculados de los Estados Unidos, los llamados *foreign-cubed cases*, como *Kiobel* y *Daimler*, el Alto Tribunal no se haya limitado como tal vez hubiera sido aconsejable a resolver el supuesto concreto, sino que ha sentado doctrina general, incluso sobre el conjunto del sistema, como he indicado en relación con el segundo, *Daimler*. Y, concluyo ya este epígrafe, hemos visto un acervo jurisprudencial de cuatro casos de alto relieve en el que da la impresión de que el Tribunal Supremo ha eludido muy estudiadamente afrontar, como se le ha pedido de forma creciente por las demandadas y sus afines, el problema verdaderamente clave, esto es, si en base al ATS cabe demandar ante las sedes federales a las empresas del país transatlántico. Algo que ya ha resuelto por la negativa y como he puesto de relieve respecto de las extranjeras, pero que surge de nuevo en *Nestlé*. Con todo esto hay que contar, como elementos de comprensión de su decisión en este caso.

2.2. El sector del cacao y sus problemas

Es en este preciso sector donde surgen los graves problemas que dan origen al presente caso y a los que aludiré en la especie, más adelante. Trato ahora de ampliar el horizonte de comprensión, perfilando a grandes rasgos un marco general, como he intentado hacer respecto de la tendencia restrictiva sobre el ATS que he reflejado en el punto anterior. Parto de que el trabajo esclavo infantil en el África Occidental, especialmente en Costa de Marfil –el mayor productor del cacao mundial-, Ghana y Mali, es desgraciadamente una realidad conocida y bien documentada desde hace décadas, que solo múltiples denuncias y otras actuaciones han conseguido ir situando entre las preocupaciones de la opinión pública y las diversas instancias de decisión,

---

21 Vid., v.gr., mi trabajo conjunto con MARULLO, CH., "*Never send to know*…comentario crítico a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*. del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Papeles el tiempo de los derechos*, 2018 (32), pp.1-15; ANDERSON, L.D., "An exception to Jesner: Preventing U.S. corporations from avoiding liability for harms caused abroad", *Emory International Law Rev.*, Vol. 34, 2020, pp. 997-1032 y DAS, S., "*Jesner v. Arab Bank, PLC: Limiting the Liability of foreign corporations by curbing the breadt of the Alien Tort Statute"*, *Journal Business & Technology Law,* vol. 15, 2020, pp.381-401.

22 La decisión del Tribunal Supremo es accesible en https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf. En adelante, cit., *Nestlé.*

aunque las respuestas hasta el momento se antojen insuficientes y demoradas en exceso[23].

De marcado interés en este orden y a nuestros efectos resulta lo sucedido en los Estados Unidos cuando, ante diversos informes publicados en 2001 sobre la complicidad de las empresas vinculadas con el sector de cacao y chocolate respecto de las condiciones de trabajo infantil en las plantaciones del África Occidental, un miembro de la Cámara de Representates, Elliot Engle, propuso una enmienda legal que hubiera permitido la existencia de una etiqueta de "producto sin trabajo esclavo" -*slave free*- para el chocolate fabricado acorde con ello. Ante esta "grave amenaza", la muy poderosa Asociación de Fabricantes de Chocolate -que incluye a las mayores marcas–contrató a dos reconocidos políticos del País, los antiguos líderes de las mayorías del Senado, Bob Dole y George Mitchell, para que hicieran descarrilar la iniciativa, que tenía muchos visos de prosperar. Quedando ésta sustituida en fin, gracias a los buenos oficios de aquéllos, por el llamado *Protocolo Harkin-Engel*, un mecanismo de naturaleza voluntaria, respaldado por la Cámara Alta del Congreso y que debiera haber llevado en 2005 a adoptar un proceso de certificación tendente a la abolición progresiva en el sector del trabajo esclavo infantil en 2020, en sintonía con el Convenio 182 de la OIT, un texto ratificado en la actualidad por todos los miembros de esa Organización y que obliga a la adopción de acciones inmediatas respecto de lo que constituye su objeto, eliminar las peores formas de trabajo infantil[24].

En la práctica, sin embargo, el proceso apuntado de certificación ha ido sufriendo una serie de aplazamientos, debiendo llegarse según la industria a una reducción del 70% del trabajo infantil en 2025, aunque quepa abrigar fundadas dudas de que tal cosa suceda. En realidad, el número de niños sometidos a condiciones extremas de trabajo y/o esclavitud infantil en el sector ha ido aumentando en gran medida, según denuncian reconocidas organizaciones no- gubernamentales, pudiendo verse afectados en nuestros días hasta

---

[23] Vid., v.gr., SCARPA, S., "The worst forms of child labour in cocoa plantations in Côte d'Ivoire & direct obligations of transnational corporations", en CERNIC, L.J. y VAN HO, T., *Human rights and business: direct corporate accountability for human rights*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2015, pp. 429-446 y OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF AFRICAN HISTORY (2020), *Cocoa and Child Slaves in West Africa*, accesible en https://oxfordre.com/africanhistory/view/10.1093/acrefore/9780190277734.001.0001/acrefore-9780190277734-e-816?rskey=fRiPq1&result=13. En general, vid., v.gr., DOWLAH, C., *Foundations of modern slavery: Profiles of unfree and coerced labor through the ages*, Routledge, 2021, y SALES, PALLARÉS, L., "La vigencia de los derechos humanos en la actualidad: hacia la justiciabilidad como medio y como fin en las relaciones entre los derechos humanos y las empresas", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019, pp. 136-153. También, BAKIRCI, K., y RITCHIE, G., "Corporate liability for modern slavery", *Journal of Financial Crime*, accesible en https://www.scilit.net/article/dd60339bc340978820794e-2140fff4f6 .

[24] El Convenio se puede consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182.

1.56 millones de niños, como recoge un informe de NORC y la Universidad de Chicago auspiciado por el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos[25]. Este dato demoledor junto a otros como la reciente presentación de nuevas demandas en términos y por causas similares a las descritas en *Doe v. Nestlé*[26], alertan sobre la necesidad de persistir en las vías judiciales y, asimismo, en la activación de un acervo normativo que dé término a estas prácticas, del todo inasumibles ya entrado el presente Siglo. Y que podría verse reforzado por la eventual entrada en vigor el presente año de la normativa obligatoria sobre Debida Diligencia en proceso de gestación en el ámbito de la UE[27]. Lo que resulta meridianamente claro es que una parte relevante de las grandes empresas del sector está teniendo problemas con el trabajo infantil y sus cadenas de suministro de cacao y asimismo, por ejemplo, con el azúcar de caña[28]. También, y concluyo este punto, que cambiar realmente sus culturas corporativas es tarea ardua, hercúlea casi, a pesar de sus frecuentes proclamas en sentido contrario[29].

3. LA DECISIÓN NESTLÉ

3.1. Antecedentes: decisiones de instancia y apelación

En este ámbito, el de las sedes subordinadas al Tribunal Supremo en el Noveno Circuito Federal, el desarrollo del caso que nos ocupa ha sido complejo y dilatado en el tiempo. Se inició en 2005, debiendo recordarse que se produjeron dos pronunciamientos del Alto Tribunal, en los casos *Kiobel* y

---

25 Vid., v.gr., IRA (2021), *Child Slaves Who Were Trafficked and Forced to Harvest Cocoa in Côte d'Ivoire Sue the Cocoa Companies that Enslaved Them: Nestlé, Cargill, Mars, Mondelez, Hershey, Barry Callebaut, and Olam*, accesible en https://www.internationalrightsadvocates.org/cases/doevsnestlecargill y https://www.internationalrightsadvocates.org/cases/tevracoubaly un litigio con base en el *Trafficking Victims Reauthorization Act,* (TVPRA), 18 U.S.C. Secc. 1595 y ss., y MOXLEY, CH., "Nestlé & Cargill v. Doe Series: Corporate liability, child slavery, and the chocolate industry-A preview of the case", accesible en https://www.justsecurity.org/73387/nestle-cargill-v-doe-series-corporate-liability-child-slavery-and-the-chocolate-industry-a-preview-of-the-case/.

26 Vid., v.gr., AMBROZ, J.S., "The 1.5 Million Child Slaves Behind Your Chocolate Bar", accesible en https://www.dcreport.org/2021/02/23/child-slaves-the-1-5-million-behind-your-chocolate-bar/.

27 Vid., v.gr., CENTRE DE RESSOURCES SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME, "Cacao durable: la Côte d'Ivoire doit s'adapter aux nouvelles exigences de l'UE", accesible en https://www.rfi.fr/fr/afrique/20210123-cacao-durable-la-c%C3%B4te-d-ivoire-doit-s-adapter-aux-nouvelles-exigences-de-l-ue.

28 Vid., v.gr., tratándose de Camboya, IDI, "Time for Mitr Phol, Coca-Cola, Nestlé, Mars Wrigley and Bonsucro to live up to their human righs responsibilities", accesible en https://www.inclusivedevelopment.net/cambodia/time-for-mitr-phol-coca-cola-nestle-mars-wrigley-and-bonsucro-to-live-up-to-their-human-rights-responsibilities/.

29 Vid., v.gr., el fuerte alegato de MOTARJEMI, J., "Contre Nestlé, je me battrai jusqu'a bout", accesible en https://www.evenement.ch/articles/contre-nestle-je-me-battrai-jusquau-bout.

Jesner, relativos al ATS- el único texto cuya vigencia se discute en el caso, tras descartarse desde el inicio las leyes estatales y el *Trafficking Victims Protection Act* [30]- , con una incidencia clara sobre las actuaciones en curso, junto a las posturas encontradas desde el inicio a cargo del Juzgado de Distrito y la sede de Apelación. Aquél, muy firme y casi en lo que parece un *parti pris* por la desestimación de la demanda. Ésta, más flexible y favorable hacia las tesis de los demandantes, aunque con una marcada disidencia interna que queda patente en señalados momentos del proceso. Así las cosas, cabe distinguir dos fases en lo actuado por estas sedes, rematadas en sendas decisiones del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal, en 2014, *Nestlé I*, y 2018, *Nestlé II*[31]. Esas fases se pueden resumir en los términos que veremos, tras señalar que los demandantes, seis malianos que denuncian haber sido objeto de tráfico de niños desde su país para trabajo forzoso en costa de Marfil, alegan que Nestlé y Cargill ostentan un inmenso poder en la industria del cacao y que controlan las actividades en las plantaciones, proporcionando apoyo técnico y financiero, incluso unos bonus en metálico a los responsables de aquellas al margen de lo contratado, y todo ello para perpetuar la situación de esclavitud infantil padecida, en aras del mayor beneficio económico de las empresas. Así, según resume Moxley: los demandantes sostienen que (Nestlé y Cargill) ayudaron e incitaron al trabajo esclavo (en Costa de Marfil) y deben responder de los daños en base al *Alien Tort Statute*. El Juzgado de Distrito desestimó en 2010 la demanda inicial de los afectados, alegando que no habían aportado suficientes pruebas respecto de la conducta de los demandados y el requisito de *mens rea*. El Juzgado sostuvo también que el ATS no cubre la responsabilidad de las empresas, porque ésta no se encuentra suficientemente establecida como una norma del Derecho internacional. La desestimación se anula en la apelación, (rechazándose un primer recurso de revisión, *certiorari* por el Tribunal Supremo) y la parte actora presenta una demanda modificada. El Juzgado de Distrito la desestima en base a que el foco,- *focus*- (fundamento) de las pretensiones de los demandantes se encontraba fuera de los Estados Unidos, no pudiéndose entonces superar la presunción contraria a la extraterritorialidad de las leyes según quedó sentado en *Kiobel*. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito volvió a anular, dictaminando que las pretensiones de los demandantes contra Nestlé y Cargill eran suficientemente domésticas como para enervar la presunción contra la extraterritorialidad, dado que la conducta de ayuda

---

30 22 U.S.C. 78.

31 Vid., v.gr., respectivamente, HUMPREVILLE, A.A., "If the Question is Chocolate-Related, the Answer is Always Yes. Why Doe v. Nestlé Reopens the Door for Corporate Liability of U.S. Corporations Under the Alien Tort Statute", *American University Law Review*, Vol. 65, 2015, pp. 191-238 y WILKINSON, L. E., "Piercing the Chocolate Veil: Ninth Circuit Allows Child Cocoa Slaves To Sue Under the Alien Tort Statute in *Doe v. Nestlé USA", Villanova Law Review Online: Tolle Lege*, Vol 63, 2018, pp. 20-46.

e incitación se había originado en las sedes centrales de las empresas en los Estados Unidos. (…) Sostuvo también que el ATS cubre la responsabilidad de las empresas, y ordenó al Juzgado de Distrito que permitiese la presentación de otra demanda modificada, punto en el cual los demandados presentaron un nuevo recurso de revisión al Tribunal Supremo, que en esta ocasión se admite a trámite[32].

En este denso compendio vemos cómo una serie de disputados aspectos de la práctica y el propio ser del ATS se traen a colación. Entre ellas, el grado de prueba de las conductas que se denuncian y si debe concurrir un preciso ánimo de lesionar los dictados del Dº internacional, en el caso la prohibición de la esclavitud, o solo se requiere seguir un determinado curso de actuaciones y pasar por alto aun conociéndolos, sus posibles efectos lesivos, sacando partido de ello. También, la *vexata questio* del sometimiento de las empresas al ATS, que ha sido recurrente en sus ya extensos desarrollos jurisprudenciales y quedaba por resolver, si lo estimaba conveniente, por el Tribunal Supremo, aunque éste, como indiqué, había fijado ya que tal sometimiento solo se puede suscitar, tras *Jesner*, respecto de las empresas estadounidenses. O, en fin, la búsqueda de una mayor concreción del criterio establecido por el Alto Tribunal en *Kiobel*, me refiero al test de *touch and concern*, que permitiría superar la citada presunción, trasplantada aquí tras alguna pirueta intelectual, como también puse anteriormente de relieve y entre otras cosas al ser el ATS un texto jurisdiccional y no sustantivo, por el citado Tribunal. Y destaco, concluyendo ya este Apartado que, al admitirse a trámite la revisión, *certiorari*, quedaron fijados, como es usual, los términos en los que los recurrentes solicitaban que debía centrarse la discusión. Eran éstos: "1. Si una demanda basada en ayuda e incitación frente a una empresa doméstica en base al Alien Tort Statute, 28 U.S.C. Sec. 1350, puede superar el límite de extraterritorialidad cuando la demanda se apoya en alegaciones de actividad empresarial general en los Estados Unidos y cuando los demandantes no pueden vincular los daños que se alegan, que ocurrieron en el extranjero a manos de actores extranjeros sin identificar, a esa actividad. 2. Si el Poder Judicial tiene autoridad en base al Alien Tort Statute para imponer responsabilidad sobre empresas domésticas".

La vista pública del recurso se celebró el 1 de Diciembre de 2020, quedando emplazada la publicación del fallo para Junio de 2021, como efectivamente sucedió, siendo dado a conocer el 17 de tal mes[33].

---

[32] Vid., MOXLEY, CH, *op. cit.,* p.3. Asimismo, vid. la detallada exposición de antecedentes del caso en *Nestlé USA, Inc. v. John Doe I et al., Petition for a writ of certiorari*, accesible en https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-416/116977/20190925125724473_Nestle%20Cert%20Petition%209.25%20Final.pdf, pp. 4-13.

[33] El Alto Tribunal acumuló en su decisión las respuestas a dos casos idénticos, *Nestlé* y *Cargill, Inc. v. Doe et al.,* ambos admitidos a revisión, *certiorari.*

3.2. Decisión del Tribunal Supremo

Es breve y se hilvana de forma un tanto compleja y muy propia de la jurisprudencia estadounidense, a partir de la Ponencia del *Justice* Thomas y en los términos que se han podido sintetizar del siguiente modo: "Los miembros del Tribunal avanzaron un número de opiniones llegando en su conjunto a la desestimación (de la demanda que dio origen al caso). Los nueve *Justices* o bien manifestaron su acuerdo con el primer fundamento de la Ponencia de Thomas o concurrieron en ese resultado (Partes I y II de la Decisión), fallando que los demandantes (aquí llamados *respondents*) habían buscado impropiamente una aplicación extraterritorial del ATS. Los miembros del Tribunal se separaron respecto del segundo fundamento de la Ponencia de Thomas (Parte III), en la que sostenía que las sedes federales no tienen autoridad para crear nuevos títulos para accionar (*causes of action*) con base en el ATS."[34]. También se pone de relieve que no resulta claro que exista una mayoría a este último respecto, aunque sí la hay en el sentido de que las empresas estadounidenses no gozan de una exención de responsabilidad en base al ATS[35].

Conviene retener esta nota de complejidad de la Decisión, previamente a presentarla ahora de forma resumida en función de las diversas opiniones en las que se sustenta, comenzando con la citada Ponencia de Thomas. Así, comienza éste su desarrollo de la citada Parte I con un breve relato de los hechos y cómo para los demandantes se justifica el que las empresas sean sometidas al ATS por su conocimiento e implicación en las conductas lesivas, aunque sus resultados se produjeran fuera de los Estados Unidos, dado que todas las decisiones operativas de mayor entidad sí se adoptaron en ese país[36]. Recuerda luego, asimismo, lo más saliente del iter procesal en las instancias inferiores, destacando cómo el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal había tomado en consideración el nuevo precedente sentado por el Alto Tribunal en *Jesner*, cit., pero había mantenido también que no impedía la creación de títulos para accionar respecto de las empresas domésticas. Y que, en los términos de *Kiobel*, los demandantes podían apoyarse en el ATS, en la medida en que "las decisiones financieras…se habían originado" en los Estados Unidos[37].

Tras de ello, ya en el núcleo de su Ponencia, el *Justice* Thomas comienza la Parte II indicando su acuerdo, y el de los demás miembros del Alto Tribunal, con la afirmación de los demandados en el sentido de que sus contrarios pretenden en el caso una aplicación extraterritorial impropia del ATS. Para

---

34 Vid., OGEMID, "US Sup Court holds that "Operational Decisions" and "General Corporate Activity" not sufficient for ATS claim; Majority states that Domestic Corporations are not immune from ATS liability", 17 de junio, 2021.

35 *Ibidem.*

36 *Nestlé*, p.2.

37 Colmando así el test de *"Touch and Concern*". *Ibidem*, p. 2 y s.

sustentarlo, indica cómo la doctrina del Tribunal Supremo asume un análisis en dos fases cuando se trata de cuestiones extraterritoriales, citando el precedente *RJR Nabisco v. European Community*[38]. En la primera, se presume que las leyes son de aplicación doméstica, a menos que el texto "dé una indicación clara y afirmativa que permita rechazar la presunción"[39]. Lo que, aplicado al ATS, debe conducir en los términos ya fijados en *Kiobel*, dado que ni regula conductas ni ostenta esa clara indicación, a que "no se pueda dar alcance extraterritorial a título de accionar alguno que se haya creado a partir de aquél"[40]. En la segunda, cuando el texto legal no se aplica, como en el caso, extraterritorialmente, y según afirma el Ponente, los demandantes deben dejar establecido que "la conducta relativa al foco (objetivo principal) de la norma ocurrió en los Estados Unidos (…) permitiéndose entonces una aplicación doméstica incluso si otra conducta aconteció en el extranjero"[41].

Con esto el Ponente llega a un punto central en su argumentación, destacando inicialmente el hecho de que las partes disputan sobre qué conducta es relevante para determinar el foco -*focus*- del ATS. Y que los demandantes pretenden un título para accionar creado judicialmente frente a sus contrarios porque éstos han ayudado e incitado -*aiding and abetting*- el trabajo esclavo en el extranjero[42]. Frente a lo cual los demandados, con ciertos apoyos avanzados por el Gobierno USA (en un *amicus curiae*), esgrimen una serie de argumentos, como que la ayuda e incitación no es un ilícito en sí mismo, sino una simple atribución secundaria de responsabilidad, mientras que la conducta relevante para fijar el foco del ATS es la que *directamente* causa la lesión. Con lo que los demandantes deben probar que tal lesión se ha producido en los Estados Unidos, siendo así que, en el caso, la conducta que la originó ha tenido lugar en el extranjero[43]. Frente a todo lo anterior, recuerda el Ponente, los demandantes mantienen que la ayuda e incitación es un ilícito en sí mismo y que los tribunales pueden crear un título privado para accionar a su respecto con base en el ATS. Del mismo modo, según Thomas, "(los demandantes) sostienen que el foco de ATS es la conducta que viola el Derecho internacional, que la ayuda e incitación de trabajo forzado es una violación de la ley internacional, y que la conducta doméstica puede ayudar e incitar una lesión de derechos que ocurre en el extranjero"[44].

Entrando ya a decidir, el Ponente indica que, aun resolviendo todas esas cuestiones planteadas en favor de los demandantes, su iniciativa pretende una

---

38 579 U.S. 325, 337 (2016).
39 *Ibidem.*
40 *Nestlé*, p. 3.
41 *Ibidem*, p. 3 y s., con cita de *Nabisco*, en p. 337.
42 *Nestlé*, p.4.
43 *Ibidem.*
44 *Ibidem.*

aplicación extraterritorial no permitida del ATS. Asume Thomas que casi toda la conducta que ayudó e incitó el trabajo forzado -al proveer de entrenamiento, fertilizantes, herramientas y dinero en metálico- ocurrió en costa de Marfil. Pese a lo cual el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito Federal mantuvo vigente la demanda porque "los demandantes alegaron con carácter general que todas las mayores decisiones operativas de ambas compañías se hacen o aprueban en los Estados Unidos"[45]. Pero, y es el núcleo del fallo, "Las alegaciones de una actividad general corporativa – como la esfera de decisión –(*decisionmaking*) no pueden por sí solas establecer una aplicación doméstica del ATS"[46]. Thomas se apoya luego en una equiparación entre lo establecido en *Kiobel* sobre que la mera presencia corporativa de un demandado (en los Estados Unidos) no sustenta al ATS con lo que ahora se afirma sobre esa actividad general corporativa, con el mismo efecto[47]. Y ello porque tomar decisiones operativas resulta una actividad común a la mayoría de las empresas y no establece el necesario vínculo entre el título para accionar, relativo aquí a la ayuda e incitación al trabajo esclavo en el extranjero, y la conducta doméstica[48]. Cita en su apoyo también el precedente *Morrison* en el que, de manera gráfica, el Alto Tribunal rechazó el que cualquier contacto doméstico pudiera enervar la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes[49]. Concluye el Ponente, en aparente sintonía también con *RJR Nabisco*[50] que, "Para establecer hechos suficientes para apoyar una aplicación interna del ATS, los demandados deben alegar más conducta doméstica que la actividad corporativa general. El Tribunal de Apelación erró al disponer otra cosa"[51].

Además de la Parte Tercera de la Ponencia de Thomas, interesante pero, como indiqué, no acogida por sus compañeros, la Decisión se completa con algunos Votos Particulares, liderados unos por el *Justice* Gorsuch y otros por la *Justice* Sotomayor. Por su parte, el *Justice* Alito, por motivos de raíz procesal disiente de lo acordado por el resto de sus compañeros, y no hubiese entrado a resolver el caso a partir de la cuestión de extraterritorialidad[52]. De todo este entramado, en fin, solo destacaré como relevante, y ya dejé indicado páginas atrás, el que una mayoría se muestre partidaria de que las empresas

---

45 *Ibidem*, p. 4 y s., con cita de la decisión de Apelación.

46 *Nestlé,* p.5.

47 *Ibidem.*

48 *Ibidem.*

49 "La presunción…sería un perro guardián medroso si volviera a su caseta cuando alguna actividad doméstica se involucrara en el caso", 561 U.S. 247, 266 (2010), cit. en *Nestlé*, p. 5.

50 579 US 337.

51 *Nestlé,* p.5.

52 Destacando unos puntos de su argumentación, vid. v.gr., KANG WOOSTER, A., "U.S. Supreme Court Dissent Cites Restatements Third and Second of Torts", accesible en https://www.ali.org/news/articles/dissenting-associate-justice-samuel-alito-cites-restatement-third-torts-liability-economic-harm-28-and-restatement-second-torts-876/.

estadounidenses sigan sometidas al ATS junto, avanzo ahora, al vigoroso rechazo a la Parte III de la Ponencia de Thomas que pone de manifiesto en su Voto la citada *Justice* Sotomayor, acompañada por los otros dos miembros de la ahora exigua ala liberal del Tribunal Supremo, los *Justices* Breyer y Kagan.

4. EVALUACIÓN

4.1. Análisis crítico

Lo llevaré a cabo tras algunas reflexiones preliminares. Mucho había en juego respecto de esta Decisión del Alto Tribunal, con la consiguiente y previsible expectación. Cabía, por ejemplo, que aquel sentase una doctrina de carácter general, como ya había sucedido anteriormente en sus previos, y restrictivos, pronunciamientos sobre el ATS. Una doctrina que muy posiblemente viniera a significar un recorte drástico de su vigor, incluso acaso que se diera ese texto al olvido, a efectos prácticos. Pero no ha sucedido. El Tribunal Supremo ha preferido avanzar una respuesta concreta a un caso singular lo que se antoja, en las circunstancias, prudente. No ha aceptado, asimismo, el reto que le venía en forma de *amicus curiae* por parte de la Administración Trump para marginar la *ayuda e incitación* respecto del ATS. Y creo que también ha acertado con ello, porque la argumentación en la que se basaba no se podía sostener frente a una nutrida jurisprudencia de las sedes inferiores, o la propia aceptación de la responsabilidad secundaria en base al *aiding and abetting* por el Derecho de Gentes, ni cabía fundarla en criterios de auto-limitación o moderación en el ejercicio de las competencias estatales[53]. Igualmente, y es de extrema importancia, ha declinado entrar en el segundo motivo de revisión que había admitido a trámite, esto es, el eventual sometimiento de las empresas estadounidenses al ATS, que los demandados suscitaban para lograr una respuesta del Alto Tribunal pareja a la emitida en el sentido conocido respecto de las extranjeras, en *Jesner*. Aquí, incluso, y como ya indiqué, las opiniones de una mayoría de los *Justices* han afirmado de forma expresa e inequívoca tal sometimiento. Lo que, nuevamente, parece digno de ser compartido. Fundadas dudas, sin embargo, me surgen sobre la solución dada al caso. Y ello, por ejemplo, desde que lo que parece ser la búsqueda de un acuerdo–ampliamente logrado- entre los miembros del Tribunal Supremo para disponer, como ya he dicho, del supuesto concreto, puede ser susceptible de originar mayores

---

[53] Vid., v.gr., LINDSAY, E., *et al.*, "United States: Whiters Public International Law Team files pro bono Amicus Brief with the US Supreme Court in case tackling human rights violations in the global chocolate industry", accesible en https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/Withers-public-international-law-team-files-pro-bono-amicus-brief-US-Supreme-Court-case-tackling-human-rights-violations-global-chocolate-industry.

y más profundas consecuencias de las que, acaso, resultaban previsibles en un primer momento, respecto del ser y la práctica del ATS y de otros componentes del acervo jurídico internacional de los Estados Unidos. Además de menoscabar el encomiable propósito que le dio origen al introducir, una vez más, criterios que restringen su aplicación.

El Alto Tribunal sigue emplazando al ATS en el ámbito de la extraterritorialidad de las leyes al que, según creo y he mantenido en otros lugares, no pertenece[54]. A causa de que ese texto es una habilitación de competencia jurisdiccional para las sedes federales, fundamentada en facilitar el *acceso a la justicia* de las víctimas de graves violaciones del Derecho internacional, entre las que actualmente se incluyen las lesiones a los derechos humanos. A partir de aquí, el normal desempeño del ATS se ve obstaculizado por consideraciones ajenas a su naturaleza, como sucede en *Nestlé*, al entrar en consideración criterios generados en el citado ámbito de la extraterritorialidad principalmente, se dice, para obviar situaciones de conflicto con países extranjeros y máxime si, como en este caso, los demandados son estadounidenses. Trocar, en fin, el acceso a la justicia por la moderación de la proyección extraterritorial de las leyes condiciona todo el debate y la estrategia de las partes, debilitando la posición de los demandantes, a la par que otorga un mayor margen a las tesis restrictivas, aunque conlleve la desprotección de las víctimas y, consecuentemente, la impunidad de quienes lesionan sus derechos.

Asumiendo, pues, la resolución del caso en clave de extraterritorialidad, la Decisión viene a centrarse como quedó indicado en las *conductas* y en la necesidad de su carácter mayoritariamente doméstico para justificar la -pretendida- aplicación extraterritorial del ATS[55]. En relación con ello, un autor del mayor prestigio, W. Dodge, pone de relieve, por ejemplo, cómo ni en *RJR Nabisco* ni en *Morrison* se decidieron los casos realmente estableciendo la necesidad de una localización mayoritaria de la *conducta* en los Estados Unidos[56]. Ya que en el primero lo relevante fue la ubicación en ese país, respecto de la aplicación de la célebre Acta RICO[57], de lesiones a negocios o propiedades, marginando los supuestos en los que éstas se producían en el extranjero[58] y, en el segundo, precisando el ámbito de aplicación de otro texto muy conocido, la Sección 10 (b) de la *Securities Exchange Act*[59], al venir en función del

---

54 Vid., v.gr., ZAMORA CABOT, F.J., "Kiobel and the question of extratarritoriality", *Papeles el tiempo de los derechos*, 2013 (2).

55 No se olvide que se trata de un texto de competencia jurisdiccional, no sustantivo.

56 Vid., DODGE, W.S., "The surprisingly broad implications of *Nestlé USA, Inc v. Doe* for human rights litigation and extraterritoriality", accesible en https://www.justsecurity.org/77012/the-surprisingly-broad-implications-of-nestle-usa-inc-v-doe-for-human-rights-litigation-and-extraterritoriality/, p. 7.

57 *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, 18 U.S.C. CH 96.

58 Vid., DODGE, W.S., *op. y loc., cit.*

59 15 U.S.C. 78j.

lugar donde se lleva a cabo la transacción (de valores) que da origen al caso[60]. Recuerda, por otra parte, ese autor, cómo el *Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law of the US*, asumiendo la doctrina sentada en ambos precedentes: "rechazó un requisito separado de conducta en los Estados Unidos cuando el foco de la norma se sitúa sobre algo distinto, como sucedía en *RJR Nabisco* y en *Morrison,* al proveer sencillamente que, "si cualquiera que sea el foco de la norma ocurre en los Estados Unidos, entonces su aplicación se considera doméstica y queda permitida" (Sección 404 cmt.c)"[61].

W. Dodge, en otro orden, pone de relieve cómo la forzada proyección de un simple *dictum* en *RJR Nabisco* relativo a la necesidad de conducta doméstica, sobre los casos basados en el ATS, puede llevar a su inaplicación respecto de conductas de demandados individuales en supuestos como el célebre que supuso el redescubrimiento de aquel texto por el Segundo Circuito Federal, *Filártiga*, donde se trataba de torturas cometidas en Paraguay por un inspector de policía de ese país que pasó luego a residir en los Estados Unidos. Y que, según la nueva doctrina *Nestlé*, hubiera quedado en la impunidad pues las torturas se perpetraron en el extranjero[62]. E indica, asimismo, el autor cómo la *Torture Victim Protection Act* TVPA, Pub. Law 102-256, que actualmente cubre torturas y ejecuciones extrajudiciales, sí que podría aplicarse en estos supuestos cometidos en el extranjero, debiéndose tener en cuenta el derecho federal común relativo a la inmunidad de agentes públicos extranjeros. Pero ese texto no cubre el genocidio y los crímenes de guerra, donde pueden originarse torturas y ejecuciones y, en todo caso, la TVPA exige un requisito de actuación bajo apariencia oficial -*under color of law*- que dejaría al margen las demandas contra actores no estatales. Tampoco abarca la piratería, que no implica conducta en los Estados Unidos y quedaría al margen del ATS según *Nestlé*, un resultado insólito dado el común entendimiento de que fue una de las causas de la promulgación de ese texto[63]. W. Dodge, en fin, destaca el elemento de distorsión que el nuevo test puede acarrear en importantes sectores donde se había llegado a clarificar la proyección extraterritorial del derecho de los Estados Unidos, como el citado de regulación del mercado de valores, o el de antimonopolios, o el de los Derechos Civiles, *ex* Title VII del Acta de 1964. Concluye que, "(…) *Nestlé* es susceptible de complicar más la vida de las sedes inferiores al considerar cuestiones de extraterritorialidad que lo

---

60 Vid., DODGE, W.S., *op. y loc, cit.* Adviértase el afán de protección de los estadounidenses en el plano doméstico, y el margen de actuación que se les deja en el extranjero, al limitar la proyección de esas normas poderosas. Vid., vgr., Nota sobre el caso *RJR Nabisco* en 130 *Harvard Law Review*, pp. 487 ss.

61 Dodge, W.S., *op. cit.*, p. 5. Vid. v.gr., recientes ejemplos del precedente *Morrison* en KURTZBERG, J., *et al.,* "Second Circuit applies *Morrison* to affirm dismissals of securities fraud claims arising out of foreign transactions", *Lexology*, June 30, 2021.

62 *Ibidem*, p. 6.

63 *Ibidem.*

previsto por los *Justices*. Realmente (…) si hubieran anticipado estos efectos derivados -*downstream effects*-, hubieran proporcionado seguramente algunas guías para evitarlos"[64].

Sea como fuere el criterio está fijado, la conducta debe realizarse mayoritariamente en los Estados Unidos y, en la especie como se vio anteriormente y es del todo clave, la actividad corporativa general no puede sustentar demandas en base al ATS según el Tribunal Supremo. Y ello porque estima que la adopción de decisiones operativas es común a la mayoría de las empresas y no provee el necesario vínculo entre el título para accionar relativo aquí a la ayuda e incitación al trabajo esclavo en el extranjero, y la conducta doméstica[65].

Entiendo que pesó aquí sobre el Alto Tribunal una circunstancia que ya se había manifestado ante el de Apelación del Noveno Circuito, la dificultad de los demandantes para vincular las lesiones a sus derechos con las decisiones particulares de las empresas que habían ayudado e incitado al trabajo esclavo. Es por ello y ante nuevos precedentes *(RJR Nabisco y Jesner*) que, siguiendo una práctica común, la prestigiosa sede californiana les había dado permiso para modificar su demanda originando, como dije, el recurso de las demandadas ante el Supremo. Lo hace de forma expresiva, "(…) En sus términos actuales, la demanda se refiere a los demandados como un bloque único–una práctica problemática que harían bien de evitar. A la luz de *Jesner*, no es posible con la evidencia actual conectar la conducta culpable con los demandados que pueden ser sometidos al ATS. (…) (al modificar su demanda) los actores deben descartar a los demandantes (extranjeros) que no pueden ser ya sometidos al ATS, *y especificar qué parte potencialmente responsable lo es por qué conducta culpable*"[66].

Pero, ya según *Nestlé* ¿Se pueden considerar simples *decisiones operativas* las que a lo largo del tiempo van erigiendo un sistema en el que los suministradores de cacao, vinculados por contratos de exclusividad con las empresas, realizan sus actividades bajo continua supervisión y todo tipo de ayudas, técnicas, financieras, etc., por parte de éstas, incluidos bonus en metálico al margen de los contratos a los encargados de las plantaciones, si se obvia la adopción de medidas eficaces preventivas del trabajo esclavo infantil en un entorno de denuncias generalizadas[67]? ¿O lo que realmente se ha construido es una cadena de suministro a la búsqueda del mayor beneficio y el menor coste, con pleno

---

64 *Ibidem.*

65 Vid., v. gr., BRYDEN, D., *et al.*, "Mere corporate presence" and corporate liability: The U.S. Supreme Court's Nestlé Decision", *Lexology*, September 6, 2021 y COHEN, I.G., *et al.*, "Pharmaceutical companies, human rights and the Alien Tort Statute", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, vol. 49, 2021, pp. 500-502.

66 *United States Court of Appeal for the Ninth Circuit*, No. 17-55435, Opinion filed October 23, 2018, p. 14. (Cursiva propia).

67 *Ibidem*, p. 6.

conocimiento de las instancias directivas en los Estados Unidos, y con aquel trabajo como uno de sus pilares?

Al exigir en una fase de acceso a la justicia un nivel de prueba de difícil obtención sin profundizar en el desarrollo del litigio, el que atiene a decisiones específicas de los órganos directivos de las empresas, el Alto Tribunal las sitúa en la práctica en un plano de cuasi-impunidad en este entorno del ATS. Y con ello, junto a la adopción del criterio de conducta en los Estados Unidos, se separa de las nuevas y muy importantes tendencias que recoge el plano comparado y se consagran, por ejemplo, en dos recientes y celebradas decisiones del Tribunal Supremo del Reino Unido en los casos *Vedanta* y *Okpabi*[68]. En las que la prestigiosa sede judicial rechaza que se lleven a cabo los que califica como "mini-juicios" en la fase competencial del procedimiento, debiéndose primar el citado acceso cuando haya indicios razonables para ello y, así, la posibilidad para las víctimas de constituir un cuerpo de prueba que sea evaluado en el momento oportuno, la fase de fondo o mérito[69]. Se trata de un enfoque sintonizado también, por ejemplo, con el Art. 7 (2) del Segundo Borrador Revisado del Tratado Vinculante Sobre Empresas y Derechos Humanos, bajo auspicios de las Naciones Unidas[70], mantenido en el texto homólogo de su reciente sucesor[71]. Y que, concluyo ahora este punto, parece digno de ser compartido.

4.2. Proyección

Muy brevemente. Desde un plano interior, los efectos en el país transatlántico de esta decisión *Nestlé* pueden ser variados y de entidad diversa, aparte de los de carácter técnico ya apuntados. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que se aumente la presión de consumidores e inversores sobre empresas y legisladores -existen ya proyectos legislativos al efecto e iniciativas de la Administración Biden -, en el sentido de potenciar el control sobre las cadenas de

---

68 Vid., respectivamente, Hilary Term (2019) UKSC 20 e Hilary Term (2021) UKSC 3.

69 Se trata de sendas decisiones muy elaboradas y de gran complejidad técnica, pero que están teniendo ya una amplia repercusión, incluso en países no pertenecientes a la familia jurídica del *common law*. En general, vid., v.gr., CHAMBERS, R., "Parent Company direct liability for overseas human rights violations: lessons from the U.K. Supreme Court", *U. Pa. J. Int'l Law*, vol. 42, 2021, pp. 519-579. He tenido la oportunidad de dedicar un extenso comentario a la primera, "Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso *Vedanta v. Lungowe*", *Cuadernos Europeos de Deusto*, Nº 63, 2020, pp. 23-56. Asimismo, vid., v.gr, sobre el segundo caso, ROORDA, L., "Lowering the Bar (In a Good Way): the UK Supreme Court Decision in *Okpabi v. Shell*", accesible en https://rightsasusual.com/?p=1395.

70 Accesible en https://media.business-humanrights.org/media/documents/7ebffa2b7510a719d61fdab83fd8b2c19de4c650.pdf. Vid. el estudio en coautoría citado en nota (1), *supra*, epígrafe 3.1.

71 El Tercer Borrador Revisado, accesible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf.

valor, a partir de suministros responsables, sostenibles y transparencia en el producto global y abastecimiento de materias primas[72]. Sin olvidar, por ejemplo, la plena vigencia y nutrida aplicación de la Sección 307 del *Tariff Act*[73], que prohíbe la importación en los Estados Unidos de bienes producidos mediante trabajo forzado. En otro orden, cabe también que haya un cambio en los mecanismos que posibilitan estas demandas. De hecho ha sucedido ya respecto de los demandantes en este caso, que han reiniciado el proceso contra las empresas bajo la *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* (2019)[74], una norma que de modo expreso comprende el título para actuar frente a situaciones de tráfico y se proyecta extraterritorialmente. O sea, que carece de los tradicionales obstáculos que la práctica erige frente al ATS. Al punto, destaco aquí que llegado el caso el Congreso podría dar a esta norma un renovado vigor, sin que fuese precisa una reforma legal; valdría una Resolución en la que se afirmase su idoneidad para suscitar el citado título y proyectarse sobre lesiones graves de derechos humanos acaecidas en el extranjero. Dejo para el próximo, y último, Apartado, otras reflexiones sobre esta dimensión interna del sistema de los Estados Unidos.

Hacia el exterior el impacto de *Nestlé* muy posiblemente va a resultar de escasa trascendencia. Podría haber sido diferente pero el sentido del fallo, a pesar de su estrecho vínculo con el caso concreto, al cabo resulta restrictivo del acceso a la justicia en este ámbito y susceptible de que la práctica sobre un texto tan señalado como el ATS intensifique su deriva hacia el cierre de los foros del respectivo país. Todo lo cual coloca al sistema estadounidense en relación con este punto, en abierta contradicción con las tendencias fácilmente perceptibles en el plano comparado sobre el binomio empresas-derechos humanos, en general y cuanto se relaciona con el reiteradamente citado acceso[75]. Sin posibilidad para otra cosa, valgan aquí unos simples apuntes para refrendar este aserto.

De este modo, por ejemplo, si nos situamos en la jurisprudencia comparada, aparte de lo ya señalado en la jurisprudencia del Reino Unido en *Vedanta y Okpabi,* entre otras decisiones de gran fuste, pongo de relieve, sin salir de América del Norte, la doctrina que están avanzando las sedes canadienses y

---

72 En este sentido, vid., v.gr., HOPKINS, L.A., *et al.*, "Supreme Court rejects human rights lawsuit against U.S. corporations, but leaves the door open", *Lexology*, July 1, 2021 y DEMAS, R.R. y GRIFFIN, B., "United States: Biden Administration Supply Chain Reports deeper dive1", *Lexology*, June 28, 2021.

73 19 U.S.C. Sect. 1307.

74 Accesible en https://www.state.gov/international-and-domestic-law/.

75 Vid., v. gr., en general, ZAMORA CABOT, F.J., "Gobernanza global y el binomio empresas – derechos humanos", *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, Vol. 5, 2020, pp. 87-113, y CHAMBERS, R. y BERGER-WALLISER, G., "The future of international corporate human rights litigation: A transatlantic comparison", *American Business Law Journal*, vol. 58, 2021, pp. 579-642.

en especial su Tribunal Supremo, destacando la decisión *Nevsun* sobre trabajo esclavo en Eritrea. Aquí, el Alto Tribunal ha declarado de forma resuelta y, si se me permite, audaz, el sometimiento de las empresas multinacionales a los dictados del Derecho internacional, con todo lo que esto conlleva, una decisión pionera y del mayor alcance[76]. O, por su parte la también decidida actuación de los foros holandeses respecto de la responsabilidad del coloso Shell por las lesiones al medio ambiente y las comunidades autóctonas, derivadas de su actividad extractiva en el Delta del Níger y culminada, por ejemplo, en la decisión de 29 de Enero de 2021 del Tribunal de Apelación de La Haya en el caso *Dooh v. Shell*, atribuyendo tal responsabilidad a la empresa en una decisión sobre el fondo, no ya competencial, lo que refuerza su interés[77].

Y respecto de las variadas iniciativas legislativas sobre diligencia debida traigo a colación, por ejemplo, en el plano estatal, la reciente ley Alemana sobre cadenas de suministro, que debe entrar en vigor el 1 de enero de 2023[78] o, en el plano regional, en la Unión Europea, las ya surgidas o en trance de hacerlo, que han atraído un intenso interés en los medios profesionales y de la sociedad civil[79]. Aún sometidas a discusión en cuanto a su efectividad, estos empeños pueden verse como un paso adelante hacia la involucración de las empresas en el respeto de los derechos humanos y confirman, pienso, las citadas tendencias[80]. Presentes también, claro está, en cuanto se refiere a la ya larga gestación del llamado Instrumento Jurídicamente Vinculante en sede de las Naciones Unidas[81]. O, en otro plano, en las propuestas dirigidas a la asunción

---

76 Vid., v.gr., SCOTT FAIRLEY, H., "International Law matures within the Canadian legal system: *Araya et al v. Nevsun Resources, Ltd.", La Revue du Barreau Canadien,* vol. 99, 2021, pp. 193-212; ZAMORA CABOT, F.J. y MARULLO, CH., "Empresas multinacionales y derechos humanos: ¿hacia el fin de la impunidad? Apuntes a la decisión del Tribunal Supremo canadiense en *Nevsun Resources Ltd. v. Araya", Papeles el Tiempo de los Derechos*, 2020 (20), pp.1-15; HAYNES, J., "The shifting pendulum: foreign investor's liability under Canada's common law for breaches of customary international law", *Canadian Journal of Law and Society*, 2021, pp.1-19 y LANGENFELD, A., "La responsabilité des sociétés mères: les pas en avant des cours suprêmes anglaise et canadienne", *Les Cahiers de Droit*, 2021, vol. 62, pp. 859-897.

77 Vid., v.gr., BERTRAM, D., "Transnational experts wanted: nigerian oil spills before the dutch courts", *Journal of Environmental Law*, vol. 33 (2) 2021, pp. 423-435.

78 Vid., v.gr., STEINMEYER, R., *et al.*, "Update on German compliance legislation: Supply Chain Due Diligence Act is adopted, corporate sanctioning fails", *Lexology*, July 1, 2021. Asimismo, vid., v.gr., la también reciente Ley Noruega de Transparencia, accesible en https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf.

79 Vid., v.gr., BULLOCK, S., *et al.*, "Gibson Dunn disscusses EU developments in corporate human rights due diligence", *Lexology*, February 15, 2021.

80 Vid., v.gr., QUIJANO, G. y LÓPEZ, C., "Rise of mandatory human rights due diligence: a beacon of hope or a double-edged sword?", *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 1-14 y DEVA, S., "Business and human rights: Alternative approaches to transnational regulation", *Annual Review of Law and Science,* 2021, pp.1-20.

81 Vid., v.gr., en general, MENDE, J., "The contestation and construction of global governance authorities: A study from the global business and human rights regime", *Global Constitutionalism*, 2021, pp. 1-23.

de responsabilidad por los Estados a causa de las actividades empresariales que lesionan los derechos humanos[82]. *Nestlé*, dado lo hasta ahora visto y concluyendo este punto y el correspondiente Apartado no parece, en efecto, que sea susceptible de una proyección de relieve frente a este ámbito de problemas, como sí la tienen las otras decisiones a las que me he referido. Retengamos esta idea como previa a las que avanzo seguidamente, de modo sucinto.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La pregunta que quedaba abierta en el título de esta aportación parece que debe contestarse por la negativa. El ATS no ha culminado su largo adiós y tampoco *se irá gentilmente en la buena noche* de la que habla el poeta, aunque es indudable que el Alto Tribunal le ha dado una nueva vuelta de tuerca a su aplicación[83]. Unos la ven como cuasi-definitiva, pero yo prefiero pensar que los *Justices* no han querido llegar tan lejos y que en su caso, por arduo que sea, si se pueden sustanciar más las alegaciones de las víctimas permitirán que siga el iter procesal en las instancias inferiores. El margen de actuación del Tribunal Supremo para fijar/modificar criterios, términos de revisión, etc., es prácticamente ilimitado. Y, por otra parte, existen más vías para que el sistema estadounidense acoja el propósito de mantener controladas las actividades extraterritoriales de las empresas domésticas. Por ejemplo, mediante los foros estatales y la legislación de los diversos Estados de la Unión sobre protección del consumidor, según las oportunas demandas por publicidad engañosa respecto de las condiciones de trabajo en las cadenas de suministro o, en general, utilizando las basadas en ilícitos civiles, *torts*[84], o asimismo, a través de un acervo de normas de intervención del que he dejado constancia en otro lugar[85]. Junto al que destaca la pujante normativa de sanciones internacionales en materia de derechos humanos, extendida también a las empresas y al ámbito de la lucha contra la corrupción y que igualmente he tenido la

---

82 Vid., v.gr., SOSA NAVARRO, M., "Modern challenges within the law of state responsibility for human rights violations commited by non-state actors: special focus on business activity", *Diritti fondamentali*, 2020 (3) pp. 449-467 y LOPES SALDANHA, J.M, y ORLANDO DE OLIVEIRA, L.P., "The legal liability of transnational corporations: Between extraterritorial obligations of the states and universal justice", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 11 (2) 2021, pp.1-47.

83 En este sentido, vid., v.gr., LECLERQ, D., "Comentario a la decisión de la USSC", *The American Journal of International Law*, vol. 115 (4), 2021, pp. 694-700.

84 Vid., v.gr., la relativa al reciente caso *Acuña-Atalaya*, en CHAMBERS, R., *op. cit.*, p. 546 y s.

85 Vid. ZAMORA CABOT, F.J., "Extraterritoriality, outstanding aspects", en ZAMORA CABOT, F.J., HECKENDORN URSHELER, L. y, DE DYCKER, S., *Implementing the Guiding Principles on Business and Human Rights,* Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Schulthess, Zurich, 2017, pp. 77-92.

oportunidad de estudiar[86]. No debe olvidarse, además, que los Estados Unidos están recuperando a través de la Administración Biden un nuevo protagonismo en materia de protexcción de los derechos humanos, incluso como baza relevante en la fuerte pugna geopolítica que mantienen especialmente con China. Lo que juega en el sentido de, si se me permite, *mantener la casa en orden* en este ámbito de las empresas y tales derechos, como han destacado lúcidos intérpretes de la situación actual[87]. Todo ello parece conducir a no dar al olvido prematuramente al ATS, pues el acervo jurídico de los Estados Unidos se está reforzando en un sentido que lo favorece y, como apunté, no hay que descartar que surjan iniciativas de reforma que le puedan aportar un mayor vigor. Aparte del espaldarazo que recientemente ha recibido del Tribunal Federal del Distrito Oriental de Pennsylvania en su muy importante decisión en *Jane W. v. Moses Thomas*[88], en un caso al margen del binomio empresas y derechos humanos, el relativo a la llamada masacre de la Iglesia Luterana, en 1990, durante una de las dos Guerras Civiles de Liberia. Una decisión en la que aquella sede judicial no ha proyectado al presente orden el criterio de conducta en los Estados Unidos avanzado en *Nestlé*.

Con todo, y concluyo ya, lo más importante para mí respecto del *Alien Tort Statute*, con independencia de cuál acabe siendo su destino, es que se ha justificado ya plenamente como un hito histórico en la defensa de los derechos humanos, habiendo potenciado su extensa y brillante práctica la creciente atención que la comunidad internacional presta a tales derechos y, particularmente, a su interacción con las actividades empresariales.

Fruto de tiempos pretéritos, ese texto señala también un futuro, el de la continua lucha por la dignidad humana, en la que indudablemente hay que perseverar.

---

86 Vid., ZAMORA CABOT, F.J. y MARULLO, CH., "La Global Magnitski Act de los Estados Unidos: Sanciones internacionales contra la corrupción y las violaciones graves de derechos humanos", *Rivista OIDU*, 2019, pp. 536-549.

87 Vid., v.gr., CATÁ BACKER, L., "A preliminary consideration of *Nestlé v. Doe*: Joel Slavatsky on "The continuing odyssey of corporate liability in ATS litigation", *Law at the end of the day*, July 11, 2021. Asimismo, vid., v.gr., en general, BERSIN, A., *et al.*, "Business and human rights: global developments", *Lexology*, June 9, 2021 y TORRES, O. y ALONSO, M., "United States: U.S. Government takes a hard line to stop human rights abuses with clear signals to industry", *Mondaq*, October 15, 2021.

88 Vid., v.gr., su comentario por BAKER, E. *et al.*, "Historic judgment in Liberian Massacre Case advances US Law", accesible en https://www.justsecurity.org/78530/historic-judgment-in-liberian-massacre-case-advances-us-law/.

LA PAZ Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE: LA AUSENCIA DE UN CLARO MARCO NORMATIVO

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AUSENCIA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA CONFIGURACIÓN DE PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES. 3. EL ACERCAMIENTO PROGRESIVO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

De manera clara y sin fisuras, la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sostiene: "No puede haber desarrollo sostenible sin paz, ni paz sin desarrollo sostenible". Esta certera aseveración se ha convertido en un lugar común y, en el fondo, podría significar que el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones y con todo su contenido incorpora de manera imprescindible las nociones de paz y seguridad internacional y, con ello, los efectos políticos y jurídicos que se derivan. El carácter tan taxativo de lo que se predica no se corresponde, sin embargo, con las indicaciones políticas y normativas concretas que contiene la Agenda 2030. Por lo tanto, tampoco con los Objetivos y Metas que quedan recogidos en esta Agenda. Así, se puede comprobar que, en 2015, no se aprobó ningún Objetivo específico y singular sobre la paz y seguridad internacionales. A lo más, el Objetivo 16 transcribe la voluntad de: "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas" que, desde luego, no lleva a la conclusión de la existencia de un reconocimiento completo de todas las consecuencias que tienen la paz y la seguridad en la actual comunidad internacional. Pero, incluso, es difícil adivinar en cada una de las 10 Metas que recoge este Objetivo, una referencia explícita a los problemas esenciales, o al menos tradicionales y básicos, que proceden del postulado sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Tan solo se señalan específicamente algunos comportamientos que pondrían en riesgo la seguridad de los Estados como serían la delincuencia organizada o la trata de seres humanos.

---

[1] Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (castormiguel.diaz@urjc.es). El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de investigación de Alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Las distintas y abigarradas dimensiones que perfilan y configuran en la actualidad la noción de seguridad internacional[2] no se abordan con plenitud en la Agenda 2030. Las referencias a la paz en esta Agenda aparecen prioritariamente en el ámbito de los buenos deseos y propósitos o, si se quiere, en la introducción de la Resolución 70/1 que describe los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En particular, casi lo primero que dice la Declaración de 2015 es que "tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad", lo que se sitúa con toda claridad en el contexto netamente de las palabras destinadas a crear una atmósfera favorable a la Agenda y, por supuesto, dentro de los contenidos habituales de la retórica internacional. Sería probable que un poco más de sustancia se le debiera otorgar a que la paz sea concebida como una de las "esferas de importancia crítica para la humanidad y el planeta" y que, asimismo, los Estados se propongan "propiciar sociedades pacíficas, justas e inclusivas que estén libres del temor y la violencia"[3]. En cualquier caso, expresiones de este tipo, que coadyuvan a definir el marco de actuación en el desarrollo sostenible, deben venir acompañadas de iniciativas, medidas, mecanismos y políticas que otorguen entidad y trascendencia al propósito de mantener la paz y seguridad internacionales que, desde hace tiempo, impera en la comunidad internacional. En otras palabras, quedaría pendiente de aclarar si el desarrollo sostenible incorpora una dimensión específica referida a las cuestiones de paz que, a día de hoy, todavía no forma parte en este sentido de la noción de desarrollo sostenible. En efecto, de manera expresa esta noción únicamente cuenta con tres dimensiones: la económica, social y medioambiental[4].

La finalidad en este trabajo será entonces calibrar la relación que existe entre la Agenda 2030 y el Derecho internacional concerniente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Y el propósito primordial es descubrir si existe un vínculo entre ambas realidades y, en consecuencia, si las reglas que regulan la paz y la seguridad en el orden internacional deben ser tenidas en cuenta, en qué medida, y en qué términos para hacer efectivo los fines últimos del desarrollo sostenible. Es probable, sin embargo, que la Agenda 2030 dé por adquirido y totalmente incorporado en la Resolución 70/1 el acervo de la comunidad internacional en materia de mantenimiento de la paz y, asimismo, que dé por supuesta la completa aceptación de las normas que

---

2 Una primera aproximación en: PÉREZ GONZÁLEZ, M., "Seguridad nacional y seguridad internacional. Hacia un nuevo concepto de seguridad", en Seguridad nacional-Seguridad internacional, VIII Seminario "Duque de Ahumada" (7, 8 y 9 de mayo de 1996), Madrid, Ministerio del Interior, 1997, pp. 33-44.

3 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

4 Una obra de referencia: RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Barcelona, Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales, 2015.

regulan esta materia. Pero, de alguna forma, se deberían explicitar los lazos de cualquier tipo que unen los principios y normas sobre la paz en el orden internacional y el contenido que tiene el desarrollo sostenible en la Agenda 2030. Desde luego, habría que ir mucho más allá de las palabras. Puesto que hay que hacer realidad lo que dice la Resolución 70/1 en el sentido de que "hace 70 años, una generación anterior de líderes mundiales se reunió para crear las Naciones Unidas. A partir de las cenizas de la guerra y la división instituyeron esta Organización y los valores de la paz, el diálogo y la cooperación internacional que la sustentan. La Carta de las Naciones Unidas constituye la máxima expresión de esos valores"[5]. Un postulado acertado, pero insuficiente para extraer todas las consecuencias que derivan del desarrollo sostenible.

En esta perspectiva, lo que sí se debe aceptar es que "la paz es un pilar central para el logro de la Agenda 2030 (…)" y que, por ende, la interpretación de la Resolución 70/1 y, en su momento, de la Declaración del Milenio, "conducen a señalar que la paz es un punto de partida necesario para que se cumplan los actuales 17 ODS". De tal manera que "en la conformación de la sociedad internacional resultaría claro que la consecución de todos los ODS quedaría vinculada, en mayor o menor medida, con el logro de la paz internacional"[6]. Esto no conlleva, en modo alguno, que exista un nexo formal y sistémico entre el sistema normativo que asegura la paz en la comunidad internacional y el logro concreto de los ODS. Por ello, la búsqueda de los lazos entre esas dos realidades será un ejercicio que deberá realizarse ya que, como lo explicita con toda claridad la citada Resolución: "El desarrollo sostenible no puede hacerse realidad sin que haya paz y seguridad, y la paz y la seguridad corren peligro sin el desarrollo sostenible"[7]. En esencia, por lo menos la paz se concibe como el inicio imprescindible del desarrollo sostenible y quizá esta fuera la verdadera y ¿única? relación que correspondería establecer entre esas dos realidades. A partir de ahí, cabría reflexionar sobre el lugar que ocupan las normas internacionales sobre mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en la lógica y en la aplicación de la Agenda 2030.

Es innegable que se podría poner el énfasis, como lo hizo el Gobierno español, en que la ausencia de desarrollo sostenible sería una causa que provoca conflictos. En realidad, la pobreza o la desigualad social serán relevantes factores que, con toda seguridad, "suponen un desafío para la paz y generan un terreno fértil para el surgimiento de conflictos"[8]. En consecuencia, queda

---

5 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

6 DÍAZ GALÁN, E. C., "Paz y objetivos de desarrollo sostenible: la contribución del objetivo 16"en *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas,* Madrid, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos, Universidad Carlos III, 2018, p. 250.

7 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

8 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

claro que el desarrollo sostenible contribuye de manera decisiva a disipar y eliminar determinadas causas de conflicto, además de sentar las bases para una paz duradera[9]. En consecuencia, la labor capital que realiza el desarrollo sostenible es desactivar aquellos componentes que originan los conflictos y, con ello, asegurar un contexto de paz en la sociedad internacional. Pero ello, podría significar que el concepto de desarrollo sostenible tuviera una interpretación excesivamente amplia y, en verdad, acaparadora de toda la realidad internacional. Es decir, el vínculo entre la paz y el desarrollo sostenible debe quedar asegurado, pero no se puede hacer depender un concepto de otro, a no ser que se abriguen extensas interpretaciones, en perspectiva conceptual, tanto de la paz como del desarrollo sostenible[10].

A pesar de todo lo dicho, existen autores que entienden que la paz es un punto de referencia esencial e inexcusable del desarrollo sostenible. Así, F. Rojas ha dicho que "el desarrollo de los 17 objetivos que se han planteado las naciones y los pueblos que conforman Naciones Unidas, establecen una nueva visión sobre la agenda global, en la cual la paz se ubica en el centro, al buscar constituir sociedades justas, inclusivas, que estén libres de temor, de violencia y que las necesidades básicas se encuentren satisfechas"[11]. Esto se había entendido así, incluso con anterioridad, y por ello la Declaración del Milenio, de 2000, expresó algún tipo de vinculación entre paz y desarrollo al defender que "las Naciones Unidas son el hogar común e indispensable de toda la familia humana, mediante el cual trataremos de hacer realidad nuestras aspiraciones universales de paz, cooperación y desarrollo"[12].

---

9 Se dice, incluso, que "la paz, a su vez, consolida las condiciones requeridas para el desarrollo sostenible y moviliza los recursos necesarios que permiten a las sociedades desarrollarse y prosperar", *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. El documento fue aprobado en el Consejo de Ministros del 29 de junio de 2018, Madrid, 2018.

10 *Vid.,* mi trabajo: DÍAZ BARRADO, C. M., "Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas", *Anuario Español de Derecho Internacional,* núm. 32, 2016, pp. 9-48.

11 ROJAS ARAVENA, F., "Balance de las Misiones de Paz: como mejorar sus prácticas", en Manuela Mesa (coord.) *Retos inaplazables en el sistema internacional, Anuario CEIPAZ* 2015-2016, pp. 121-122.

12 A/RES/55/2, 13 de septiembre de 2000.

2. AUSENCIA DEL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA CONFIGURACIÓN DE PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES

Los principios esenciales que regulan las relaciones internacionales en el campo del uso de la fuerza y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales se asentaron en el orden internacional y han producido sus efectos sin relación alguna con el desarrollo sostenible. En otros términos, estos principios fueron elaborados y aceptados por los Estados que conforman la comunidad internacional cuando la noción de desarrollo sostenible era absolutamente extraña en la práctica internacional y desconocida por la doctrina científica y jurisprudencia internacional[13]. De este modo, por ejemplo, el principio que prohíbe el uso de la fuerza, como queda recogido en el artículo 2, 4 de la Carta de las NU, poco tiene que ver en su recorrido histórico, en su evolución, en su contenido y en su alcance con los aspectos que definen, perfilan y demarcan el contenido del desarrollo sostenible. Lo mismo acontece con los otros dos principios, también esenciales del orden internacional, que cimientan la arquitectura de la paz en la comunidad internacional, es decir, el principio de la no intervención y el principio de solución pacífica de controversias internacionales.

De todo ello, se desprende que la paz y la seguridad o, por lo menos, las concepciones y visiones más tradicionales del fenómeno de la paz en la escena internacional se cumplen y realizan plenamente, aunque no se atisben los requerimientos que aseguran el desarrollo sostenible en el planeta. Desde luego, sería difícil articular los lazos entre los principios indicados y el concepto de desarrollo sostenible y, menos todavía, con el contenido de la Agenda 2030. En la Resolución 70/1 lo más que se dice al respecto es que "la nueva Agenda se inspira en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del derecho internacional"[14]. Con toda seguridad, esto incluye los principios que se han mencionado, pero a través de una alusión ciertamente genérica y marginal y seguramente pensando más, a la luz de lo que se señala con posterioridad, en el campo relativo a la protección internacional de los derechos humanos.

En resumen, el nudo que se trabaría entre los principios esenciales del Derecho Internacional, es decir, los que aseguran y garantizan la paz en el orden

---

[13] En este último caso, se abordó la necesidad de que la Corte Internacional de Justicia se ocupara de las cuestiones relativas al medio ambiente. Véase: OLIVEIRA DO PRADO, R. Cl., "La ecologización de la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 11, 2011, pp. 45-67.

[14] A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

internacional,[15] y el desarrollo sostenible sería un tanto indirecto e impreciso y, sobre todo, se haría efectivo a través de una referencia sumamente genérica al ordenamiento jurídico internacional y a sus principios que quedaron plasmados en el instrumento fundacional de la Organización universal. Pero, en realidad, sería posible decir que ninguno de los principios que se han indicado precisa del desarrollo sostenible para tener plena eficacia y para producir la totalidad de los efectos jurídicos que les correspondan. El enfoque de la paz en el que se fundamentan estos principios no está ávido de los complementos político-normativos que pudiera proporcionar el desarrollo sostenible. La comunidad internacional podría garantizar entonces este tipo de paz en el conjunto de las relaciones internacionales, a pesar de no contar con el requisito previo de afianzar un desarrollo sostenible. En resumen, la perspectiva clásica y tradicional de los principios esenciales del orden internacional asegura la solidez de esta posición.

Otra cuestión distinta sería colegir las consecuencias que se producen en sectores más específicos que integran los mencionados principios. Así, por ejemplo, en el terreno singular del principio de solución pacífica de las controversias internacionales, se podría aceptar, tal y como se ha pronunciado el Gobierno español, que nuestro país "considera indispensable el uso de una diplomacia preventiva que integre *el desarrollo sostenible*, la paz, la gobernanza, los derechos humanos y el Estado de derecho"[16]. En este caso, y en otros muchos, se asoma una nueva visión, con otros contenidos, en el campo de los principios esenciales del Derecho internacional.

Ahora bien, otra senda que también se abre sería la que concibe el desarrollo sostenible como un principio esencial autónomo del Derecho Internacional y, desde ahí, intentar buscar sus conexiones con el resto de los principios que gozan de esta naturaleza. En este caso, ya he realizado diversas reflexiones sobre el carácter de principio estructural que tendría el desarrollo sostenible. En esta línea, expresé que siempre conviene preguntarse si la noción de desarrollo sostenible, desde la proclamación de los ODS, ha iniciado por fin el camino que le conduciría hacia su consagración como principio estructural del orden internacional o si, por el contrario, esta proclamación sería todavía insuficiente y prematura para lograr que el desarrollo sostenible ocupe un lugar "constitucional". La conclusión sigue siendo que el desarrollo sostenible no forma parte todavía de los principios fundamentales del orden jurídico internacional, pero sí que se ha iniciado, desde hace algún tiempo, el camino

---

15 Para examinar la relación de la Agenda 2030 con el Derecho internacional ver las interesantes reflexiones de: DÍAZ GALÁN, E. "El valor jurídico de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible: ¿una nueva tendencia normativa?, *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 2021.

16 Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, "Diplomacia preventiva: prioridades españolas", http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/SolucionPacificaDeControversias.aspx.

para que adquiera naturaleza constitucional. Por lo menos, existiría una estrecha y profunda vinculación entre las realidades que expresan el desarrollo y la comunidad internacional.

Más todavía, se podría seguir diciendo que la noción de desarrollo sostenible no goza de una plena autonomía conceptual, política y normativa. Con esto, se retrasa su configuración como principio fundamental del orden internacional. En realidad, la noción de desarrollo sostenible expresaría, en esencia, una íntima relación y algo de dependencia con determinados principios del orden internacional y no lograría por ello alcanzar su propia autonomía y conformarse y cristalizar como principio propio y singular del ordenamiento jurídico internacional[17]. Pero, precisamente, un eventual principio sobre desarrollo sostenible guardaría muy escasas relaciones con los principios más próximos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, puesto que se acercaría mucho más a otros como serían el principio de la cooperación internacional o el principio de la protección internacional de los derechos humanos y, si existiera como tal, el principio de la protección internacional del medio ambiente. Es decir, el desarrollo sostenible parece alejado de la conformación político-jurídica de los principios tradicionales que garantizan la paz en el orden internacional.

Por todo, al estar prácticamente cerrado el cauce que pudiera conducir a una notable vinculación normativa e incluso política entre la Agenda 2030 y los principios estructurales del orden internacional que verdaderamente amarran, o al menos de manera principal, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, es bastante posible que fuera en el terreno de las Misiones internacionales de Paz donde se podrían producir algunas ligazones entre el desarrollo sostenible y la noción de paz y seguridad en sentido más tradicional[18]. Bastaría citar como ejemplo, la resolución del Consejo de Seguridad 1272 (1999), acordada en relación con el asunto de Timor Oriental, en la que se decide que el mandato de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET) tenga entre sus componentes, más allá de los clásicos de carácter militar, de gestión y administración de los asuntos públicos o de asistencia humanitaria y rehabilitación de emergencia, refiriéndose específicamente: "Ayudar al establecimiento de las condiciones *necesarias para el desarrollo sostenible*"[19]. También, desde la perspectiva doctrinal y del análisis, se viene sosteniendo en ocasiones la existencia de un nexo entre Misiones de paz y desarrollo sostenible. Así, se ha

---

17 DÍAZ BARRADO, C. M., *Los objetivos de desarrollo sostenible cit.*, pp. 18 y 25.

18 Se ha intentado en sentido más amplio a través de las Agendas para la Paz. GARCÍA SÁNCHEZ, I. J., "Los ODS, la agenda de Naciones Unidas para la Paz: el vínculo solidario de la Seguridad, el Desarrollo y los Derechos Humanos", Instituto Español de Estudios Estratégicos, *Documento de Análisis*, 37/2018 octubre de 2018, pp. 1-17.

19 S/RES/1272, 25 de octubre de 1999.

dicho que "tradicionalmente, la paz se ha abordado en pasos independientes y consecutivos: primero, a través de misiones humanitarias de rescate; enseguida, asegurando un alto el fuego y desplegando soldados de las fuerzas de mantenimiento de la paz; luego, creando un nuevo sistema de gobierno; y, finalmente invirtiendo en el desarrollo económico, social y ambiental. Pero la consolidación de la paz y el desarrollo son simbióticos (…)"[20]. Incluso, se ha llegado a utilizar el término "paz sostenible". Pero, es verdad que esto se ha hecho en relación con otros comportamientos distintos a los tradicionales de agresión, intervención armada o represalias y que estuvieran relacionados con la paz y la seguridad. Ciertamente, se podría suscribir que "se aprecian formas de violencia poco comprendidas o inéditas, en convivencia con retos al desarrollo y otros fenómenos que pueden afectar el funcionamiento mismo de los Estados", es decir, un entorno de "nuevos riesgos y amenazas a la seguridad, que van más allá de la conceptualización tradicional de la guerra o agresiones y que, en ocasiones, aquejan a sociedades que podrían considerarse en paz"[21].

En definitiva, no se ha producido la incorporación de la noción de paz entre los componentes del desarrollo sostenible. A lo más, en la actualidad, cabría un enfoque de la paz más amplio y generoso en el que tuvieran cabida algunos de los aspectos que se definen en la Agenda 2030. De esta manera lo entiende, por ejemplo, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) para quien el concepto amplio de seguridad que tiene esta Organización y "que abarca los aspectos político-militares, la economía y el medio ambiente, al igual que los derechos humanos y la democracia, es plenamente compatible con la Agenda 2030"[22]. En la misma línea, el Secretario General de Naciones Unidas ha visto esta vinculación y, de esta manera, en el Informe de 2020 sobre los ODS ha llegado a señalar que la Agenda 2030 "se inició en el año 2015 para poner fin a la pobreza y encauzar al mundo en el camino de la paz (...)"[23]. Lo que apunta a una relación posible y conveniente entre la paz y el desarrollo sostenible.

---

20 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. "Desarrollo sostenible y mantenimiento de la paz: dos caras de la misma moneda", por Magdy Martínez-Solimán, 20 julio 2017, https://www1.undp.org/content/undp/es/home/blog/2017/7/20/Sustainable-development-and-sustaining-peace-Two-sides-of-the-same-coin.html.

21 GÓMEZ CAMACHO, J. J., "Paz sostenible: nuevo paradigma para el trabajo de la ONU", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 110, 2017, pp. 64-65.

22 Naciones Unidas: "Fomento de la paz y el desarrollo sostenible: compromiso genuino de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa", https://www.un.org/es/chronicle/article/fomento-de-la-paz-y-el-desarrollo-sostenible-compromiso-genuino-de-la-organizacion-para-la-seguridad.

23 Naciones Unidas: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020*, New York, 2020, p. 2.

3. EL ACERCAMIENTO PROGRESIVO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE A LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONALES

Aunque la paz y la seguridad no hubieran llegado a ser ingredientes de la noción de desarrollo sostenible, y no debieran serlo, sería innegable que la paz es una condición indispensable para que se produzca el desarrollo. La seguridad debe habitar en el planeta y en las regiones para que los Estados y las personas actúen en contextos de desarrollo y, más todavía, de desarrollo sostenible. Desde luego, existen muchos motivos que justifican la existencia de sólidos nexos entre la paz y seguridad y el desarrollo sostenible que, de un modo u otro, han sido descritos en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, en el Informe titulado "Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", de 2005, el Secretario General de Naciones Unidas informó de la labor de seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, y recogió referencias que explicitan los lazos que deberían existir entre la paz y la seguridad con desarrollo sostenible. En esta ocasión, entre otras cosas, queda asegurado que "la interpretación más amplia de la libertad también incluye la idea de que el desarrollo, la seguridad y los derechos humanos van de la mano"[24]. Son realidades que están estrechamente unidas y el logro de unas implica necesariamente la consecución de las otras. Incluso, en este documento se plasman otras expresiones que hacen pensar: primero, que las dos realidades (paz y desarrollo) explicitan derechos que son complementarios, cuyo goce y disfrute deben ser simultáneos[25]; y, segundo, que las dos realidades se refuerzan mutuamente porque la comunidad internacional debe perseguirlas al mismo tiempo[26]. Es decir, realidades y derechos que van estrechamente unidos y que uno depende del otro, por lo menos en relación con su eficacia en el orden internacional. En palabras del Secretario General: "no tendremos desarrollo sin seguridad, no tendremos seguridad sin desarrollo y no tendremos ni seguridad ni desarrollo si no se respetan los derechos humanos. Si no se promueven todas esas causas, ninguna de ellas podrá triunfar"[27].

---

24 A/59/2005, 21 de marzo de 2005.p. 5, párr. 14.

25 Se dice que "todos los seres humanos tienen derecho a la seguridad y el desarrollo", *ibid.*, p. 6, párr. 15.

26 Se entiende que "el desarrollo, la seguridad y los derechos humanos no solo son indispensables sino que también se fortalecen recíprocamente", *ibid.*, p. 6, párr. 16.

27 *Ibid.*, p. 6, párr. 17. Incluso, más allá todavía, se ha buscado la vinculación más específica entre desarrollo sostenible y defensa, con especial énfasis en los temas de carácter militar Por lo que se dice que "es decisivo en el ámbito de la Defensa y Seguridad Nacional (…) la incorporación del concepto de sustentabilidad militar, ya que o se asume o bien sencillamente cada uno verá y sufrirá los efectos sobre su respectiva sociedad nacional, local y familiar. Por ello es indispensable para las Instituciones Armadas abrazar la política del desarrollo sustentable (…), OLIVARES DYSLI, L. B., "Desarrollo sostenible, defensa y seguridad nacional", Instituto Español de Estudios Estratégico, Documento Opinión 119/2014, 23 octubre de 2014, p. 11.

Por todo, no sería equivocado entender que la presencia de la paz y de la seguridad es la base fundamental para que se produzca una situación de verdadero desarrollo sostenible. Incluso, desde la otra perspectiva, cabría asegurar que existiendo un entorno en el que predomine el desarrollo sostenible sería perfectamente posible garantizar una paz estable y duradera[28]. Los factores y componentes de la inseguridad en la escena internacional son los que impiden u obstaculizan, con frecuencia, el logro del desarrollo sostenible o, por lo menos, como se ha dicho, "con el tiempo impli(can) (…) una reducción de los niveles de compromiso hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible"[29]. De ahí que los dos vínculos son interdependientes y llevan prácticamente al mismo resultado, es decir, es innecesario incorporar la dimensión de la paz y la seguridad en la noción de desarrollo sostenible y, sobre todo, es acertado englobar los aspectos que definen la seguridad internacional como causas que robustecen el concepto autónomo de desarrollo sostenible. De manera todavía más directa sería posible apostar, en definitiva, por "el reconocimiento de la paz y la seguridad como condición indispensable para la realización de un verdadero desarrollo humano y social (…)"[30].

Quizá se podría dar un paso más adelante. La configuración de un nuevo concepto de seguridad, o de nuevos conceptos, en la escena internacional allana el camino para que el desarrollo sostenible, o alguno de sus principales componentes, penetren en aquél y se produzca una aproximación, también política y normativa, entre la paz y seguridad internacionales y el desarrollo sostenible. Esto es lo que persigue la Agenda 2030 con el reconocimiento del Objetivo 16 en la parte que se refiere a la búsqueda de sociedades pacíficas. La aceptación generalizada en la práctica de los Estados de una seguridad internacional de carácter multidimensional propugna que los aspectos que definen al desarrollo sostenible pudieran tener acogida e, incluso, se entremezclasen con los elementos que describen la nueva seguridad en el orden internacional. En la actualidad, tanto en el plano universal como en los planos regionales, únicamente se predica una seguridad que tiene significado y alcance multidimensionales, lo que ha llevado a priorizar la denominada "seguridad humana"[31].

---

28 CASTELLANOS GRANDE, L., "El desarrollo sostenible como instrumento para una paz duradera" *Ejército: de tierra español*, núm. 897, 2015, pp. 22-28.

29 ALVARES GARCIA JÚNIOR, A., "Los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible y la inseguridad internacional: perspectiva geoeconómica", en *Las Amenazas a la Seguridad Internacional Hoy,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 68.

30 VACAS FERNÁNDEZ, F., y TASCIONI, G., "La paz y seguridad en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible", en *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas,* Carlos R. Fernández Liesa y Ana Manero Salvador (dirs.), Madrid, Aranzadi, 2017, p. 457.

31 Un trabajo de interés: PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Seguridad Humana", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, 2012, pp. 167-173.

En Naciones Unidas se ha desarrollado con profusión la noción de seguridad humana y así se reconoce que "el enfoque de la seguridad humana es un marco de análisis y planificación de valor comprobado que ayuda a las Naciones Unidas a formular respuestas más amplias y preventivas de carácter intersectorial y a desarrollar soluciones contextualmente pertinentes y crear alianzas para contribuir a hacer realidad un mundo libre de temor, miseria y falta de dignidad"[32]. Este concepto ha quedado estrechamente ligado al desarrollo sostenible y expresa particularmente el carácter multidimensional de la seguridad internacional. En esta línea, se pronunció, por ejemplo, la Resolución 66/290 de la Asamblea General de la Organización universal, de 2012, sobre el "Seguimiento del párrafo 143, relativo a la seguridad humana, del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005". Y se constató que "el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos son los pilares de las Naciones Unidas y están interrelacionados y se refuerzan mutuamente", por lo que "lograr el desarrollo es un objetivo esencial en sí mismo y la promoción de la seguridad humana debe contribuir a hacer realidad el desarrollo sostenible, así como los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente (…)"[33].

También en espacios regionales se ha afincado un enfoque de la seguridad de significado multidimensional, en el que está presente la noción de seguridad humana; y todo ello, de un modo u otro, conduce al desarrollo sostenible. Por solo citar dos ejemplos, se podría apreciar: Por una parte, en la Organización de Estados Americanos (OEA), siendo así que esta Organización hemisférica aborda habitualmente las realidades y contenidos que encierra la seguridad multidimensional. En particular, la Declaración sobre la Seguridad en las Américas, de 2003, insiste hasta la saciedad en que la seguridad tiene un carácter multidimensional, llegando a la conclusión de que "la concepción de la seguridad en el Hemisferio es de alcance multidimensional". Este instrumento no alude explícitamente al desarrollo sostenible[34] pero, al menos, defiende la vinculación entre desarrollo y seguridad. Así, la concepción americana de la seguridad multidimensional contribuye "a la consolidación de la paz, al desarrollo integral y a la justicia social (…)". Y, sobre todo, cuando se afirma que la seguridad se robustece al profundizar en la dimensión humana. Puesto que "las condiciones de la seguridad humana mejoran mediante el pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, así como mediante la promoción del desarrollo económico y social, la inclusión social, la educación y la lucha contra

---

32 Naciones Unidas, Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para la seguridad humana, https://www.un.org/humansecurity/es/what-is-human-security/.

33 A/RES/66/290, 25 de octubre de 2012.

34 De lo más que se habla es de "promover el uso sustentable de nuestros recursos naturales y avanzar hacia el desarrollo integral, y a promover la preservación del medio ambiente en forma cooperativa", OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

la pobreza, las enfermedades y el hambre"[35]. Por otra parte, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha acogido también una perspectiva multidimensional de la seguridad internacional. Desde luego, el análisis de la labor de esta Organización en el campo de la seguridad pone de relieve claramente un concepto amplio de seguridad que "abarca los aspectos político-militares, la economía y el medio ambiente, al igual que los derechos humanos y la democracia", lo que "es plenamente compatible con la Agenda 2030"[36].

Se podría decir mucho más de cómo la noción de seguridad multidimensional y de seguridad humana han ido penetrando en la práctica internacional y cómo, desde este prisma, se comprenden perfectamente los lazos existentes entre seguridad y desarrollo sostenible. No obstante, la mera aproximación de estos conceptos sería insuficiente para que se pudieran extraer consecuencias de tipo jurídico de esa vinculación. Por ello, habría que subir un escalón más y destacar que los nuevos conceptos de seguridad y los perfiles de la noción de desarrollo sostenible es probable que encontrasen puntos de conexión mediante la convicción de que la seguridad está en riesgo por las amenazas tradicionales, pero también, como dice la Declaración sobre la Seguridad en las Américas, por "nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos". Esto conlleva que, en materia de seguridad, "el concepto y enfoque tradicionales deben ampliarse para abarcar amenazas nuevas (…) que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales"[37]. Y aquí es donde tendrían cabida, desde luego, todos los aspectos atinentes al desarrollo sostenible. Lo mismo ha sido reconocido por la doctrina científica. Se ha dicho, con razón, que se precisa "una concepción nueva en la que la paz y seguridad, desarrollo y respeto de los derechos humanos no se sigan viendo como compartimentos estancos, sin influencia ni conexión entre ellos, sino como un todo íntimamente relacionado en el que la relación simbiótica entre los tres resulta esencial"[38]. En resumen, este punto de vista es generalmente aceptado en la práctica de los Estados y de las Organizaciones internacionales; es una visión que está suficientemente asentada en la doctrina científica; y representa el punto de partida desde el que debe discurrir el cumplimiento de la Agenda 2030.

Esta Agenda lo que hace es cobijar este enfoque amplio de la paz y la seguridad en el orden internacional como se puede deducir de la lectura del

---

35 *Ibid.*

36 Naciones Unidas: Fomento de la paz y el desarrollo sostenible: compromiso genuino de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, https://www.un.org/es/chronicle/article/fomento-de-la-paz-y-el-desarrollo-sostenible-compromiso-genuino-de-la-organizacion-para-la-seguridad.

37 OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

38 VACAS FERNÁNDEZ, F., y TASCIONI, G., *La paz y seguridad en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible cit.*, pp. 448-449.

Objetivo 16[39] y la pretensión de este Objetivo y sus Metas de asegurar sociedades pacíficas y que estén libres de todo tipo de violencia. Sin embargo, la lectura de las Metas que incorpora el Objetivo 16 refleja la ausencia de una sistematización en la materia y, en el fondo, la falta de una perspectiva completa y coherente que permitiera establecer una lógica relación entre la paz y la seguridad y el desarrollo sostenible. En la mayoría de los casos, los contenidos de estas Metas son confusos, genéricos, abstractos e imprecisos sin que se impongan en ocasiones plazos o condiciones para el logro de lo que pretenden. Con toda nitidez, se advierte en la primera Meta cuando se quiere "reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo"[40]. Así, el significado de la violencia a la que se refiere esta meta deberá ser traducido en función de lo que sobre violencia se señala en la totalidad de la resolución 70/1, siendo así que la mejor explicación se halla en el párrafo 35, en el que destaca: Primero, que "en la Agenda se abordan los factores que generan violencia, inseguridad e injusticias, como las desigualdades, la corrupción, la mala gobernanza y las corrientes ilícitas de recursos financieros y armas". Segundo que se deben redoblar los "esfuerzos para resolver o prevenir los conflictos y apoyar a los países que salen de un conflicto (…)[41], lo que puede engarzar con naturalidad con las cuestiones referentes al desarrollo sostenible.

Pero se debe llamar la atención en que las Metas del Objetivo 16 ponen la vista prioritariamente en lo que se podrían denominar "nuevas amenazas y desafíos" en el campo de la seguridad y, por lo tanto, se ignoran al menos explícitamente las amenazas tradicionales. A esto responden las referencias al "maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños" (Meta 16.2); la voluntad de reducir "corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada" (Meta 16.4); el ánimo de "reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas" (Meta 16.5); y el deseo de lograr "la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia" (Meta 16 a). Ninguna referencia se hace, sin embargo, al narcotráfico o al lavado de activos y tampoco a los desastres naturales[42]. En este caso, se abordan los efectos de

---

39 Por todos, una visión general en: SANAHUJA PERALES, J. A., "Paz, seguridad y gobernanza: el ODS 16 y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible", en *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas cit.*, pp. 27-54.

40 A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

41 *Ibid.*

42 Ello a pesar de que en la introducción a los Objetivos se reconoce que "los riesgos mundiales para la salud, el aumento de la frecuencia y la intensidad de los desastres naturales, la escalada de los conflictos, el extremismo violento, el terrorismo y las consiguientes crisis humanitarias y desplazamientos forzados de la población amenazan con anular muchos de los avances en materia de desarrollo logrados durante los últimos decenios", *ibid.*

los desastres naturales, pero, en ningún caso, quedan vinculados con la paz y seguridad internacionales. Así se hace en la meta 13. 1, en el campo del cambio climático, cuando se habla de "fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países"[43].

En esencia, algunos componentes de la delincuencia organizada son los que aparecen explícitamente recogidos, y con mayor interés, en la Agenda 2030 bajo la rúbrica de "sociedades pacíficas", pero no se procede a una enumeración más detallada de los riesgos, amenazas, preocupaciones y desafíos que existen en la comunidad internacional actual y, sobre todo, la relación de todo ello con el desarrollo sostenible. Esta forma de proceder se diferencia de lo que hizo la Declaración sobre la Seguridad en las Américas, incluso previamente a los avances que se han producido en la consagración de la noción de desarrollo sostenible. Esta Declaración americana estimó que "la seguridad (…) se ve afectada (…) por amenazas tradicionales y por las siguientes nuevas amenazas, preocupaciones y otros desafíos de naturaleza diversa", entre los que se incluyen "los desastres naturales"[44].

4. CONCLUSIONES

Sería imperdonable que los sólidos argumentos en favor del desarrollo sostenible prescindieran absolutamente de la paz y seguridad internacionales y, también, estaría fuera de todo lugar que se ignorase la relación que debe existir entre ambas realidades. Hace tiempo, en 1994, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, B. Boutros Ghali, elaboró y presentó "Un programa de desarrollo" en respuesta a la petición de la Asamblea General mediante su Resolución A/47/181, de 22 de diciembre de 1992. En sus reflexiones se incluían notables referencias a los eventuales vínculos entre paz y desarrollo en el orden internacional. En tal sentido, llegó a decir que "el desarrollo es un derecho humano fundamental; es también la base más segura para la paz". Por lo que era fácil advertir que "si no hay desarrollo, tampoco hay perspectivas de alcanzar una paz duradera", e igualmente que "los conflictos y las contiendas civiles amenazan de forma creciente la paz internacional y constituyen grandes obstáculos al desarrollo". En esta línea, concibió la existencia de cinco dimensiones básicas del desarrollo y precisamente la paz era la primera de todas. A partir de ahí, le dedicó un apartado específico a esta dimensión del desarrollo bajo el título: "La paz como base fundamental" y alcanzó la siguiente conclusión: "Las cinco dimensiones del desarrollo (…)

---

43 *Ibid.*

44 OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

están estrechamente vinculadas entre sí. Esas dimensiones no son arbitrarias, sino que surgen de medio siglo de trabajo práctico de las Naciones Unidas con los gobiernos, las organizaciones y los pueblos"[45].

Sobre esta base sería ingenuo desconocer los eventuales nexos conceptuales y normativos que pudieran existir entre paz y seguridad y desarrollo sostenible. Esto no supone en modo alguno que la Agenda 2030 reconozca la existencia de una dimensión singular del desarrollo sostenible referida a la paz y/o a la seguridad. Menos todavía, esta Agenda no realiza una descripción pormenorizada y sistemática que vislumbre los efectos que se derivan en el orden jurídico de esa relación y, ni tan siquiera, contiene una alusión más específica a las normas que regulan el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, más allá de la imprescindible mención a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y a la necesidad de respetar el Derecho internacional. En pocas palabras, la lectura sosegada de la Agenda 2030 podría hacer pensar que desdeña premeditadamente la arquitectura jurídica que sustenta la paz y la seguridad en el orden internacional: bien porque da por sentado que el desarrollo sostenible únicamente se logra salvaguardando el marco normativo internacional en materia de paz; o bien porque juzga innecesario penetrar en un sector del ordenamiento jurídico internacional que goza de autonomía, que tiene sus propias características, y que está suficientemente desarrollado.

Todo ello explica que, entre los Objetivos y las Metas, la Agenda 2030 carezca de una visión completa de la paz y seguridad internacionales. Y que, en concreto, ponga la mirada especialmente sobre aquellos comportamientos que comprometen la viabilidad de sociedades pacíficas y que quedan englobados entre las nuevas amenazas, desafíos, riesgos y preocupaciones a los que se enfrenta la comunidad internacional en la actualidad. En este caso, se le otorga un lugar más privilegiado a la delincuencia organizada y, por ende, a algunos de los comportamientos que integran esta realidad, por lo que se habla de "luchar contra todas las formas de delincuencia organizada". En este sentido, habrá que reconocer, por lo menos, como se ha dicho, que "la comunidad internacional se ha decantado progresivamente por apreciar que la delincuencia organizada se ha convertido en un factor relevante que incide sobre el desarrollo sostenible"[46].

---

45 https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R8/R8DOC01.html.

46 RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. A., "El derecho internacional, los ODS y la lucha contra el crimen transnacional", en *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas cit.*, p. 197.

EL *FORUM NECESSITATIS* EN LA UNIÓN EUROPEA: ANÁLISIS SOBRE SU IDONEIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS VULNERADOS POR EMPRESAS TRASNACIONALES

JOSEP GUNNAR HORRACH ARMO[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONTEXTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN. 2.1. CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN DEL *FORUM NECESSITATIS*. 2.2. VOCES DISCREPANTES. 3. CONTENIDO Y REQUISITOS DEL *FORUM NECESSITATIS*. 3.1. SUBSIDIARIEDAD. 3.2. EXCEPCIONALIDAD. 3.3. CONEXIÓN SUFICIENTE. 3.4. MATERIAS Y ACCIONES INCLUIDAS. 4. APUNTE FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objetivo fundamental analizar la idoneidad en el ámbito de la Unión Europea de la adopción de un foro de necesidad (*forum necessitatis*) para otorgar una adecuada tutela judicial en el ámbito de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas trasnacionales. Este foro tendría como finalidad permitir a los tribunales de un Estado miembro, que inicialmente no ostentaban jurisdicción, conocer de forma excepcional y subsidiaria de una acción civil derivada de la violación de derechos humanos, siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones que comentamos en este estudio.

En concreto, este foro estaría previsto para otorgar una respuesta eficaz frente a las vulneraciones de los derechos humanos perpetradas por grandes empresas o grupos empresariales, normalmente de carácter transnacional, las cuales suelen estar compuestas por una empresa matriz y otras empresas secundarias en forma de filiales, sucursales, agencias u otros establecimientos que, debido a su intrincado entramado empresarial, dificultan a las víctimas la obtención de una adecuada tutela judicial efectiva. Sin ánimo de exhaustividad, entrarían dentro de esta categoría, por ejemplo, los múltiples casos de daños medioambientales derivados de vertidos contaminantes, las actividades de industrias extractivas, la explotación laboral de personas vulnerables, la explotación sexual, el desplazamiento forzoso de comunidades indígenas, las amplias y sistemáticas expropiaciones ilegales, entre otros casos que comprenden incluso la tortura o el exterminio de las personas involucradas. En todo

[1] Profesor ayudante doctor de Derecho Internacional Privado en la Universitat de les Illes Balears (josep. horrach@uib.es)

caso, en el presente trabajo, por sus lógicas limitaciones, sólo nos centramos en la vertiente civil de estas vulneraciones, es decir, en las acciones que tienen por objeto indemnizar a la víctima y/o afectado, reparar el daño causado y las tendentes a paralizar o cesar la actividad ilícita.

2. CONTEXTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

2.1. Contexto y justificación del forum necessitatis

En el ámbito de la vulneración de los derechos humanos producidas por grandes corporaciones transnacionales, debido a la deslocalización de las empresas causantes del daño, podrían surgir dificultades para garantizar el derecho de los ciudadanos a un proceso justo y equitativo, con las garantías de independencia e imparcialidad, tal como se proclama en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[2] y como ha tenido la ocasión de precisar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[3]. Además, cabe tener presente que los Estados están obligados a contar con mecanismos eficaces para prevenir y reparar las violaciones de los derechos humanos en su jurisdicción[4]. El papel que deben adoptar los Estados en el ámbito de las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas ha sido recogido en el apartado 26 de los "Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos"[5], el cual indica que "deben adoptar las medidas

---

2 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

3 STEDH 21 de febrero 1975, Golder c. Reino Unido, ap. 36, donde se indica que "el artículo 6, párrafo 1, garantiza a todos el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier litigio referente a sus derechos y obligaciones de carácter civil. Consagra, por tanto, «el derecho a un Tribunal» […]". La STEDH de 15 febrero 2005, Steel/Morris c. Reino Unido, ap. 59, consagra el derecho de las víctimas a una reparación justa e íntegra de sus reclamaciones y la posibilidad de defender eficazmente su causa ante un juez. Por su parte, la STJUE de 22 diciembre 2010, C-279/09, DEB, EU:C:2010:811, indica que "el derecho de acceso a un tribunal constituye un elemento inseparable del derecho a un proceso equitativo reconocido por el artículo 6, apartado 1, del CEDH".

4 Para una visión amplia de esta cuestión, *vid.*: AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N., "Judicial remedies: The issue of jurisdiction", en ÁLVAREZ RUBIO, J.J., y YIANNIBAS, K. (eds.), *Human Rights in business. Removal of barriers to Access to justice in the European Union*, Nueva York, Routledge, 2017, pp. 7-37, en especial, p. 11-16. Para una visión completa de las fuentes en materia de derechos humanos que modulan la responsabilidad de las empresas trasnacionales, *vid.*: PIGRAU, A., "Empresas multinacionales y derechos humanos: la doble vía del consejo de derechos humanos de las naciones unidas", en CHIARA MARULLO, M., y ZAMORA CABOT, F.J. (eds.), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Nápoles, Editoriale Scientifica, pp. 27-68.

5 Documento de las Naciones Unidas elaborado el 21.03.2011: HR/PUB/11/04. Como indica el informe, "los obstáculos legales que pueden impedir que se traten casos legítimos de violaciones de los derechos humanos relacionados con empresas pueden darse, por ejemplo, en las siguientes circunstancias: Cuando los demandantes son víctimas de una denegación de justicia

apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación".

En este contexto, para evitar una posible denegación de justicia, resulta imprescindible que el perjudicado pueda hacer valer sus pretensiones ante los tribunales de justicia, con un proceso que respete todas las garantías. No obstante, actualmente no existe un foro de necesidad en el ámbito de la UE que prevea la jurisdicción de los tribunales de un EM en el ámbito de los derechos humanos; por lo que el afectado deberá acudir a la normativa interna de cada EM para justificar la jurisdicción de dichos tribunales[6]. A nuestro parecer, esta materia requiere de una cierta uniformidad en el seno de la Unión, con el fin de que no se produzcan situaciones de indefensión a las víctimas y perjudicados, a la vez que se otorga un mínimo de seguridad jurídica y previsibilidad a las partes involucradas. Por esa razón, creemos que resultaría adecuado contar con un foro de necesidad en el ámbito de la UE en materia de derechos humanos[7].

Cabe partir de la premisa de que, actualmente, el RBI bis sólo permite demandar a empresas domiciliadas en un EM, salvo los casos excepcionados recogidos en el art. 6. Pues bien, esta regla general impide que, actualmente, una empresa pueda ser demandada en la UE por actos realizados en terceros Estados, lo cual puede resultar cuestionable en el ámbito de las conductas realizadas por empresas trasnacionales en el marco de los derechos humanos. Además, cabe tener presente que, por regla general, aunque la empresa matriz esté situada en la UE, no se le podrá demandar por los actos cometidos por una empresa secundaria (filial, sucursal) situada en un tercer Estado. En este contexto, en ocasiones no resulta sencillo identificar al potencial

---

en un Estado de acogida y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen, independientemente del fundamento de la reclamación".

6 Actualmente el *forum necessitatis* está presente en múltiples EEMM (España, Francia, Holanda, Bélgica, Austria, Estonia, Alemania, Luxemburgo, Polonia, Portugal y Rumania), ya sea en su derecho positivo o como una regla de creación jurisprudencial. En España, la LOPJ incluye en su artículo 22 octies el foro de necesidad en unos términos muy amplios, indicando que "los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia".

7 En este sentido, ÁLVAREZ TORNÉ indica que "las limitaciones de uniformidad en la atribución de competencia internacional a nivel comunitario y la remisión a las legislaciones nacionales va a seguir generando inseguridad jurídica y falta de previsibilidad para afrontar las acciones que analizamos" (relativas a los derechos humanos). ÁLVAREZ TORNÉ, M., "El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm. 2, 2013, pp. 157-190, p. 181.

responsable en estructuras societarias complejas como las que se producen en las multinacionales[8].

Aun cuando la regla general es que las empresas secundarias son independientes respecto de la principal, por lo que no se las puede demandar ante los tribunales dónde está situada la matriz, no es menos cierto que la doctrina entiende que esta regla se puede excepcionar cuando se den una serie de circunstancias, en especial, cuando exista una interdependencia real entre ambas empresas[9]. Por consiguiente, en estos casos excepcionales se podría interponer la demanda ante la matriz situada en un EM utilizando los foros generales previstos en el Reglamento, teniendo presente el lugar del domicilio de la principal en virtud de las reglas establecidas en el artículo 63. No obstante, como venimos diciendo, la regla general es que no se puede exigir la unidad de empresa, por lo que no se pueden utilizar los foros del Reglamento para otorgar jurisdicción a los tribunales de un EM[10].

Por consiguiente, para evitar la denegación de justicia cuando la vulneración de los derechos humanos se produce en un tercer Estado, parece razonable contar con un foro de necesidad que otorgue jurisdicción en aquellos casos en los que exista una vinculación directa con el territorio de la UE (v.g. la matriz está en la UE; tiene activos o su actividad negocial en un EM); siempre y cuando concurran ciertos requisitos[11]. En cambio, cuando una empresa domiciliada en la UE cometa actos en terceros Estados (o sus efectos directos se produzcan en dichos Estados), se podrá acudir a las reglas generales del RBI bis para otorgar jurisdicción a los tribunales de un EM. En este contexto,

---

8 ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, p. 170.

9 *Ibidem*, p. 172. Como indica la autora, "una sociedad dominante podría ser considerada responsable de los actos de una sociedad relacionada con ella con base en el deber de control, de debida diligencia, de la primera respecto a las actividades de la segunda, aplicándose a tal efecto un canon de razonabilidad según la interdependencia real que exista entre ellas". La autora también se refiere a la "*enterprise doctrine*", la cual "pretende descartar la limitación consistente en la responsabilidad limitada en los grupos societarios y concebir estas organizaciones como estructuras unitarias dados los nexos económicos existentes" (p. 173).

10 GARCÍA ÁLVAREZ, L, y IGLESIAS MÁRQUEZ, D., *La regla de la ubicuidad y la responsabilidad ambiental corporativa*, en CHIARA MARULLO, M., y ZAMORA CABOT, F.J. (eds.), *Empresas y derechos humanos. Temas actuales*, Nápoles, Editoriale Scientifica, pp. 27-68. Como indica GARCÍA ÁLVAREZ, "las acciones legales contra las empresas deberían concentrarse en el *host country*, [pero] lo cierto es que dadas las barreras existentes en los países donde operan frecuentemente las filiales de los grupos trasnacionales, los perjudicados tienden a buscar foros alternativos […]. La práctica preferente es recurrir ante los tribunales de los *home countries* de las empresas trasnacionales, donde se encuentra domiciliada la matriz, a la que se pretende responsabilizar, por lo general, junto a la filial en el extranjero, por su implicación directa o indirecta en la producción de los daños" (pp. 125 y 126). Sin embargo, la citada autora concluye que "en los casos de daños causados por empresas pertenecientes a grupos cuyas matrices están domiciliadas en un país de la UE […] no existe un foro aplicable a no domiciliados para estos supuestos"; […] además, el art. 4 del Reglamento no permite acoger la competencia judicial internacional con el fundamento del levantamiento del velo sobre una filial no domiciliada" (p. 134).

11 *Vid. infra*, epígrafe 3.

las violaciones de derechos humanos más intensas suelen producirse fuera de las fronteras de la UE, aprovechando frecuentemente la aquiescencia de las instituciones corrompidas de terceros Estados o, incluso, actuando en colaboración con el gobierno de dichos Estados.

Finalmente, cabe matizar que la propuesta de un foro de necesidad no puede considerarse extraña al derecho de la UE, toda vez que varios reglamentos europeos ya contemplan esta figura[12], por lo que únicamente se debería adaptar a las necesidades derivadas de las vulneraciones de los derechos humanos[13]. Ello permitiría evitar la impunidad con la que operan ciertas corporaciones multinacionales en el ámbito internacional[14], otorgando a las partes la tutela efectiva de sus derechos civiles, esto es, contando con un instrumento jurídico que garantice el derecho a un proceso equitativo conforme a los designios del art. 6.1 CEDH[15].

---

12 Así, por ejemplo, *vid.* el art. 11 del Reglamento nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo; y el art. 7 Reglamento núm. 4/2009 del Consejo, de 18.12.2008.

13 Entre los autores que ven como una solución eficaz el *forum necessitatis* en el ámbito de los derechos humanos, *vid.*: REQUEJO ISIDRO, M., "Transnational human rights claims y acceso a la jurisdicción civil en Europa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, pp. 511-548, p. 542 y 543. Esta autora indica que "un foro de necesidad como solución para casos de conflicto negativo de competencias en el contexto internacional… es un imperativo del Estado de Derecho" […]. En los litigios de daños por violación de derechos humanos no es extraño que por razones fácticas o jurídicas los interesados encuentren dificultades para un acceso a tribunales con garantías de justicia efectiva. Esto indica que nos hallamos ante uno de los supuestos prototipo para hablar de «foro de necesidad»". Asimismo, *vid.*: VAN DEN EECKHOUT, V., "The Private International Law Dimension of the principles in Europe", en ZAMORA CABOT, F.J., *et. al.* (ed.)., *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives*, Bruselas, Schultless, 2017, pp. 35-62, pp. 44 y 45. KESSEDJIAN C., "Implementing the UN Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives", en ZAMORA CABOT, F.J., *et. al.* (ed.)., *op. cit.*, pp. 141-152, p. 147 y 148. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el forum necessitatis", en ROJAS AMANDI, V. (Coord.), *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro,* México, 2017, pp. 229-286, p. 19 (digital). ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, p. 183.

14 Para una visión extensa de esta cuestión, vid.: CHIARA MARULLO, M., "La lucha contra la impunidad: El *Foro Necessitatis*", *InDret*, vol. 3, 2015, pp. 1-47, pp. 6-10. Asimismo, *vid.*: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 32 (digital). REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 513.

15 Como indica VAN DEN EECKHOUT, el artículo 6 CEDH juega un papel muy importante en la justificación de la implementación del *forum necessitatis*. VAN DEN EECKHOUT, V., *op. cit.*, p. 45. Por su parte KESSEDJIAN entiende que este foro es muy útil para evitar la denegación de justicia. KESSEDJIAN C., *op. cit.*, p. 147. FERNÁNDEZ ROZAS indica que "la imposibilidad de las víctimas de violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas de acceder a los foros ofrecidos por los Estados de origen y de acogida de las empresas, ha colocado al *forum necessitatis*, al lado de la aspiración de participar como *amici curiae* en este tipo de procesos". Sin embargo, como indica el autor, "empleo de este foro de necesidad no está exento de problemas, pues aunque sea un instrumento válido para posibilitar el acceso a la justicia de las víctimas de abusos contra los derechos humanos, puede crear situaciones de *forum shopping* aumentando la incertidumbre para los demandados corporativos". FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 32 y 33 (digital).

2.2. Voces discrepantes

La creación de un foro de necesidad fue objeto de varias propuestas elaboradas durante la tramitación del actual RBI bis; en concreto, en tres ocasiones distintas: a) En la propuesta de modificación del Reglamento 44/2001 elaborada por el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado; b) en el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[16]; c) en la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[17]. Por varias razones (algunas de las cuales se comentan seguidamente), las propuestas no fructificaron, desaprovechándose una oportunidad única de incorporar este foro.

Como es natural, no todas las opiniones han sido favorables a la creación del foro de necesidad en el ámbito de la UE. En este sentido, durante la tramitación de la propuesta del *forum necessitatis* en el RBI bis, los Países Bajos formularon su objeción a la creación de este foro por dos razones: en primer lugar, porque la cuestión también afectaría a terceros Estados, por lo que esta materia, en todo caso, debía dejarse en manos de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en lugar de extender unilateralmente las reglas de jurisdicción en el RBI bis; en segundo lugar, porque el RBI bis no está destinado a crear nuevos foros de jurisdicción, sino distribuir los ya existentes en el marco de la UE, sin involucrar a terceros Estados[18].

Por otra parte, cabe considerar que la creación del *forum necessitatis* habría significado que todos los asuntos civiles se habrían subsumido en su ámbito de aplicación y no sólo los que involucraran a los demandados en un EM, propuesta que fue rechazada de plano por los EEMM durante el proceso de reforma[19]. Asimismo, en opinión de NICOLA JÄGERS y DANIEL AUGENSTEIN, el *forum necessitatis* propuesto habría desplazado a los foros residuales de los distintos EEMM, los cuales pueden brindar mejores oportunidades en los casos relacionados con los derechos humanos[20]. Sea como fuere, lo cierto es que el *forum necessitatis* no tuvo el recorrido esperado durante la tramitación del RBI bis, por lo que finalmente se descartó su inclusión en el citado instrumento.

---

16 COM (2009) 175/final, DO C-255, 22.9.2010.

17 COM (2010) 748/final, 14.12.2010.

18 AUGENSTEIN, D. y JÄGERS, N., *op. cit.*, p. 21. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 19 (digital). Como indica el autor, "también se detectaron dificultades de carácter político en el sentido de que el establecimiento de cualquier tipo de *forum necessitatis* frente a demandados domiciliados en terceros Estados entrañaría un privilegio para los demandantes en los foros de la UE".

19 *Ibidem*, p. 21.

20 *Ibidem*, p. 22.

3. CONTENIDO Y REQUISITOS DEL *FORUM NECESSITATIS*

En el presente epígrafe, teniendo presente las limitaciones del presente estudio, nos preguntamos acerca del contenido y los requisitos que debe reunir el *forum necessitatis* para poder proceder a su aplicación. A nuestro parecer, la construcción de este foro debe partir de la propuesta presentada por la Comisión durante la tramitación del RBI bis[21]. Partiendo de la citada propuesta, vamos a dilucidar los distintos requisitos que debería cumplir el *forum necessitatis.*

3.1. Subsidiariedad

La subsidiariedad tiene una doble significación, como se aprecia en la propuesta del RBI bis: a) únicamente se podrá acudir a este foro cuando no exista ningún otro foro del Reglamento que otorgue jurisdicción a los tribunales de un EM[22]; b) únicamente se podrá acudir al foro de necesidad cuando no puede incoarse el procedimiento ante los tribunales de un tercer Estado con el cual el litigio guarda una estrecha conexión.

Para demostrar este último extremo no es necesario que el demandante deba iniciar o intentar iniciar el proceso en todos los terceros Estados con los que el litigio guarde una estrecha relación, sino que resulta suficiente con que demuestre alguno de estos extremos: que las normas sobre jurisdicción de dichos Estados no otorgan jurisdicción a sus tribunales respecto a las violaciones de derechos humanos; que no es razonable obtener en dichos Estados una tutela judicial efectiva (v.g. no se reconocen los derechos humanos vulnerados

---

21 COM (2010) 748/final, 14.12.2010. El artículo 26 disponía que «cuando ningún tribunal de un Estado miembro fuere competente con arreglo al presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren, en particular: a) si no pudiere razonablemente incoarse o desarrollarse a cabo una acción o resultare imposible en un tercer Estado con el cual el litigo guarda estrecha conexión; o b) si una resolución dictada sobre la demanda en un tercer Estado no pudiere ser objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro del tribunal al que se hubiere interpuesto la demanda conforme a la ley de ese Estado y dicho reconocimiento y dicha ejecución fueren necesarios para garantizar el respeto de los derechos del demandante; y el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él.

22 A tal efecto, cuando un ciudadano pretenda demandar a una empresa multinacional domiciliada en un EM, podrá utilizar, sin carácter de exhaustividad, el *forum domicilii* (art. 4), el foro en materia delictual o cuasidelictual (art. 7.2), el foro vinculado al ejercicio de la acción penal (art. 7.3), el foro relativo a la explotación de establecimientos secundarios (art. 7.5), los foros en materia de contratos de trabajo cuando la violación esté relacionada con esta materia (arts. 20-23), el *forum connexitatis* cuando sea procedente (art. 8.1), e, incluso, el foro en materia sumisión expresa o tácita (arts. 24 y 26), si bien no parece razonable que la empresa infractora decida someterse voluntariamente ante los tribunales de un EM.

en dicho país) o que, en el estado actual de las circunstancias, es imposible obtenerla (v.g. el tercer Estado se encuentra inmerso en una guerra civil)[23].

Por último, como una derivación del principio de subsidiariedad, cabe incluir aquí un supuesto específico de aplicación del *forum necessitatis*. En concreto, este foro puede aplicarse también cuando la sentencia dictada en un tercer Estado no pueda ser reconocida y ejecutada en un Estado miembro y dicha ejecución sea necesaria para garantizar el respeto a los derechos humanos. En estos casos, parece lógico que el foro de necesidad únicamente se active una vez que las partes hayan intentado el reconocimiento o la ejecución de la sentencia en el Estado de destino y éste haya sido denegado por cualquier causa de denegación de reconocimiento (v.g. orden público).

3.2. Excepcionalidad

El *forum necessitatis* debe aplicarse con carácter excepcional. Esto significa que la vulneración debe afectar al derecho a un proceso con todas las garantías, como venía demandando la propuesta del art. 26 RBI bis: "los tribunales de un Estado miembro podrán conocer excepcionalmente del litigio si el derecho a un juez imparcial o el derecho a una tutela judicial efectiva así lo requirieren". A nuestro parecer, esta excepcionalidad se completa con la previsión de que sólo pueda ser utilizado este foro para otorgar jurisdicción cuando el demandante alegue la vulneración de derechos humanos y dicha alegación tenga cierta verosimilitud (a este respecto, el tribunal podrá realizar un análisis *prima facie* del asunto para comprobar dicho extremo).

Entendemos que el concepto de "vulneración de derechos humanos" debería venir delimitado de forma autónoma en el propio reglamento, conforme a la normativa y a los objetivos de la Unión. Un punto de partida sólido podría venir determinado por el listado de derechos y libertades recogidos en el Título I del CEDH, si bien esta cuestión requiere de un mayor análisis que desbordaría las limitaciones del presente trabajo. En todo caso, el objeto del *forum necessitatis* debería estar correctamente delimitado para favorecer el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y previsibilidad que deben imperar en la aplicación de las normas sobre competencia judicial internacional.

Finalmente, esta excepcionalidad permitiría que el foro de necesidad quebrara la regla general del domicilio del demandado en un EM[24], dado que la especial relevancia de los intereses en juego justificaría la aplicación de este foro específico, siempre que se cumplieran los restantes requisitos analizados.

---

[23] Sobre estas cuestiones, véase, con gran precisión, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, pp. 24-30.

[24] En este sentido, ÁLVAREZ TORNÉ propugna que "hubiese resultado deseable suprimir ya la conexión comunitaria en el Reglamento revisado". ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, p. 183.

3.3. Conexión suficiente

La propuesta de *forum necessitatis* del RBI bis requería que «el litigio guardare una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer sobre él». A nuestro parecer, una fórmula abierta de esta índole, si bien podría disminuir la seguridad jurídica, resultaría necesaria y se adaptaría a la naturaleza jurídica de este foro, otorgándole una mayor aplicación y permitiendo al juzgador pronunciarse sobre su aplicación atendiendo a las circunstancias concurrentes[25]. Sin embargo, quizás la conexión suficiente debería predicarse no sólo de un concreto EM, sino en relación con la UE en su conjunto[26]. Sea como fuere, esta conexión se cumpliría, por ejemplo, cuando la víctima tuviera la residencia habitual o fuera nacional de un EM de la UE o cuando la empresa realizara parte de su actividad empresarial o tuviera bienes en el territorio comunitario[27], criterios que perderían su consideración de exorbitantes debido a la especial naturaleza de la materia[28]. De esta forma, la conexión suficiente requiere de un mínimo de previsibilidad para la parte demandada, permitiéndole ser emplazada ante los tribunales de un EM que pueda prever de forma razonable y medianamente objetiva.

Con todo, cabe matizar que el tribunal que conozca de la acción no podrá alegar que existe un tribunal mejor situado para conocer de la acción cuando se cumplan los requisitos del *forum necessitatis*, dado que el TJUE prohibió la doctrina del *forum non conveniens* al poner en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia del RBI bis[29].

3.4. Materias y acciones incluidas

Como ya hemos indicado, la delimitación material debe abarcar las violaciones de derechos humanos, si bien no es necesario delimitar al sujeto pasivo (lo cual resultaría en una limitación injustificada de este foro). Y ello, sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, los ilícitos serán cometidos por grandes corporaciones transnacionales, sin perjuicio de que sus entramados empresariales puedan revestir formas muy heterogéneas.

En cuanto al tipo de acción, deben poderse encuadrar en el ámbito civil y mercantil del RBI bis, por lo que normalmente estaremos ante acciones de "responsabilidad delictual o cuasidelictual" (es decir, ante supuestos de responsabilidad extracontractual). En concreto, serán comunes las reclamaciones pecuniarias en concepto de daños y perjuicios por parte de las víctimas

---

25 KESSEDJIAN C., *op. cit.*, p. 148.
26 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *op. cit.*, p. 18 (digital).
27 *Ibidem*, p. 31.
28 ÁLVAREZ TORNÉ, M., *op. cit.*, p. 181.
29 STJUE de 1 marzo 2005, C-281/02, Owusu, EU:C:2005:120, ap. 41-46.

o afectados de las vulneraciones de derechos humanos, así como las acciones tendentes a la cesación de las actividades ilícitas o a la reparación de los daños producidos, cuando esto último sea posible.

Los derechos afectados pueden ser muy variados, dado que dependerá de la concreta delimitación realizada en el *forum necessitatis*. Partiendo del articulado del CEDH, estas violaciones podrían involucrar vulneraciones de derechos tan diversas como las que afecten a la vida, a la integridad física y moral, las relativas a la esclavitud y trabajo forzoso, la conculcación de la libertad, las vulneraciones a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, la libertad de reunión y asociación, así como otros derechos relativos a un proceso equitativo o a un recurso efectivo.

Finalmente, cabe indicar que este foro de necesidad no impediría que, cuando éste no resultara aplicable (ya fuere por no concurrir una vulneración de los derechos humanos o por no cumplirse alguno de sus requisitos), pudiera acudirse a alguno de los foros de necesidad de origen interno para otorgar jurisdicción, cuando procediera, a los tribunales de un determinado EM.

4. APUNTE FINAL

Partiendo del contexto expuesto, en el presente estudio nos hemos preguntado si resultaría idónea la inclusión de un foro de necesidad en una próxima reforma del RBI bis o si, por el contrario, resultaría más adecuada la situación actual, en la que se otorga un mayor protagonismo a los foros de producción interna. A nuestro parecer, sería posible y recomendable la adopción de un foro de necesidad que contara con los caracteres señalados, dado que disminuiría sensiblemente la denegación de justicia en materia de derechos humanos. Asimismo, si partimos de la formulación realizada, el foro de necesidad no conculcaría los criterios de seguridad jurídica y previsibilidad, principios básicos en el ámbito de la jurisdicción.

En concreto, el *forum necessitatis* propuesto podría partir de la formulación realizada durante la tramitación del RBI bis, si bien añadiendo las características comentadas en el presente estudio: la "conexión suficiente" con el litigio planteado; su aplicación subsidiaria y excepcional y, finalmente, que la acción se planteara en el marco de una vulneración de los derechos humanos. Sin embargo, aunque este foro tiene como objetivo principal atajar las violaciones de derechos humanos perpetradas por corporaciones multinacionales, no creemos oportuno delimitar artificialmente el sujeto activo de la conducta ilícita, so pena de que las empresas trasnacionales pudieran encontrar una vía de escape (v.g. creando entramados corporativos complejos) que permitieran eludir la aplicación de este foro. Además, de esta forma, el foco de atención no recaería sobre las características de las empresas presuntamente

infractoras, sino en la magnitud y efectos de sus actos, cuestión fundamental en este ámbito.

Con todo, en el presente trabajo únicamente hemos trazado unas pinceladas sobre la posible adopción de un foro de necesidad en el ámbito de la UE, tomando en consideración la última propuesta del RBI bis y añadiendo algunas características que entendemos básicas para poder garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso justo con todas las garantías. Por consiguiente, se requiere de un análisis más exhaustivo sobre las cuestiones aquí introducidas, dado que las lógicas limitaciones del presente estudio únicamente permiten introducir una parte de las cuestiones necesarias para comprender la importancia del *forum necessitatis* como instrumento para evitar las situaciones de denegación de justicia en el ámbito de los derechos humanos.

LA INCIDENCIA DE LA AGENDA 2030 EN LA LUCHA CONTRA LOS ACAPARAMIENTOS DE TIERRA GLOBALES

ESTRELLA DEL VALLE CALZADA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL FENÓMENO DE LOS ACAPARAMIENTOS DE TIERRAS EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE PRESIÓN AGRARIA. 3. LA AGENDA 2030. TIERRA Y OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE. 4. ACAPARAMIENTO DE TIERRAS Y DERECHOS HUMANOS. PROPUESTAS FRENTE A LAS AUSENCIAS DE LA AGENDA 2030. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha traído consigo la aparición de acuciantes desafíos para los derechos humanos necesitados de respuestas internacionales eficaces para su salvaguarda y protección. En este contexto, la Agenda 2030, y con ella, la de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas asociadas e integradas, fue diseñada como un instrumento para abordar estos retos y empezar a diseñar una globalización entendida desde la sostenibilidad y la solidaridad entre países en un entorno plenamente interconectado. Uno de los tantos desafíos planteados puede encontrarse en el auge de las grandes inversiones agrícolas y en el llamado fenómeno de acaparamiento de tierras, territorios y sus recursos asociados.

El objeto de la presente contribución será analizar el fenómeno del acaparamiento de tierras desde la óptica que proporcionan los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Para ello, se partirá de una sintética caracterización de estas prácticas, desde la que, a modo de contexto, se realizará un estudio de cómo la Agenda 2030 aborda las cuestiones vinculadas al desarrollo, en especial en lo relativo a la gobernanza y el acceso a la tierra y a los recursos, haciendo referencia a las soluciones que se proponen y al seguimiento o implementación que están teniendo en la actualidad. En este sentido, se incidirá en cómo los derechos a la tierra y al territorio son vitales para el logro de los ODS a razón de la conexión de éstos con motivos esenciales como el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, la paz y la justicia.

---

[1] Investigadora Predoctoral en el Área de Derecho Internacional Público de la Universitat de València – IDHUV (estrella.valle@uv.es). La presente investigación se ha beneficiado de las ayudas para la contratación de personal investigador en formación de carácter predoctoral correspondientes al año 2018 del Vicerrectorado de Investigación y Política Científica de la Universitat de València–Estudi General. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez en febrero de 2022.

Ante las marcadas ausencias, y constatando la relación entre estas prácticas y la grave vulneración de derechos humanos, se analizan otros instrumentos declarativos y normativos que podrían aproximarse a un mejor tratamiento de la problemática; entre ellos, se referirá a la reivindicación de un reconocimiento expreso del derecho humano a la tierra. El estudio del marco político y jurídico de la gobernanza de la tierra existente a la fecha nos aproximará a la conclusión de que los instrumentos vigentes devienen insuficientes para frenar los intereses corporativos y defender los derechos de las comunidades locales.

2. EL FENÓMENO DE LOS ACAPARAMIENTOS DE TIERRAS EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE PRESIÓN AGRARIA

No es controvertido que el dominio y la explotación de la tierra han sido uno de los principales motores que ha guiado a la humanidad a lo largo de su historia[2]. La razón recae en el carácter finito y esencial de la tierra, así como en los múltiples elementos, valores e intereses que pueden ser atribuidos a ella: alimentación, recursos naturales, acceso al agua, conexión identitaria, fuente de control, poder… Todo ello ha conducido a que, además de erigirse como un elemento determinante para gran parte de la población del planeta, se haya iniciado un proceso de mercantilización de la tierra, transformada en una de las "mercancías ficticias" que caracterizaba Polanyi[3]. Como fuente de valor económico y productivo, presenciamos lo que por muchos autores ha sido denominado como "fiebre por la tierra"[4].

Pese a su importancia en términos económicos, la "fiebre por la tierra" a la que hacemos alusión tendrá implicaciones distintas según el tipo de actor que la reivindique. Para inversionistas y empresas transnacionales, será un elemento mercantilizado del que podrá extraerse una rentabilidad. Sin embargo, para las comunidades indígenas, campesinas y rurales, supondrá mucho más que una mera pugna por los medios de producción; se tratará de la lucha por

---

2 ZAMORA CABOT, F. J., "Acaparamiento de tierras (*land grabbing)* y empresas multinacionales: el caso Mubende-Neumann", *Papeles el tiempo de los derechos,* 5, 2013, p. 1.

3 POLANYI, K., *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo,* Ciudad de México, 3º ed., Fondo de Cultura Económica, 2017.

4 *Vid.*, entre otros: HUGGINS, C. D., "A Historical Perspective on the Global Land Rush", *International Land Coalition*. 2011; DELL'ANGELO, J., D'ODORICO, P., RULLI, M. C. y MARCHAND, P., "The tragedy of the Grabbed Commons: Coercion and Dispossession in the Global Land Rush", *World Development,* 92, 2017, pp. 1-12; COTULA, L., "The international political economy of the global land rush: A critical appraisal of trends, scale, geography and drivers", *The Journal of Peasant Studies,* 39, 2012, 344, pp. 649-680; SCOONES, I., "The politics of evidence: methodologies for understanding the global land rush", *The Journal of Peasant Studies,* 40, 2013, 3, pp. 469-483.

una cosmovisión o sentido vital en términos de comunidad y conexión con el medio natural[5].

En este progresivo avance del interés y presión por la demanda de tierras se contextualiza el fenómeno que centra el presente estudio, el acaparamiento de tierras (AdT). El AdT adquirió un inaudito eco mediático en los años 2007 y 2008, periodo en el que comenzaron a publicarse noticias vinculadas a su práctica en medios de comunicación de todo el mundo. En líneas generales, se alertaba de cómo grandes extensiones de tierra, principalmente en el Sur Global, estaban siendo adquiridas, usurpadas y sometidas al control de Gobiernos o empresas transnacionales de diversos países. Aunque pueden rastrearse artículos académicos y de opinión publicados en años anteriores[6], el mayor impacto fue generado tras la publicación por parte de la organización Grain en octubre del año 2008 de un informe en el que se recogían y sistematizaban datos que, tras un examen de veracidad y fiabilidad, constataban las colosales dimensiones que estaban adquiriendo estas agresivas prácticas inversionistas.

A la luz de estas primeras denuncias, la incidencia de las prácticas de AdT comenzó a incorporarse al debate público, despertando la atención de organizaciones nacionales e internacionales y de la doctrina científica. Todos ellos, desde diferentes disciplinas, comenzaron a aproximarse al fenómeno, a tratar de conceptualizarlo, caracterizarlo y ahondar en sus impactos. Con todo, pese a que en las últimas décadas se ha erigido como una temática objeto de un profuso análisis, es bien cierto que las prácticas de adquisición de tierras a gran escala no suponen una conducta de reciente aparición, sino que

---

5 Esta última aproximación al concepto viene transformando las reivindicaciones de "tierra" de las comunidades campesinas por aquellas que refieren al "territorio" según la cosmovisión indígena, en tanto su relación con el elemento material – "tierra" – trasciende más allá del mero carácter productivo y extractivo. *Vid.*: ESCOBAR, A., *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia,* Medellín, Unuala, 2014, pp. 90 y ss; BORRÀS PENTINAT, S., "Los derechos de la naturaleza en Europa: hacia nuevos planteamientos transformadores de la protección ambiental", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 65, pp. 79-120 (en particular, pp. 85-91). A tal efecto, podríamos considerar que resulta más acertada la referencia al fenómeno como acaparamiento de territorio. Sin embargo, y pese a la inclusión de esta consideración, a los efectos de expandir la conceptualización del fenómeno recurrimos al término más empleado por la doctrina científica: acaparamiento de tierras (AdT).

6 Entre las denuncias sobre AdT previas a la publicación del informe de *Grain* en el año 2008, podemos destacar las siguientes: BIDWAI, P., "The great land grab", *TNI,* 09-09-2006, disponible en https://www.tni.org/en/article/the-great-land-grab; NBCNews, "Kenya's Maasai protest game park land grab", 11-10-2006, disponible https://www.nbcnews.com/id/wbna15221012; KASHYAP, S. D., "Land grabbing at behest of builders", *The Times of India,* 20-01-2007, disponible en https://timesofindia.indiatimes.com/city/pune/land-grabbing-at-behest-of-builders/articleshow/2135146.cms; GOÑI, U., "Eco-millionaire's land grab prompts fury", *The Guardian,* 04-02-2007, disponible en https://www.theguardian.com/environment/2007/feb/04/argentina.theobserver; GRAIN, "Nueva usurpación en África", 22-10-2007, disponible en https://grain.org/e/1204.

sus esquemas de funcionamiento se remontan a épocas de dominación colonial[7]. A pesar de ello, los datos señalan que el fenómeno ha experimentado un exponencial auge, reavivando la necesidad de su examen y control bajo la perspectiva del respeto a los derechos humanos de las poblaciones afectadas. Este auge puede situarse en la primera década del siglo XXI, con el estallido de la crisis económica, alimentaria y energética que azotó a todo el planeta y que, más allá de propiciar un cambio de modelo, fomentó el aumento de la demanda de tierras en todo el mundo. El afán por ampliar extensiones de dominio y control sobre la tierra desde un perfil imperialista se ha ido convirtiendo en una búsqueda voraz e incesante de beneficio económico y rentabilidad de las inversiones agrícolas a cualquier coste, humano o medioambiental.

A fin de profundizar en la cuestión, hemos de partir de la complejidad que entraña la tarea de conceptualizar el AdT, a razón de su carácter espinoso, los múltiples perfiles insertados en torno a su práctica, la variedad de actores involucrados –acaparadores y acaparados–, así como la letanía de intereses subyacentes[8]. Solo a partir de esta aceptación, alejándonos de las aproximaciones simplistas, podremos tratar de alcanzar una comprensión de su práctica más próxima a la realidad. Así, a falta de una definición comprehensiva y aceptada por una mayoría de organismos e instituciones, son muchas las aproximaciones realizadas desde diferentes cadencias ideológicas que no han llegado a alcanzar un planteamiento unívoco[9].

De entre las distintas propuestas realizadas, destacamos la formulada por Susana Borràs Pentinat, quien define el AdT como:

---

7 ZAMORA CABOT, F. J., "Acaparamiento de tierras…", *op. cit.*, p. 5.

8 En esta línea, Edelman subraya en sus estudios la necesidad de establecer como punto de partida la aceptación de la complejidad del fenómeno del acaparamiento. *Vid.*: EDELMAN, M., "Siete dimensiones del acaparamiento de tierras que todo investigador tendría que tomar en cuenta", en *Estudios agrarios críticos: Tierras, semillas, soberanía alimentaria y los derechos de las y los campesinos,* Quito, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2016, pp. 29-48, disponible en https://editorial.iaen.edu.ec/wp-content/uploads/2017/02/Estudios-agrarios-cri%CC%81ticos-tierras-semillas-soberani%CC%81a-alimentaria-y-derechos-de-las-y-los-campesinos.pdf.

9 A modo de ejemplo, podemos referir a las propuestas realizadas por sectores ideológicos confrontados, como pueden ser el Banco Mundial o la International Land Coalition. El Banco Mundial refiere en sus informes al fenómeno como meras "adquisiciones de tierra a gran escala"; una definición aséptica que persigue un enfoque neutral, despolitizado y centrado en el elemento puramente transaccional. Por su parte, la International Land Coalition centra su perspectiva en el desarrollo y resultado de las prácticas de acaparamiento de tierras: vulneraciones de derechos humanos, ausencia de consentimiento previo, libre e informado, o, entre otros, falta de evaluaciones de impacto exhaustivas. *Vid.*, respectivamente: DEININGER, K., BYERLEE, D., LINDSAY, J., NORTON, A., SELD, H., STICKLER, M., "Rising Global Interest in Farmland: Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?", *Agriculture and Rural Development. World Bank,* 2011, disponible en http://hdl.handle.net/10986/2263; y International Land Coalition, Tirana Declaration, 27-05-2021, disponible en https://www.landcoalition.org/es/about-ilc/governance/assemblydeclarations/2011-tirana/.

> "El control – ya sea a través de la titularidad, el arrendamiento, la concesión, los contratos, las cuotas o el poder general- de cantidades de tierra más grandes de lo que es habitual en el contexto local, por una persona o entidades -públicas o privadas, extranjeras o nacionales- por cualquier medio –"legal" o "ilegal"- con fines especulativos, de extracción, de control de los recursos o mercantilización a costa de los campesinos, de la agroecología, de la administración de tierras, de la soberanía alimentaria y de los derechos humanos" [10].

Esta propuesta incluye un elemento de máxima relevancia, como es que la legalidad o ilegalidad nacional de los medios empleados para asumir el control de la tierra se considere un criterio intrascendente a la hora de calificar las prácticas inversionistas como AdT. Al tiempo, enfatiza en la inapelable perspectiva, no siempre integrada en las definiciones, del impacto en los derechos humanos de las comunidades afectadas por estas prácticas[11].

Pese a las disyuntivas planteadas en torno a la conceptualización del fenómeno de AdT, desde todos los sectores se destaca la necesidad de disponer de políticas de gobernanza, compromisos de desarrollo o instrumentos jurídicos con los que hacer frente a la imperiosa realidad: ya sea para minimizar los riesgos de unas prácticas inversionistas agresivas que se promueve que persistan –siguiendo el postulado de instituciones como el Banco Mundial–; o para poner fin a su ejecución, evitar nuevas vulneraciones de derechos humanos y exigir responsabilidades a los actores acaparadores –según marcan las reivindicaciones de los sectores más críticos–. En la búsqueda de respuestas frente a las prácticas de AdT, y en el análisis de los instrumentos existentes de gobernanza de la tierra, nos referiremos en primer lugar a la distinguida Agenda 2030. En tanto podría afirmarse que en ella se recogen las prioridades de la agenda mundial, de su valoración podrá extraerse la importancia que recibe la cuestión y si en su contenido se encuentran las respuestas necesarias para afrontar la problemática que la envuelve.

3. LA AGENDA 2030. TIERRA Y OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

Con la adopción del paradigma del desarrollo sostenible que consolida la Agenda 2030, se han presentado obstáculos o "patologías" que interfieren en

---

10 BORRÀS PENTINAT, S., *La defensa de la tierra y de los territorios en tiempos de acaparamientos verdes. Un análisis del caso Colombiano,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 39-40.

11 En línea con la propuesta de Susana Borràs Pentinat, y enfatizando en la perspectiva de derechos humanos, se sitúan también las propuestas de Sofía Monsalve Suárez. Monsalve critica las definiciones que conforman una visión muy limitada de las prácticas de AdT, refiriendo únicamente a elementos descriptivos como la extensión de la tierra acaparada o los actores involucrados. A tal efecto, *vid.*: KÜNNEMANN, R. y MONSALVE SUÁREZ, S., "International Human Rights and Governing Land Grabbing: A View from Global Civil Society", *Globalizations,* 10, 2013, 1, pp. 123-139.

la consecución de los objetivos, con un marcado protagonismo en su hacer de las empresas transnacionales[12]. Una de las más graves actitudes de inversión voraz contraria a la consecución de los objetivos de desarrollo puede encontrarse en el auge de las inversiones agrícolas y en el fenómeno del acaparamiento de tierras, territorios y sus recursos asociados.

El concepto de desarrollo sostenible[13], en evolución desde la década de los ochenta[14], se considera internacionalmente consolidado tras la aprobación de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"[15], conocida en lo sucesivo como Agenda 2030. A partir de este hito, las políticas del conjunto de la Organización y de sus Estados miembros deberían orientarse hacia el prisma definido, y con ello, tal y como se proclama, hacia el desarrollo sostenible. Son cinco las esferas de prioridad que señalaba esta renovada estrategia de desarrollo, ya siempre adjetivado con la perenne presencia del carácter sostenible: personas, planeta, prosperidad, paz y alianzas[16].

Desde su publicación, los ODS recibieron una cálida acogida, considerándolos un gran avance con respecto a la formulación previa de los Objetivos de Desarrollo del Milenio[17]. Una de las principales mejoras venía marcada por la transformación del modelo de desarrollo: mientras que la Declaración del Milenio se planteaba en términos de relaciones Norte-Sur, la Agenda 2030 pretendía sortear esta clásica asimetría abogando por una concepción universalista del desarrollo[18]. Por medio de un amplio despliegue, instituciones locales,

---

12 En este sentido, el Prof. Zamora Cabot relaciona las prácticas de acaparamiento de tierra con una manifestación patológica del desarrollo sostenible. *Vid.*: ZAMORA CABOT, F. J., "Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra ("land grabbings") en clave de responsabilidad, en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. V. XV,* Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 255-282.

13 Sobre el alcance del concepto de desarrollo sostenible, *vid.*: BARRAL, V., "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *European Journal of International Law,* 23, 2012, 2, pp. 377-400; BERMEJO GARCÍA, R., "El derecho al desarrollo: orígenes, evolución y sus efectos en el derecho internacional, en FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LÓPEZ-JACOÍSTE, M. E. (dir.), *Empresas y derechos humanos,* Navarra, Aranzadi, 2018, pp. 179-204; DÍAZ BARRADO, C. M., "Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas, *Anuario Español de Derecho Internacional,* 32, 2016, pp. 9-48; SACHS, J. *The Age of Sustainable Development,* Nueva York, Columbia University Press, 2015.

14 Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Informe "Nuestro futuro común", A/42/427, de 4 de agosto de 1987, disponible en https://digitallibrary.un.org/record/139811/files/A_42_427-ES.pdf.

15 A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015.

16 A/RES/70/1, preámbulo.

17 Los Objetivos de Desarrollo del Milenio fueron aprobados por medio de una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2000. *Vid.*: A/RES/55/2, de 13 de septiembre de 2000.

18 SANAHUJA, J. A., "La agenda 2030 de desarrollo sostenible: de la cooperación Norte-Sur al imperativo universalista del desarrollo global", *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate,* 26, 2016, pp. 205-222, p. 217.

nacionales e internacionales, organizaciones sociales y academia, iniciaron un profuso diálogo sobre la implementación de su contenido y sobre su adaptación a las políticas que a todos los niveles y desde todos los ámbitos se fueran desarrollando.

Empero, la marcada ambición de los objetivos planteados en la Agenda 2030 junto con la inconcreción de su planteamiento, también han sumido al documento en un argumentado y extendido criticismo, máxime tras seis años de implantación con mínimos resultados alcanzados[19]. Para el seguimiento de su implementación se diseñaron 232 indicadores mundiales con los que medir la variación de los datos estadísticos recogidos[20]. Partiendo de la información registrada, se han ido elaborando informes anuales sobre los progresos alcanzados, tanto a nivel global como nacional, de los que no puede más que extraerse lo lejos que nos encontramos de cumplir con los propósitos planteados: un aumento de la pobreza extrema, del hambre y de la inseguridad alimentaria según el último informe de seguimiento del año 2021[21].

---

19 Para una revisión crítica, *vid.,* entre otros: CARDESA-SALZMANN, A. y PIGRAU SOLÉ, A., "La Agenda 2030 y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental, *Revista Española de Derecho Internacional,* 69, 2017, 1, pp. 279-285; GÓMEZ GIL, C., "Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica", *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global,* 140, 2017/2018, pp.107-118. Ante las críticas sobre el carácter irrealizable de los objetivos planteados, autores como Fernández Liesa reivindican la idea de "utopía" en el Derecho Internacional, como proyectos de realización progresiva de cambios normativos. *Vid.*: FERNÁNDEZ LIESA, C. R., "Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible", *Anuario Español de Derecho Internacional,* 32, 2016, pp. 49-81, p.67 y p.70. Por su parte, desde otros sectores de pensamiento se han planteado alternativas al modelo de desarrollo que promueven instrumentos como la Agenda 2030. Un ejemplo de ello puede encontrarse en las propuestas realizadas desde el paradigma del buen vivir, donde se plantea una deconstrucción de los ODS, tratando de identificar sus manifiestas incongruencias y formular nuevas propuestas que se ajusten al concepto del buen vivir con base en tres ejes básicos: la sostenibilidad biocéntrica, la equidad solidad y la satisfacción personal. *Vid.*: HIDALGO CAPITÁN, A. L., GARCÍA-ÁLVAREZ, S., CUBILLO-GUEVARA, A. P. y MEDINA-CARRANCO, N., "Los Objetivos del Buen Vivir. Una propuesta alternativa a los Objetivos de Desarrollo Sostenible*", Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* 8, 2019, 1, pp. 6-57. Desde el ámbito gubernamental, aunque siguiendo este mismo paradigma, el Gobierno de Ecuador aprobó en el año 2013 el "Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017". Planteaba como objetivo "superar los límites de las visiones convencionales de desarrollo, que reducen el concepto a una noción exclusiva de crecimiento económico". *Vid.*: http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu139396.pdf, p. 19. Este Plan Nacional fue renovado para el periodo 2017-2021. Vid.: https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/09/Plan-Nacional-para-el-Buen-Vivir-2017-2021.pdf.

20 Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, *Anexo. Marco de indicadores mundiales para los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,* A/RES/71/313, disponible en https://unstats.un.org/sdgs/indicators/Global%20Indicator%20Framework_A.RES.71.313%20Annex.Spanish.pdf.

21 Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2021,* disponible en https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021_Spanish.pdf.

Planteadas con carácter general sus bondades y sus deficiencias, procedemos a analizar el tratamiento que la Agenda 2030 ha concedido a las cuestiones vinculadas a la gobernanza y el acceso a la tierra y a los recursos. La Agenda 2030 centra sus referencias a la gobernanza de la tierra en los ODS 1, 2, 5, y de forma indirecta en relación con cuestiones medioambientales, en los ODS 14 y 15. Con todo, adelantamos que ninguno de estos objetivos abarca de forma autónoma la cuestión, sino que la analiza en tanto integra elementos necesarios para la efectiva consecución de otros objetivos generales. En todos ellos subyace la idea de que para garantizar la implementación de los ODS es necesario lograr avances y mejoras en la gobernanza de la tierra, erigiéndose como una condición previa *sine qua non*.

Comenzando por el ODS 1, "poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo", refiere a la tierra en la meta 1.4[22]. Esta disposición expone la necesidad de garantizar derechos igualitarios de acceso a la propiedad y control de la tierra y otros bienes. Se relaciona así el acceso a la tierra con una fuente de satisfacción de las necesidades básicas de la persona – alimento, sustento, vivienda…–. El trazado de este objetivo parte de la constatación de que la desigualdad en el acceso a la tierra va en aumento, y con ella, la de la falta de equidad social y la pobreza. Este tratamiento desigual está propiciado por herencias históricas y se perpetúa en la actualidad, con graves impactos para la inclusión social y la justicia intergeneracional.

Aunque medir la desigualdad nunca es hazaña fácil, a efectos ilustrativos basta mencionar un dato: según constata la iniciativa sobre desigualdad de la tierra, el 70 por ciento de las tierras agrícolas del mundo están siendo explotadas por el 1 por ciento de las instalaciones registradas, de un total de más de 600 millones de plantaciones[23]. La tendencia a la concentración es evidente, y viene motivada, entre otros, por las prácticas de AdT referidas. A los efectos de cumplir con lo dispuesto en la meta 1.4, será necesario aportar mayores garantías a los sistemas de acceso y control a la tierra, reforzando su gobernanza y asegurando su tenencia en condiciones pacíficas e igualitarias. Para ello, los intereses de las comunidades locales, el campesinado y los usuarios de la tierra en su acceso y control deberán ser priorizados sobre los intereses de los grandes inversores agrícolas.

El ODS 2 también mantiene una conexión directa con la cuestión de la tierra: "poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de

---

22 "1.4. De aquí a 2030, garantizar que todos los hombres y mujeres, en particular los pobres y los vulnerables, tengan los mismos derechos a los recursos económicos y acceso a los servicios básicos, la propiedad y el control de la tierra y otros bienes, la herencia, los recursos naturales, las nuevas tecnologías apropiadas y los servicios financieros, incluida la microfinanciación".

23 ANSEEUW, W. y BALDINELLI, G. M., *La desigualdad de la tierra en el corazón de las sociedades desiguales,* disponible en https://d3o3cb4w253x5q.cloudfront.net/media/documents/2020_11_land_inequality_synthesis_report_uneven_ground_summary_es_spread.pdf, p .37.

la nutrición y promover la agricultura sostenible". Este Objetivo parte de la firme resolución de acabar con el hambre en el mundo[24]. Según los últimos datos publicados por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en 2020 padecieron hambre entre 720 y 811 millones de personas, 161 más que en el año anterior; un dato más que alejado del cumplimiento de los objetivos marcados[25]. Inmersos en esta fatalidad, y en conexión con la cuestión vinculada a la tierra, la meta 2.3[26] plantea tratar de duplicar la productividad de los productores de alimentos en pequeña escala, agricultores o ganaderos. Para ello, además de mejorar el acceso a conocimientos, servicios financieros o mercados, se incluye con especial significación la necesidad de asegurar el acceso seguro y equitativo a las tierras.

En contraposición a lo anterior, desde instituciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional se ha puesto en valor la agricultura a gran escala, ofreciéndose como la única solución para acabar con el hambre global. Estos ejes discursivos promueven una infravaloración de la capacidad de las comunidades rurales y campesinas de alimentar a sus propias familias si se les garantiza el acceso y control sobre la tierra y el territorio. Sin embargo, la realidad es que los agricultores a pequeña escala conforman el eje que vertebra y sostiene estas economías, siendo esenciales para proveer de alimentos a la población en tanto producen más del 80 por ciento de los alimentos del mundo[27].

A la vista de estos datos se pone de manifiesto que la efectiva realización del derecho a la alimentación y la consecución del objetivo político de hambre cero, pasa necesariamente por la promoción de la agricultura familiar y a pequeña escala[28]. Esto contrasta con la promoción de las prácticas de AdT

---

24 A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015, párr. 3. La realización de este ODS mantiene una estrecha conexión con el derecho a la alimentación y el concepto de seguridad alimentaria, conceptos complementarios e interdependientes, pero de distinta naturaleza y alcance. *Vid.*: FILLLOL MAZO, A., *Seguridad alimentaria y derecho internacional,* Dykinson, 2020, p. 101; p. 125.

25 FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF, *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2021. Transformación de los sistemas alimentarios en aras de la seguridad alimentaria, una nutrición mejorada y dietas asequibles y saludables para todos*, Roma, FAO, p. 8.

26 "2.3 De aquí a 2030, duplicar la productividad agrícola y los ingresos de los productores de alimentos en pequeña escala, en particular las mujeres, los pueblos indígenas, los agricultores familiares, los ganaderos y los pescadores, entre otras cosas mediante un acceso seguro y equitativo a las tierras, a otros recursos e insumos de producción y a los conocimientos, los servicios financieros, los mercados y las oportunidades para añadir valor y obtener empleos no agrícolas".

27 Estas estimaciones son variantes, en tanto los parámetros de conceptualización de la agricultura familiar también lo son. *Vid.*: LOWDER, S. K., SÁNCHEZ, M. V. y BERTINI, R., "Which farms feed the world and has farmland become more concentrated?", *World Development,* 142, 2021.

28 El concepto de agricultura familiar no ha sido claramente establecido, con variaciones de parámetros según países o regiones, lo que genera que los datos registrados sobre la cuestión sean en ocasiones difíciles de comparar y analizar. De entre las numerosas propuestas de conceptualización, referimos a la elaborada por el Comité Directivo Internacional para el Año Internacional de la Agricultura Familiar, quien en el año 2014, proponía la siguiendo definición: "forma

y las inversiones agrícolas a gran escala, contrarias según esta posición a la realización de los ODS. Así lo consideró también la FAO cuando, al declarar el Decenio de las Naciones Unidas de las Agricultura Familiar (2019-2028), dejaba constancia del potencial de la agricultura familiar para cumplir con los ODS de forma inclusiva, colaborativa y coherente, considerándola un "agente clave de las estrategias de desarrollo"[29].

Examinada la relación entre hambre, pobreza y tierra, procedemos a continuación a analizar las referencias vinculadas al Objetivo 5, "lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas". Su meta 5.a plantea el acceso a la tierra como uno de los principales pilares de la equidad y el empoderamiento de las mujeres, con grandes lagunas en muchos países del mundo[30]. Así, para la consecución de la igualdad de género se concede una especial importancia a la cuestión, señalando que es necesario emprender reformas para que las mujeres tengan un acceso igualitario a su propiedad y control. Aunque se avanza en la consecución de cambios legislativos hacia la equidad en los derechos, sigue existiendo una brecha importante con la realidad: de los 164 países que reconocen derechos sobre la tierra a las mujeres en las mismas condiciones que a los hombres, solo 52 los garantizan en la práctica[31]. Esta situación genera una dependencia estructural que conduce a las mujeres a la inseguridad, la dependencia y a confrontar graves problemas de supervivencia[32].

Finalmente, a nivel medioambiental se recogen menciones transversales a la tierra en los ODS 14 y 15. En concreto, el Objetivo 14, relativo a la preservación de la vida submarina, refiere a la prevención y reducción de la contaminación marina por actividades realizadas en la tierra (meta 14.1) y el Objetivo 15, vinculado a la vida de ecosistemas terrestres, al uso sostenible de los recursos terrestres, gestión sostenible de bosques, lucha contra la desertificación,

---

de organizar la producción agrícola, forestal, pesquera, ganadera y acuícola que es gestionada y administrada por una familia y depende principalmente del capital y la mano de obra de sus miembros, tanto mujeres como hombres. La familia y la finca están relacionadas entre sí, evolucionan conjuntamente y combinan funciones económicas, ambientales, sociales y culturales". FAO, *El estado mundial de la agricultura y la alimentación. La innovación en la agricultura familiar,* 2015, disponible en https://www.fao.org/3/i4040s/i4040s.pdf, p. 10.

29 FAO y IFAD, *Decenio de las Naciones Unidas para la Agricultura Familiar 2019-2028. Plan de acción mundial,* Roma, disponible en https://www.fao.org/3/ca4672es/ca4672es.pdf, p. 13.

30 "5.a Emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales".

31 ILC, "Rural women feed the world, but can they get a seat at the table?", 15-10-2020, disponible en https://www.landcoalition.org/en/newsroom/rural-women-feed-world-can-they-get-seat-table/.

32 Sobre esta cuestión, es necesario hacer referencia al enfoque ecofeminista. *Vid.*, entre otros, MIES, M. y SHIVA, V., *Ecofeminismo,* Barcelona, Icaria, 2020; PULEO GARCÍA, A. H., *Ecofeminismo para otro mundo posible,* Madrid, Cátedra, 2011.

y detención de la degradación de tierras y de la pérdida de la biodiversidad. Por su parte, y aunque sin mención expresa, el ODS 16, en su compromiso de promocionar sociedades pacíficas, justas e inclusivas, debería haber incorporado, a nuestro parecer, directrices relativas a la gobernanza de la tierra, ámbito esencial para su consecución en sociedades mayoritariamente rurales.

Realizado este recorrido, se ponen de manifiesto las múltiples carencias que mantiene la Agenda 2030 en relación con el tratamiento que le concede a la problemática vinculada a la tierra. En primer lugar, resulta un hecho que la mejora en la gobernanza no se plantea como un objetivo autónomo e independiente, sino que queda configurado como metas específicas encaminadas a la consecución de objetivos generales. Además, la deficiente atención que se concede a la cuestión es causa de que, hasta la fecha, los informes globales y nacionales de seguimiento hayan reportado mínima información, cuando no inexistente, sobre los tres únicos indicadores relacionados con la tierra[33]. A este respecto, todo avance debe pasar por realizar un seguimiento eficaz de estos indicativos vinculados, que aunque sean mínimos, servirían para poder evaluar su avance hacia la consecución de los ODS[34].

Ante la insatisfactoria respuesta que ofrece la Agenda 2030 frente a los problemas de gobernanza, acceso y control de la tierra, y partiendo de su afectación en términos de derechos humanos, analizamos a continuación si existen otras vías de protección, o si de nuevo, las existentes siguen siendo insuficientes.

4. ACAPARAMIENTO DE TIERRAS Y DERECHOS HUMANOS. PROPUESTAS FRENTE A LAS AUSENCIAS DE LA AGENDA 2030

Las prácticas de AdT, tal y como han sido conceptualizadas, generan repercusiones directas en los derechos humanos de las comunidades rurales afectadas. El derecho a la alimentación, al agua potable y al saneamiento, a la vivienda adecuada y al medio ambiente saludable, son solo algunos de los derechos potencialmente afectados por la presencia inversionista y el desalojo de la población. Partiendo de las carencias detectadas en la Agenda 2030 frente a una problemática de colosales dimensiones, y pese a esta ineludible conexión entre los AdT y su afectación a los derechos humanos, el marco

---

33 Los indicadores vinculados a la gobernanza de la tierra son los siguientes: 1.4.2, en relación con la tenencia de la tierra y su protección; 5.a.1 y 5.a.2, en relación con los derechos de acceso a la tierra de las mujeres.

34 A tal efecto, organizaciones de la sociedad civil siguen tratando de avanzar en esta tarea, realizando informes alternativos sobre los indicadores que, en este caso, sí incluyan menciones a la tierra. Destaca la labor de la Plataforma Tierra y ODS, liderada por International Land Coalition e integrada por 22 organizaciones. Para más información, *vid.*: http://tierrayods.org/.

jurídico internacional se define como desprovisto de mecanismos eficaces para proteger a las comunidades locales.

Tratando de suplir las ausencias detectadas en el programa de compromisos políticos internacionales, en los últimos años se han aprobado diversos instrumentos de *soft law* en materia de gobernanza de la tierra e inversiones agrícolas. Desde el ámbito institucional de la FAO, se procedió a la aprobación de las "Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional" en el año 2005[35], una década antes de la aprobación de la Agenda 2030 y en la antesala del estallido de las prácticas de AdT. Tras su auge, y motivado por la creciente preocupación, se inició un proceso de negociación en el seno del Comité de Seguridad Alimentaria de la FAO, caracterizado por su cariz participativo e inclusivo, que concluyó en el año 2012 con la aprobación de las "Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional"[36].

Dos años más tarde, y ante la amenaza descontrolada que parecían representar las inversiones agrícolas a gran escala, desde el mismo ámbito institucional se aprobaron los "Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios"[37]. Estos principios tenían por objeto fomentar la inversión responsable en agricultura, persiguiendo el respeto de unos estándares mínimos encaminados al reparto de beneficios, la mejora de la seguridad alimentaria o el apoyo a los pequeños agricultores.

Más recientemente, en diciembre del año 2018, se logró lo que se considera un gran éxito para las organizaciones en defensa de los derechos de las comunidades rurales: la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales"[38]. Por medio de esta Declaración, y tras un largo proceso de negociación y años de movilizaciones previas, se abordaban algunas de las principales preocupaciones de este amenazado colectivo. Junto a un reconocimiento específico de

---

35 FAO, *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, 2005, disponible en https://www.fao.org/3/y7937s/y7937s.pdf.

36 FAO, *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, 2012, disponible en https://www.fao.org/3/i2801s/i2801s.pdf.

37 FAO, *Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios*, 2014, disponible en https://www.fao.org/3/au866s/au866s.pdf.

38 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, de 17 de diciembre de 2018, A/RES/73/165, disponible en https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/73/165.

derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, se incluía una mención expresa al derecho a la tierra, al derecho de acceso a los recursos naturales o al derecho a las semillas (artículos 17, 5 y 19). También se dotaba a la cuestión de un enfoque prioritario de derechos humanos (artículo 2.4), definiendo obligaciones estatales en materia de respeto, protección y realización de los derechos individuales y colectivos de las poblaciones rurales[39].

La persistencia incontrolada de las prácticas de AdT, pese a la progresiva elaboración de códigos de conducta, pone de manifiesto que siguen siendo muchas las lagunas normativas que los instrumentos de *soft law* no son capaces de afrontar. El aumento de las prácticas de AdT, tal y como recogen plataformas como Land Matrix o farmlandgrab, constatan la necesidad de reforzar la protección de los derechos y de activar posibles vías de exigencia de responsabilidad por sus vulneraciones. En esta línea, Francisco J. Zamora Cabot encuentra en las prácticas de AdT el núcleo de las más graves violaciones de derechos humanos perpetradas por empresas transnacionales en la actualidad[40]. Incontables ejemplos podríamos citar: desde los AdT en Camboya para su destino a la caña de azúcar, ya puestos en conocimiento de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional[41]; la presencia de la multinacional Feronia Inc. y

---

39 Otros instrumentos de *soft law* destacados: en el ámbito regional africano, destacan "Framework and Guidelines on Land Policy in Africa. Land Policy in Africa: A Framework to Strengthen Land Rights, Enhance Productivity and Secure Livelihoods" (2009) y "Guiding Principles on Large Scale Land Based Investments in Africa" (2014); desde el sector privado, "Principles for Responsible Investment" (2005), "Principios del Ecuador" (2003, actualizados en 2020), o entre otras, iniciativas sectoriales como la "Mesa Redonda Sobre Aceite de Palma Sostenible" (2004); desde las propuestas de organizaciones sociales, el "Llamamiento contra el Acaparamiento de tierras de Dakar" (2011). En el ámbito general de empresas y derechos humanos, deben ser citados los aprobados "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2011. Más allá de estos instrumentos de derecho indicativo, citamos únicamente dos proyectos de derecho vinculante en el ámbito de empresas y derechos humanos que se encuentran en fase de elaboración y que a la fecha tienen depositadas grandes esperanzas. En primer lugar, en el marco de las Naciones Unidas, se trabaja en el tercer borrador del llamado "Instrumento Jurídico Vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos" (*Vid.*: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf). En segundo lugar, en la Unión Europea se ultima la publicación de la Directiva sobre "Debida Diligencia de las Empresas y Responsabilidad Corporativa", de la que en marzo de 2021 el Parlamento emitió sus recomendaciones (*vid.*: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.pdf).

40 ZAMORA CABOT, F. J., "Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos", *Anales de la Real Academia de Doctores de España,* 5, 2020, 1, pp. 87-113, p. 98. Sobre la conexión entre las actividades de las empresas transnacionales y la vulneración de derechos humanos, *vid.*: ESTEVE MOLTÓ, J. E., "La estrecha interdependencia entre la criminalidad de las empresas transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente: Lecciones del caso Bhopal, *REEI,* 32, 2016.

41 GLOBAL DILIGENCE, *Communication Under Article 15 of Rome Statute of the International Criminal Court. The Commision of Crimes Against Humanity in Cambodia. July 2002 to Present,* 2014, disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/executive_summary.pdf.

la plantación de palma aceitera en la República Democrática del Congo[42]; el desplazamiento de las comunidades masáis en Ngorongoro (Tanzania), donde se camuflan intereses turísticos bajo argumentos de conservación natural[43]; o la presencia de la noruega Green Resources en Uganda, apropiándose de tierras para la obtención de créditos de carbono[44]; y esto, por citar solo algunos de los casos que componen esta larga lista de inversiones agrícolas voraces y agresivas con los derechos humanos de las poblaciones.

Constituye una realidad que las víctimas de abusos corporativos se encuentran con incontables obstáculos en la búsqueda de justicia por la vulneración de sus derechos. Las vías de exigencia de responsabilidad son muy limitadas y deficientes, tanto en el lugar donde se cometen las vulneraciones de derechos, como en los Estados en los que están nacionalizadas las empresas responsables, en claro incumplimiento de las obligaciones territoriales y extraterritoriales de los Estados[45]. Así, en tanto las vulneraciones se suceden, la adición de salvaguardas a la protección de los derechos se vuelve un imperativo. Este discurso nos lleva a tratar de encontrar en el marco jurídico internacional vigente herramientas que permitan reivindicar la garantía de los derechos afec-

---

42 MUNTANÉ i PUIG, J., "Feronia Inc. Una diosa desnuda. De cómo empresas acaparadoras de tierras son rescatadas por fondos públicos de cooperación al desarrollo", *Mundubat-Soberanía Alimentaria-GRAIN-2015ymás,* 2015, disponible en https://grain.org/e/5229; DEL VALLE CALZADA, E., "Acaparamientos de tierras en la República Democrática del Congo: voracidad de las inversiones y violaciones de derechos humanos", en FILLOL MAZO, A. (coord.), *El fenómeno de los acaparamientos de tierras: retos jurídico-políticos y respuestas a través de los estudios de caso,* Sevilla, Egregius, pp. 196-218.

43 CURRIER, A. y MITTAL, A., "The looming threat of eviction. The continued displacement of the maasai under the guise of conservation in Ngorongoro Conservation Area", *The Oakland Institute, 2021,* disponible en https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/tanzania-looming-threat-eviction.pdf.

44 MOUSSEAU, F., "Evicted for carbon credits. Norway, sweden, and finland displace ugandan farmers for carbon trading", *The Oakland Institute,* 2019, disponible en https://www.oaklandinstitute.org/sites/oaklandinstitute.org/files/evicted-carbon_0.pdf.

45 A grandes rasgos, algunos de los posibles mecanismos de exigencia de responsabilidad internacional civil o penal: sobre la jurisdicción universal, *vid:* ESTEVE MOLTÓ, J.E., "Requiem for Universal Jurisdiction in Spain", *Revue québécoise de droit internacional / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional,* 33, 2020, 1, pp. 55-84; sobre litigios transnacionales sobre empresas y derechos humanos, *vid.*: ZAMORA CABOT, F. J., "Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 63, 2020, pp. 33-56, y MARULLO, M. C., "Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso Kiobel III", *Cuadernos Europeos de Deusto,* 63, 2020, pp. 57-80; sobre el acceso a la Corte Penal Internacional por la comisión de crímenes internacionales asociados a prácticas de AdT, en particular, en el caso de Camboya, *vid.*: FIDH, *Questions & Answers. Crimes against humanity in Cambodia from July 2002 until present,* 2014, disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/qanda_cambodia_icc-2.pdf; a nivel regional, en el contexto africano, puede destacarse por su relevancia el Caso Endorois, llevado ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, a cuyo efecto, *vid.*: ASHAMU, E., "*Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council v Kenya:* A Landmark Decision from the African Commission", *Journal of African Law,* 55, 2011, 2, pp. 300-313.

tados por la presencia de inversiones agrícolas, y en caso de que no se descubran, dirigir los esfuerzos de la comunidad internacional hacia su definición.

En este sentido, el Derecho internacional de los derechos humanos parte de una gran ausencia, como es la del reconocimiento generalizado del derecho humano a la tierra, únicamente atribuido desde el plano jurídico internacional a las comunidades indígenas. En su defecto, y analizando el marco jurídico vigente, sí podemos encontrar algunos instrumentos normativos de derecho vinculante que, de forma directa o indirecta, están conectados con cuestiones vinculadas a la tierra, a su acceso y control, y a su gobernanza. Destacamos por su especial conexión, y por el desarrollo posterior de sus comités de control, las inclusiones en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)[46].

El Comité de la CEDAW presentó en el año 2016 una Recomendación General sobre los derechos de las mujeres rurales (núm. 34). Partiendo de la discriminación a la que se enfrentan las mujeres en el acceso a la tierra, también contemplada como un elemento a confrontar en la Agenda 2030, el Comité, en interpretación del artículo 13 de la Convención, precisó la obligación de los Estados de garantizar "los derechos de las mujeres rurales a la tierra, el agua y otros recursos naturales en pie de igualdad con los hombres"[47].

Por su parte, y con carácter más general, el PIDESC reconoce en su artículo 11 el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado. El Comité del Pacto, por medio de la elaboración de observaciones generales, ha ido estableciendo lazos de conexión entre los diferentes elementos que integran la amplitud sustantiva de este derecho, en sus variantes alimentación, vivienda y agua, con la cuestión de la tierra[48]. A fin de ahondar en estas conexiones y precisar sus criterios interpretativos en una problemática tan compleja, el Comité del PIDESC está inmerso en la actualidad en la elaboración de una nueva

---

46 Borràs Pentinat realiza una completa enumeración de otros tratados internacionales que contienen disposiciones sobre la tierra y los recursos naturales, por medio de referencias al derecho a la propiedad, a la protección de sectores sociales específicos, a la conservación de la diversidad biológica o al derecho internacional humanitario, entre otros. *Vid.*: BORRÀS PENTINAT, S., *op. cit.*, pp.87-122.

47 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General núm. 34 sobre los derechos de las mujeres rurales,* de 7 de marzo de 2016, disponible en https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/34, párr. 59

48 Observación General nº 4, "El derecho a una vivienda adecuada", de 13 de diciembre de 2014, E/1992/23, párr. 8; Observación General nº7, "El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos", de 16 de mayo de 1997, E/1998/22, anexo IV, párr. 3 y 7; Observación General nº12, "El derecho a una alimentación adecuada", E/C.12/1999/5, de 12 de mayo de 1999, párr. 13 y 26; Observación General nº15, "El derecho al agua", de 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, párr. 16.

observación general con la que aclarar las obligaciones específicas contenidas en el Pacto en relación con la tierra, especialmente "con la protección de la tenencia de la tierra y derechos de los usuarios, así como con el aumento de la seguridad del acceso a la tierra"[49]. La observación se encuentra a la fecha en fase de proyecto, habiendo desarrollado ya un proceso de consulta pública tras la publicación del primer borrador, y quedando a la espera de su consideración final y de su posterior adopción[50].

La elaboración de esta observación constituye un gran avance en el estado de la cuestión, en tanto permitirá que se puedan concretar obligaciones vinculantes para los Estados en cuestiones relacionadas con la aquí abordada. Con todo, persisten las reivindicaciones en favor del reconocimiento expreso y autónomo del derecho humano a la tierra por medio de un instrumento jurídico vinculante, entendiendo que, en su ausencia, todas las aproximaciones a la cuestión partirán de un enfoque meramente instrumental. Sobre este particular, y tomando como precedente el recorrido jurídico del derecho humano al agua, también por medio de una observación general del CDESC, organizaciones como Fian mantienen que el reconocimiento de un derecho humano a la tierra podría tratarse de la única respuesta efectiva frente a las persistentes vulneraciones de los derechos de las comunidades locales en el acceso y control sobre sus tierras[51].

5. CONSIDERACIONES FINALES

De un análisis relacionado entre los ODS y su conexión con la gobernanza de la tierra y la situación de las poblaciones rurales, podemos concluir que las dinámicas de acaparamiento de tierras y de recursos y las inversiones voraces a gran escala, están muy lejos de contribuir al logro de los ODS, en tanto no conducen a las comunidades rurales o indígenas a un desarrollo sostenible,

---

49 Proyecto de Observación General nº 26, "relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales", E/C.12.69/R.2, de 3 de mayo de 2021, párr. 8.

50 Las contribuciones por escrito presentadas al Proyecto de Observación General pueden ser consultadas en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCR-draft-GC-land.aspx.

51 *Vid.*, entre otros: FIAN, *El derecho humano a la tierra. Documento de posición,* 2017, disponible en https://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2017/Reports_and_Guidelines/FIAN_Position_paper_on_the_Human_Right_to_Land_esp_0611173web.pdf; GOLAY, C. y BESSA, A., "The right to land and other natural resources", *Geneva Academy – Research Brief,* 2017, disponible en https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20Right%20to%20Land%20and%20Other%20Natural%20Resources.pdf; BORRÀS PERTINAT, S., *op. cit.,* pp. 88.92; GILBERT, J., "Derecho a la tierra como derecho humano. Argumentos a favor de un derecho específico a la tierra", *Revista Internacional de Derechos Humanos,* 18, 2013, pp. 123-145; CLAEYS, P., "The right tol and and territory: new human right and collective action frame", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 75, 2015, 2, pp. 115-137.

respetuoso con los derechos humanos, ni garantizan la paz y justicia de las regiones.

La Agenda 2030 centra sus referencias a la gobernanza de la tierra en los ODS 1, 2 y 5, pero en ningún caso lo hace de forma autónoma, sino desde la aproximación a la tierra como elemento necesario para la efectiva consecución de otros objetivos generales. La falta de un tratamiento específico de esta cuestión entre el listado de compromisos de la agenda internacional con vistas al año 2030 pone de manifiesto la deficiente voluntad política para afrontar un desafío de tales dimensiones.

Con todo, pese a que la cuestión analizada no haya sido abordada como objetivo autónomo, se constata su inextricable conexión con otros objetivos proyectados. Por ello, con vistas a la consecución de avances en la Agenda 2030 en países con gran presión sobre sus tierras y territorios, será necesario reforzar los derechos de las comunidades, implementar mejores estructuras de gobernanza de la tierra, y anteponer, en todo caso, el respecto de los derechos humanos a los beneficios de las inversiones por parte de los grandes actores empresariales transnacionales.

Ante las carencias de la Agenda 2030, se han aprobado instrumentos de *soft law* de contenido específico. Sin embargo, aunque herramientas útiles para la reivindicación y el camino hacia la consolidación de la protección de las comunidades rurales, se resuelven como insuficientes, en tanto siguen sin lograr evitar que las vulneraciones de derechos humanos, en este caso, vinculadas a la tenencia y control sobre la tierra, se sigan produciendo. Las pretendidas inversiones responsables, ante la inexistencia de instrumentos de monitoreo, sin imposición de su cumplimiento ni exigibilidad de responsabilidades, se siguen erigiendo en la práctica como inversiones voraces, tanto con los derechos de la población como con los recursos naturales.

Pueden detectarse avances en la regulación de la problemática descrita. Por un lado, en el exitoso proceso de negociación de la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales", primer documento específico aprobado en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas que aborda la problemática a la que se enfrentan las comunidades rurales y que reconoce derechos específicos para la protección de este colectivo. Por otro lado, el proyecto de Observación General número 26 sobre los derechos sobre la tierra y derechos económicos, sociales y culturales que está siendo elaborado por el CDESC. A la espera de la publicación del proyecto final, las expectativas se depositan en que, pese a que el primer borrador eludía toda mención al reconocimiento de un derecho humano a la tierra, éste sea incluido en la versión que finalmente se someta a aprobación, acogiendo así las principales reivindicaciones de las organizaciones de la sociedad civil y de parte de la doctrina académica.

Avances en el estado de la cuestión que ponen de manifiesto que la sociedad necesita compromisos audaces que, además, sean capaces de prosperar más allá de su contenido en papel y se acaben implementando en la práctica. Y esto nos lleva a una necesaria visión de conjunto, evitando que los "árboles" no nos dejen ver el "bosque", enmarañado, complejo, y secuestrado por un manifiesto corporativismo que se esfuerza por crear ambientes atractivos para la inversión, aun a costa de vulnerar los derechos de la población. La realidad resulta ya inesquivable, y en consecuencia, la formulación de respuestas normativas imperativas y dirigidas a actores estatales y no estatales deviene imperiosa.

CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE Y DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIÓN EUROPEA: SINERGIAS ENTRE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS Y LA AGENDA 2030

DANIEL IGLESIAS MÁRQUEZ[1]

SUMARIO: 1. REFLEXIONES PRELIMINARES: DESARROLLO SOSTENIBLE, DERECHOS HUMANOS Y CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE. 2. LA AGENDA 2030 Y LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA. 3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA UE: APORTES A LA AGENDA 2030 Y A LOS ODS. 3.1. INFORMACIÓN CORPORATIVA EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD. 3.2. COHERENCIA POLÍTICA: PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. 3.3. LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. REFLEXIONES PRELIMINARES: DESARROLLO SOSTENIBLE, DERECHOS HUMANOS Y CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE

En los últimos siglos, la sociedad internacional ha experimentado un importante crecimiento económico, impulsado por la sofisticación y el uso de tecnologías por parte de las empresas –transnacionales- en las técnicas de producción derivadas de la Revolución Industrial y por la implementación de un modelo económico capitalista. No obstante, este desarrollo económico ha tenido un importante coste social y ambiental.[2]

La crisis social y ambiental derivada de la creciente demanda de un desarrollo económico depredador ha dado lugar a que la sociedad internacional busque soluciones paliativas frente al agotamiento de los recursos naturales y al aumento de las desigualdades entre las personas. En este contexto se construyó el concepto de desarrollo sostenible, propugnado por el Informe Brundtland (1987) y definido como aquel que "asegura las necesidades del

---

[1] Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales e investigador *senior* del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey (*daniel.iglesias@udem.edu*). El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación "Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030" (PID2021-126145OB-I00) y del proyecto de investigación "Las nuevas normas de debida diligencia obligatoria como respuesta para hacer frente a la violencia que sufren las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente" (ICI019/22/000010).

[2] GILLESPIE, Alexander, "The Nineteenth Century", en *The Long Road to Sustainability: The Past, Present, and Future of International Environmental Law and Policy*. Oxford, OUP, 2018, pp. 22-44.

presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades".[3]

El desarrollo sostenible se ha consolidado como una matriz teleológica fundamental en el Derecho internacional,[4] quedando plasmado en diversos instrumentos internacionales (resoluciones, declaraciones, convenciones y decisiones judiciales internacionales[5]). A su vez, se ha convertido, aunque no exento de críticas,[6] en la piedra angular de la constitución de un paradigma alternativo de desarrollo, que asegure un reparto equitativo de los beneficios de la economía mundial y que tenga lugar dentro de los límites planetarios. Así lo señala el documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) (2012), titulado *El futuro que queremos*, que indica que:

> "[L]a erradicación de la pobreza, la modificación de las modalidades insostenibles y la promoción de modalidades de consumo y producción sostenibles, y la protección y ordenación de la base de recursos naturales del desarrollo económico y social son objetivos generales y requisitos indispensables del desarrollo sostenible".[7]

Uno de los resultados más destacables que alcanzaron los Estados en Río+20 fue el establecimiento de un grupo de trabajo de composición abierta encargado de desarrollar un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS),[8] que, en septiembre 2015, fueron incluidos y adoptados en la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada *Transformar nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (Agenda 2030).[9]

La Agenda 2030 es un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, el cual integra 17 ODS y 169 metas que deben aplicarse hasta el

---

3 Véase, COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO, *Nuestro futuro común*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 29.

4 JARIA I MANZANO, Jordi, "La externalización de costes ambientales en el acceso a los recursos naturales: marco institucional y distribución inequitativa", Informe núm. 4 del proyecto "Del desarrollo sostenible a la justicia ambiental: Hacia una matriz conceptual para la gobernanza global", disponible en: www.dret-public.urv.cat/media/upload/domain_89/arxius/working%20papers/DEFINITIUS/working%20paper%204.pdf.

5 BARRAL, Virginie, "Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm", *The European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, núm. 2, pp. 377-400.

6 Véase, PIGRAU I SOLÉ, Antoni, "España, la Unión Europea, el derecho internacional y el desarrollo insostenible", en ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y PETIT DE GABRIEL, Eulalia W. (eds.), *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1253-1288.

7 Véase, "El futuro que queremos". El documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río de Janeiro, Brasil, 20–22 junio 2012, disponible en: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/764Future-We-Want-SPANISH-for-Web.pdf.

8 *Ibid.*, párr. 248.

9 ASAMBLEA GENERAL, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, 21 de octubre de 2015 (A/RES/70/1).

año 2030. Los ODS no solo remplazan los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) enfocados en erradicar la pobreza, sino también intentan mejorarlos y abordar, de forma más ambiciosa, los retos sociales y ambientales que no obtuvieron una repuesta eficaz a través de los ODM.[10]

La presente comunicación se centra en dos mejoras que presentan los ODS en relación con los ODM. Por un lado, la Agenda 2030 y los ODS tienen una mayor convergencia y coherencia en relación con los derechos humanos. La falta de relación con el régimen de los derechos humanos ha sido una de las principales críticas a los ODM, ya que se consideró que constituían dos regímenes que operaban en esferas separadas y paralelas, a pesar de que ambos compartían el objetivo y el compromiso común de promover el bienestar humano.[11] Por su parte, la Agenda 2030 está inspirada en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos y laborales. Asimismo, aunque no se haga referencia expresa, varios ODS están estrechamente relacionados con el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, a la vivienda, así como a los derechos de grupos específicos como las mujeres, los niños y las niñas y los pueblos indígenas. Se considera que esta mejora de los ODS en comparación con los ODM es esencial para la implementación de los mismos, ya que el régimen de los derechos humanos proporciona las orientaciones y los mecanismos necesarios para su aplicación, supervisión y evaluación.[12]

Por otra parte, hay una evidente mejora en los ODS respecto a su ámbito de aplicación. Mientras que los ODM iban dirigidos únicamente a los denominados "países en desarrollo", los ODS adoptan un carácter universal y, por tanto, se aplican en todos los países sin distinción alguna. Asimismo, la Agenda 2030 reconoce que el sector empresarial es un aliado clave para las Naciones Unidas y los gobiernos en el logro de los ODS. En este sentido, se exhorta a "todas las empresas a que aprovechen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible".[13]

Un gran número de empresas de diversos sectores y tamaños han respondido positivamente al llamamiento de Naciones Unidas y se han comprometido públicamente a alcanzar los ODS. No obstante, la evidencia empírica demuestra que este compromiso adquirido por las empresas se trata, en muchas

---

10 FUKUDA-PARR, Sakiko, "From the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals: shifts in purpose, concept, and politics of global goal setting for development", *Gender & Development*, vol. 24, 2016, núm. 1, pp. 43-52.

11 OHCHR, "Claiming the Millennium Development Goals: A human rights approach", disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Claiming_MDGs_en.pdf.

12 DE MAN, Annelie, "The Sustainable Development Goals and the rights-based approach to development: Compatible or missing the point?" *African Human Rights Law Journal*, vol. 19, 2019, núm. 1, pp. 445-469.

13 ASAMBLEA GENERAL, *op. cit.,* párr. 67.

ocasiones, de una estrategia empresarial para obtener una legitimación social para operar y mejorar su imagen corporativa, a lo que se denomina como "*SDG-washing*".[14] Por ello, no es de sorprenderse que las empresas del sector de hidrocarburos, como *Shell, BP* o *Exxonmobil*, tengan un compromiso público con los ODS al mismo tiempo que inciden en la diplomacia internacional climática para mantener un modelo desarrollo basado en la quema de combustible fósiles,[15] o bien, que las empresas del sector textil estén comprometidas con los ODS y, a su vez, en sus cadenas de producción y suministro las personas estén expuestas a pésimas condiciones laborales, recurran a prácticas de trabajo infantil forzoso o las mujeres sufran situaciones de discriminación o violencia en el lugar de trabajo.

No cabe duda de que las empresas son actores clave en la consecución de los ODS ya que cuentan con los recursos financieros, conocimientos específicos, tecnología y capacidad de gestión de riesgos necesarios para alcanzar el desarrollo sostenible.[16] Sin embargo, al mismo tiempo, sus actividades empresariales y relaciones comerciales generan algunos de los desafíos y problemas sociales y ambientales a los que intentan dar solución los ODS y sus metas, como las muertes y enfermedades causadas por la contaminación del aire, el agua y el suelo (meta 3.9), pesca excesiva (meta 14.6) y degradación de los hábitats naturales (meta 15.5), entre otros. Ante esta situación, la Agenda 2030 también señala que los Estados se deben comprometer a:

> "[Fomentar] un sector empresarial dinámico y eficiente, protegiendo al mismo tiempo los derechos laborales y los requisitos sanitarios y ambientales de conformidad con las normas y los acuerdos internacionales pertinentes y otras iniciativas que se estén llevando a cabo en esta esfera, como los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*…" (énfasis agregado).[17]

Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos (en adelante, Principios Rectores), aprobados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2011,[18] rigen actualmente el ámbito y

---

14 HERAS-SAIZARBITORIA, Iñaki, URBIETA, Laida y BOIRAL, Olivier, "Organizations' engagement with sustainable development goals: From cherry-picking to SDG-washing?" *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2021, pp. 1-13.

15 NASIRITOUSI, Naghmeh, "Fossil fuel emitters and climate change: unpacking the governance activities of large oil and gas companies", *Environmental Politics*, vol. 26, 2017, núm. 4, pp. 1-27.

16 BERRONE, Pascual, RICART, Joan E., DUCH, Ana I., BERNARDO, Valeria, SALVADOR, Jordi, PIEDRA PEÑA, Juan y RODRÍGUEZ PLANAS, Miquel, "EASIER: An Evaluation Model for Public–Private Partnerships Contributing to the Sustainable Development Goals", *Sustainability*, vol. 11, 2019, núm. 8, pp. 2339-2364.

17 ASAMBLEA GENERAL, *op. cit.*, párr. 67.

18 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, 21 de marzo de 2011 (A/HRC/17/31).

la agenda –nacional e internacional- para asegurar una conducta empresarial responsable con los derechos humanos y el medio ambiente. El Pilar II de los Principios Rectores reconoce la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esto significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas que se produzcan para los derechos humanos. Es decir, las empresas deben realizar sus actividades de tal manera que no interfieran ni tengan consecuencias negativas para el medio ambiente y el disfrute de los derechos humanos de los empleados y empleadas, de las comunidades, de los consumidores y otras personas que se puedan ver afectadas directa o indirectamente por sus actividades o relaciones comerciales.

El respeto de los derechos humanos es una de las principales aportaciones de las empresas a la Agenda 2030 y a los ODS.[19] Los Principios Rectores, por tanto, proporcionan un marco de estándares de conducta para asegurar que todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, respeten los derechos humanos a través de la identificación, prevención, mitigación y rendición cuentas de las consecuencias negativas de sus operaciones sobre los derechos humanos y el medio ambiente, al mismo tiempo que se comprometen con el desarrollo sostenible.[20]

No obstante, al igual que la Agenda 2030, los Principios Rectores no son un instrumento jurídicamente vinculante, sino que requieren de la intermediación de los Estados y las empresas para su implementación. A pesar de ello, diversos *stakeholders*, incluidos muchos Estados, empresas y organizaciones internacionales, se han comprometido a ponerlos en práctica. Esta implementación no ha sido homogénea, por lo que el grado de implementación varía, así como su potencial contribución a la Agenda 2030 y a los ODS.

En este contexto, la presente comunicación tiene como objetivo principal responder a la pregunta de investigación sobre en qué medida la agenda sobre empresas y derechos humanos de la Unión Europea (UE) y de los Estados miembros contribuye y complementa los compromisos de implementar y alcanzar los ODS de la Agenda 2030, y viceversa. Para ello, los siguientes epígrafes examinan, por un lado, el compromiso de la UE de aplicar la Agenda 2030 y su relación con los Principios Rectores y, por otro lado, se evalúa como

---

19 MORRIS, Daniel, WRZONCKI, Elin y ANDREASEN, Lysgaard Signe, *Responsible Business Conduct as a Cornerstone of the 2030 Agenda – A Look at the Implications. A Discussion Paper*, Copenhagen, Danish Institute for Human Rights, 2019, p. 12.

20 ZAGELMEYER, Stefan y SINKOVICS, Rudolf R., "MNEs, Human Rights and the SDGs – The Moderating Role of Business and Human Rights Governance", *Transnational Corporations Journal*, vol. 26, 2019, núm. 3, pp. 33-62.

la implementación de los Principios Rectores en la UE asegura que el sector empresarial avance positivamente en la consecución de los ODS.

2. LA AGENDA 2030 Y LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

El desarrollo sostenible es un objetivo fundamental de la UE, contemplado en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. Por ello, no sorprende que la UE, junto con sus Estados miembros, haya sido uno de los promotores de la Agenda 2030 y sus ODS y se haya comprometido plenamente a su aplicación, como lo indica la Comunicación de la Comisión Europea titulada *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible* (2016).[21] A día de hoy, los ODS constituyen una parte fundamental del programa de trabajo de la actual Comisión, liderada por Ursula von der Leyen. Se pretenden alcanzar los ODS a través de las seis grandes ambiciones de Europa para los próximos años (un Pacto Verde Europeo, una economía que funcione en pro de las personas, una Europa adaptada a la era digital, la protección del estilo de vida europeo, una Europa más fuerte en el mundo y un nuevo impulso a la democracia europea).[22]

En el marco de la implementación de la Agenda 2030 en la UE, la conducta empresarial responsable se ha considerado como uno de los elementos esenciales para alcanzar los ODS. La Comunicación titulada *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible* confirma que la acción de la UE en materia de conducta empresarial responsable fomenta que el sector privado contribuya al logro de objetivos sociales y ambientales, fomentando un crecimiento equitativo y sostenible y la protección de los derechos sociales. Al respecto, la Comisión se comprometió a intensificar sus esfuerzos en materia de conducta empresarial responsable, centrándose en medidas concretas que permitan hacer frente a los retos sociales, ambientales y de gobernanza presentes y futuros, y basándose en los principios más importantes y el planteamiento político establecidos en la *Estrategia de la UE sobre la responsabilidad social de las empresas* de 2011 de la Comisión.[23]

---

21 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad*, 22 de noviembre de 2016, COM(2016) 739 final.

22 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Programa de trabajo de la Comisión para 2021. Una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad, 19 de octubre de 2020, COM(2020) 690 final.

23 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Próximas etapas para un futuro europeo sostenible, op. cit.*

En un sentido similar, el Documento de reflexión de la Comisión titulado *Hacia una Europa sostenible en 2030* establece que la conducta empresarial responsable es uno de los fundamentos políticos para un futuro sostenible en la UE, reconociendo, en línea con la Agenda 2030, que las empresas tienen un papel esencial que desempeñar en la transición hacia la sostenibilidad. Por ello, la UE se compromete a seguir promoviendo la aplicación de las directrices y los principios acordados internacionalmente sobre conducta empresarial responsable.[24]

El Pacto Verde Europeo de la Comisión de von der Leyen no solo constituye una hoja de ruta de crecimiento destinada (supuestamente) a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera, sino también establece una estrategia para aplicar la Agenda 2030 y los ODS. En definitiva, este Pacto contempla una serie de acciones y políticas encaminadas a promover una conducta empresarial responsable.[25] Así, la conducta empresarial responsable, por tanto, forma parte de la estrategia de la UE para la implementación de la Agenda 2030 y de los ODS.

En la UE el debate acerca de la conducta empresarial responsable tiene una larga tradición. Desde finales de la década de los noventa se han planteado propuestas para prevenir los impactos ambientales y abusos de derechos humanos de las empresas europeas, tanto dentro como fuera de las fronteras de la UE. Este debate también se ha mantenido y ha sido impulsado a partir de varios litigios estratégicos ante los tribunales europeos en los que se ha alegado la responsabilidad de las empresas europeas por los efectos negativos de sus actividades en terceros Estados. Por ejemplo, cabe mencionar el caso *Friday Alfred Akpan & Milieudefensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*, en el que la ONG *Milieudefensie* y cuatro agricultores nigerianos interpusieron una demanda ante los tribunales holandeses en contra de la empresa matriz, *Royal Dutch Shell plc.*, con domicilio en Países Bajos, y en contra de la filial nigeriana, *Shell Petroleum Development Company*. Los demandantes alegaban sufrir daños por los impactos ambientales causados por las fugas de petróleo que tuvieron lugar desde 2004 hasta 2007 en los poblados de Oruma, Goi e Ikot Ada Udo.[26] En un sentido similar, el caso *Arica Victims KB c. Boliden Mineral AB*, en el que ciudadanos chilenos de la región de Arica interpusieron una demanda en contra de la empresa sueca *Boliden* por daños a la salud causados por los impactos ambientales de 20.000 toneladas de material contaminado con mercurio, plomo y arsénico en barriles metálicos

---

24 COMISIÓN EUROPEA, *Documento de reflexión. Hacia una Europa sostenible en 2030*, 30 de enero de 2019 COM(2019) 22 final.

25 COMISIÓN EUROPEA, *El Pacto Verde Europeo*, 11 de diciembre de 2019, COM(2019) 640 final.

26 IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel y ASCENCIO, Stephanie, "Las vías de responsabilidad de las empresas multinacionales por daños ambientales. El caso Dutch Shell Nigeria", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 5, 2014, núm. 1, pp. 1-40.

enviados por la empresa sueca a Chile entre 1984 y 1986.[27] Del mismo modo, en Alemania se presentó una demanda civil en contra de la empresa alemana *KiK*. En septiembre de 2012, un incendio en la fábrica textil *Ali Enterprises* (empresa subcontratada por *KiK*) en Pakistán causó la muerte de 260 personas y 32 heridos. En 2015, las personas afectadas y familiares entablaron una acción civil ante el tribunal regional de Dortmund por daños y perjuicios.[28]

Al inicio de la década de los 2000 la agenda de la UE en materia de conducta empresarial responsable se basaba principalmente en la promoción de la responsabilidad social de las empresas (RSE), entendida como "la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores".[29] En consecuencia, la UE no se centró en imponer obligaciones a las empresas para asegurar una conducta empresarial responsable, sino más bien en crear procesos para el intercambio de mejores prácticas, el aprendizaje mutuo y la sensibilización.

Desde entonces ha habido en la UE una importante evolución y combinación inteligente de estándares voluntarios, normas vinculantes y políticas públicas en materia de conducta empresarial responsable. En 2011, la *Estrategia Renovada 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas* generó una importante evolución cualitativa en la materia. Esta Comunicación simplificó la definición de RSE en relación con los objetivos de la UE de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, entendiéndose como "la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad".[30] La nueva definición de la RSE en la Comunicación de 2011 dio un mayor margen de maniobra para contemplar tanto las medidas voluntarias como obligatorias en la estrategia de la Comisión de asegurar una conducta empresarial responsable.

La *Estrategia Renovada 2011-2014* señalaba que la implementación de los Principios Rectores contribuiría a alcanzar los objetivos de la UE sobre cuestiones específicas en materia de derechos humanos y normas laborales básicas, como el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la trata de seres humanos, la igualdad de género, la no discriminación, la libertad de asociación y el

---

27 LARSEN, Rasmus Kløcker, "Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victims KB v. Boliden Mineral AB?" *Nordic Journal of International Law*, vol. 83, 2014, núm. 4, pp. 404-438.

28 WESCHE, Philipp y SAAGE-MAAß, Miriam, "Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK", *Human Rights Law Review*, vol. 16, 2016, núm. 2, pp. 370-385.

29 COMISIÓN EUROPEA, "Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility COM(2001)366", disponible en: https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2001)366&lang=es.

30 COMISIÓN EUROPEA, "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, COM(2011) 681 final", disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:es:PDF.

derecho a la negociación colectiva,[31] entre otros que van a coincidir con los desafíos que van a dar lugar a la Agenda 2030 y a los ODS.

La UE y los Estados miembros se han convertido en uno de los principales promotores de la implementación de los Principios Rectores a través de diversas acciones políticas y legislativas. Estas acciones, según la Comisión, se enmarcan dentro de su compromiso de aplicar la Agenda 2030 y de alcanzar sus ODS.[32] Esto indica que si bien las empresas tienen un papel clave para lograr los ODS, su contribución efectiva y real, más allá del "*SDG-washing*", se logra dentro un marco habilitador que asegure una conducta empresarial responsable.

3. LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES EN LA UE: APORTES A LA AGENDA 2030 Y A LOS ODS

Los siguientes epígrafes describen algunas de las acciones legislativas y políticas en la UE –y en sus Estados miembros- que ponen en práctica los Principios Rectores y, a su vez, analizan su coherencia con la Agenda 2030 y su contribución –o no- a la consecución de los ODS y sus metas.

3.1. Información corporativa en materia de sostenibilidad

Para lograr el ODS 12 sobre la garantía de modalidades de consumo y producción sostenibles se estableció la meta 12.6, que consiste en alentar a las empresas a que incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes. Al respecto, en 2014, la UE adoptó la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera que impone a las empresas que entran dentro del ámbito de aplicación de la norma (las que tienen más de 500 trabajadores) la obligación de preparar un estado no financiero que contenga información relativa a cuestiones de derechos ambientales y sociales. La Directiva 2014/95/UE reconoce que la divulgación de información no financiera resulta esencial para la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente.[33]

---

31 *Idem.*

32 COMISIÓN EUROPEA, *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights: Overview of Progress*, 20 de marzo de 2019, SWD(2019) 143 final.

33 Véase, Considerando 3 de la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera.

Para el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Directiva 2014/95/UE, las empresas pueden basarse en los Principios Rectores,[34] que indican que la responsabilidad de respetar los derechos humanos implica comunicar, ofrecer transparencia y rendir cuentas a las personas o grupos que puedan verse afectados y a otros interesados, incluidos los inversores. Por ello, se espera que las empresas elaboren informes cuando hay riesgo violaciones de derechos humanos. Los informes deben abarcar temas e indicadores sobre la forma en que las empresas identifican y responden a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos.[35]

La Directiva 2014/95/UE ha generado importantes cambios en la conducta de las empresas respecto a la integración de los riesgos no financieros dentro de sus políticas y acciones.[36] No obstante, al mismo tiempo, la evidencia empírica demuestra que aún son pocas las empresas que proporcionan información completa y confiable relacionada con la sostenibilidad. En general, la calidad y la comparabilidad de los informes de sostenibilidad de las empresas no son suficientes para comprender sus impactos, riesgos o incluso sus planes de gestión.[37]

En el marco del Pacto Verde Europeo, la Comisión Europea se comprometió a proponer una revisión de la Directiva sobre divulgación de información no financiera con el objetivo de lograr que las empresas faciliten información más exhaustiva sobre los riesgos de sostenibilidad a los que están expuestas y su propio impacto en las personas y el medio ambiente. Al hacer que las empresas sean más transparentes en cuanto a su impacto en las personas y el medio ambiente se asegura que la contribución de las empresas a los ODS sea efectiva y real. La revisión de la Directiva 2014/95/UE garantiza una mayor coherencia con los Principios Rectores.[38]

---

34 Véase, Considerando 9 de la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera.

35 Véase, Comentario al Principio Rector 21.

36 COMISIÓN EUROPEA, "Study on the non-financial reporting directive", disponible en: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ef8fe0e-98e1-11eb-b85c-01aa75ed71a1/language-en.

37 ALLIANCE FOR CORPORATE TRANSPARENCY y FRANK BOLD, "2019 Research Report An analysis of the sustainability reports of 1000 companies pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive", disponible en: http://www.allianceforcorporatetransparency.org/assets/2019_Research_Report%20_Alliance_for_Corporate_Transparency.pdf.

38 Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se modifican la Directiva 2013/34/UE, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y el Reglamento (UE) n.º 537/2014, por lo que respecta a la información corporativa en materia de sostenibilidad.

3.2. Coherencia política: planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos

El ODS 17 sobre el fortalecimiento de los medios de implementación y la revitalización de la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible incluye las metas 17.13 a 17.15 sobre coherencia normativa e institucional. Por su parte, los Principios Rectores 8, 9 y 10 señalan que los Estados deben asegurar una coherencia política a nivel intragubernamental, intergubernamental y multilateral. A nivel intragubernamental, los Estados deben velar por que todos los departamentos, organismos y otras instituciones públicas que contribuyen a dar forma a las prácticas empresariales o que interactúan con las empresas, conozcan y den cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos en el desempeño de sus respectivos mandatos (Principio Rector 8).

La *Estrategia de la UE sobre la responsabilidad social de las empresas* de 2011 de la Comisión solicitó a los Estados miembros la adopción de planes de acción nacional (PAN) para implementar los Principios Rectores. Los PAN constituyen un medio idóneo sobre el que los Gobiernos pueden mejorar la coherencia de las políticas para el desarrollo sostenible (meta 17.14). Los PAN son instrumentos de políticas públicas mediante los cuales los Estados identifican y determinan las medidas existentes y necesarias para implementar los Principios Rectores.[39] En este sentido, los PAN pueden determinar las medidas necesarias para que las entidades estatales y los organismos subestatales que influyen en la actuación de las empresas aseguren que estas contribuyan a lograr los ODS.

Desde 2012, la respuesta de los Estados miembros ha sido paulatina pero positiva, ya que en noviembre de 2021 al menos 16 países han publicado sus PAN, incluidos Reino Unido (cuando aún formaba parte de la UE), Países Bajos, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia, Italia, Alemania, Francia, Polonia, España, Bélgica, República Checa, Irlanda, Eslovenia y Luxemburgo. Asimismo, otros Estados miembros como Grecia, Letonia y Portugal están en proceso de desarrollo de un PAN.

La revisión de los PAN adoptados por los Estados miembros de la UE demuestra que algunos PAN no contienen acciones ni referencias expresas a la Agenda 2030 y a los ODS, como los de Finlandia, Lituania, Países Bajos, República Checa y Luxemburgo. Intentando establecer un punto conexión entre las políticas de desarrollo sostenible y las de conducta empresarial responsable, otros planes contienen alguna mención a la Agenda 2030 y a los ODS. Por

---

[39] CANTÚ RIVERA, Humberto, "Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: Sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 17, 2017, pp. 113-144.

ejemplo, el PAN español contiene una referencia en el apartado de contexto y antecedentes. No obstante, ninguna de las medidas y acciones incluidas en el Plan están relacionadas expresamente con los ODS.[40]

Finalmente, cabe destacar que algunos planes sí contienen medidas cuyo objetivo específico es que las empresas contribuyan de manera efectiva a los ODS. El Plan de Francia, por ejemplo, contempla la capacitación en temas relacionados con desarrollo sostenible para el personal de las empresas. El Gobierno belga, por su parte, considera que su PAN contribuye a sus esfuerzos para dar cumplimiento a la Agenda 2030 en general y, más específicamente, al ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico) y al ODS 12 (consumo y producción sostenible). En un sentido similar, el Plan alemán vincula determinadas acciones para poner en práctica los Principios Rectores con la consecución de ODS específicos.[41]

Los PAN constituye un ámbito de oportunidades no solo para cumplir con la meta 17.14 de mejorar la coherencia de las políticas para el desarrollo sostenible, sino también contribuyen a que las empresas integren de manera coordinada los ODS en sus políticas, actividades y relaciones comerciales. Al respecto, desde la UE se puede influir en los Estado miembros para asegurar que el desarrollo o la revisión de los PAN incluya acciones encaminadas a que las empresas apliquen la Agenda 2030 y logren los ODS.

3.3. La diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos

El mecanismo prescrito en los Principios Rectores para que las empresas pongan en práctica y den cumplimiento a su responsabilidad de respetar los derechos humanos es la diligencia debida en materia de derechos humanos, que constituye un proceso continuo de gestión mediante el cual una empresa identifica, previene, mitiga y rinde cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos (Principio Rector 17). Los *stakeholders* coinciden en que la debida diligencia ayuda a las empresas a comprender sus impactos –positivos y negativos- sobre los ODS.

Mediante este proceso de diligencia debida, las empresas comprometidas con la Agenda 2030 pueden identificar situaciones en las que sus actividades o relaciones comerciales causan o contribuyen a causar muertes y enfermedades que se deben a productos químicos peligrosos (meta 3.9), generan situaciones de discriminación entre hombres y mujeres (meta 5.1), o bien, afectan

---

40 GOBIERNO DE ESPAÑA, Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos, disponible en: http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/derechoshumanos/documents/170714%20pan%20empresas%20y%20derechos%20humanos.pdf.

41 Véase, "National Action Plans on Business and Human Rights", disponible en: https://globalnaps.org/issue/sustainable-development/.

el acceso al agua de una comunidad (meta 6.1). Una vez identificados estos impactos, las empresas, como parte de su contribución real y efectiva a los ODS, deben articular y priorizar acciones para prevenir, mitigar y rendir cuentas de dichos impactos que afectan a las personas y al planeta. Así, cuando una empresa identifica prácticas de empleo que afectan negativamente a las mujeres, por ejemplo, debe llevar a cabo acciones para promover su capacidad de participar y beneficiarse de la actividad económica de manera equitativa.

La UE y sus Estados miembros han establecido una tendencia clara en el desarrollo de marcos normativos sobre diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos, con el fin de asegurar que las empresas cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.[42] En Francia, por ejemplo, la Ley sobre el Deber de Vigilancia (2017) fue la primera medida nacional en materia de diligencia debida obligatoria aplicable de manera general. Esta ley impone a las empresas que se encuentran bajo su ámbito de aplicación la obligación de elaborar y publicar un plan de vigilancia, que incluya las medidas razonables necesarias para identificar y prevenir los riesgos e impactos negativos sobre los derechos humanos y daños ambientales que resulten de sus actividades o de las de sus subcontratistas o proveedores con una relación comercial estable.

En 2021, se adoptó en Alemania una ley similar que impone a determinadas empresas obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente para prevenir o minimizar cualquier riesgo para los derechos humanos o para el medio ambiente, o bien, para poner fin a los impactos negativos. Esta obligación de diligencia debida consiste en establecer un sistema de gestión de riesgos, designar una persona o personas responsables dentro de la empresa encargada del sistema de gestión de riesgos, realizar análisis de riesgo periódicos, emitir un declaración de política en materia de derechos humanos, adoptar medidas de prevención y de reparación, establecer un procedimiento de quejas y documentar e informar al exterior de las acciones adoptadas por la empresa. En otros países de la UE, como Austria, Bélgica, Finlandia, Luxemburgo y Países Bajos, existen propuestas o compromisos legislativos similares a los desarrollos alcanzados en Francia y Alemania.

En el ámbito de la UE se consolida cada vez más la propuesta de adoptar una normativa europea de diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Así, a inicios de 2020, la Comisión Europea anunció su intención de discutir una iniciativa legislativa para imponer a las empresas obligaciones de prevenir abusos de derechos humanos y daños ambientales

---

42 MACCHI, Chiara y BRIGHT, Claire, "Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation", en BUSCEMI, Martina, LAZZERINI, Nicole, MAGI, Laura y RUSSO, Deborah (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights–Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, Brill, 2020, pp. 218-247.

a lo largo de su cadena de suministro. En marzo de 2021, el Parlamento Europeo, de conformidad con el Pacto Verde Europeo y los ODS, adoptó una resolución con recomendaciones a la Comisión Europea sobre debida diligencia y responsabilidad empresarial (2020/2129(INL)) que recomienda la adopción de una Directiva europea que imponga obligaciones de diligencia debida a determinadas empresas, con el fin de garantizar que las empresas que inciden en su ámbito de aplicación y operan en el mercado interior cumplan su deber de respetar los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno, no causen ni contribuyan a causar efectos adversos potenciales o reales en los derechos humanos, el medio ambiente y el buen gobierno mediante sus propias actividades o las vinculadas directamente a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial o en sus cadenas de valor, y prevengan y mitiguen tales efectos adversos. El 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea publicó la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.[43]

Los instrumentos normativos señalados en los párrafos anteriores tienen el potencial de impulsar, maximizar y orientar la contribución positiva de las empresas a la Agenda 2030 y a los ODS. Sobre todo teniendo en cuenta que aún son pocas las empresas que ponen en marcha procesos de diligencia debida, ya sea por la falta de conocimiento o bien de la capacidad o voluntad para aplicarlos. Al respecto, las evaluaciones que realiza el *Corporate Human Rights Benchmark* sobre el desempeño en el ámbito de los derechos humanos de 229 empresas globales en cinco sectores identificados como de alto riesgo de impactos negativos sobre los derechos humanos (estos sectores son el agrícola, el de la confección, el extractivo, fabricación de tecnologías de la información y de la comunicación y de la fabricación de automóviles) demuestran que, a pesar de que la diligencia debida es clave para los ODS, sigue siendo un área de bajo rendimiento en todos los sectores examinados, y casi la mitad de las empresas evaluadas (46,2%) no puntúan en esta parte de la evaluación.[44]

Finalmente, cabe señalar que estas leyes de diligencia debida obligatoria deben contener disposiciones que garanticen a las personas afectadas por las actividades empresariales el acceso a mecanismos de reparación que estén en línea con el ODS 16, que tiene como finalidad facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan

---

43 Véase, PIGRAU SOLÉ, Antoni e IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, "Consideraciones a la propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad", Documentos ICIP, 2022, núm. 2, pp. 1-33.

44 CORPORATE HUMAN RIGHTS BENCHMARK, 2020 Key findings- Across sectors: Agricultural products, Apparel, Automotive manufacturing, Extractives & ICT manufacturing, disponible en: https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2020/11/WBA-2020-CHRB-Key-Findings-Report.pdf.

cuentas. Las víctimas de abusos corporativos enfrentan diversos obstáculos para acceder a la justicia, por lo que estas leyes se presentan como una oportunidad para transformar el ODS 16 en medidas de acción concretas para promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todas las personas (meta 16.3).

4. CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que, respecto a los ODM, la Agenda 2030 y los ODS presentan mejoras notables y una relación más clara con el régimen internacional de los derechos humanos. A su vez, la Agenda 2030 reconoce que el papel de sector empresarial es clave para alcanzar los ODS. Esto convierte a las empresas en parte del problema y, a su vez, de la solución, ya que varios de los retos que se intentan abordar a través de estos objetivos tienen lugar en el desarrollo de actividades empresariales y en las cadenas de suministro global, al mismo tiempo que disponen de la creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible.

Muchas empresas se han comprometido con la aplicación de la Agenda 2030 y con el logro de los ODS, sin embargo, en muchos casos se trata de un compromiso basado en la retórica para mantener una licencia social para operar, carente de acciones reales y efectivas que contribuyan positivamente al verdadero desarrollo sostenible. Ante esta situación, los Principios Rectores constituyen un marco de referencia a nivel global de conducta empresarial responsable capaz de convertir los ODS en acciones concretas para que las empresas aprovechen su creatividad e innovación para abordar los retos para alcanzar el desarrollo sostenible.

La UE –y los Estados miembros- se han comprometido a lograr los ODS y sus metas. En línea con la Agenda 2030, la conducta empresarial responsable es un elemento fundamental en las políticas y acciones encaminadas a transformar la Unión en una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, de cero emisiones netas. La conducta empresarial responsable en la UE se basa principalmente en la implementación de los Principios Rectores.

La puesta en práctica de los Principios Rectores en la UE ha dado lugar a diversas acciones legislativas y políticas relacionadas, entre otros, con información corporativa en materia de sostenibilidad, política de coherencia y diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos. Este tipo de acciones tienen el potencial para que las empresas contribuyan, y que no socaven, el desarrollo inclusivo y sostenible, ya que se alienan con varias de las metas de los ODS.

No obstante, aunque las acciones de la UE para la implementación de los Principios Rectores son innovadoras y (por lo general) bien intencionadas, estas no transforman el paradigma del actual modelo económico insostenible en el que operan las empresas. Este paradigma hegemónico obstaculiza que las empresas contribuyan de manera real y efectiva a la justicia social y ambiental global. Por ejemplo, muchos de los desarrollos normativos de diligencia debida tienen varias limitaciones, ya sea porque se aplican solamente a determinadas empresas que cumplen con ciertos requisitos, o bien, porque el alcance de las obligaciones previstas solamente alcanzan los primeros eslabones de las cadenas de suministro, más no a los últimos, donde suelen tener lugar los impactos ambientales o las vulneraciones de derechos humanos. A esto se suma que las acciones no eliminan o reducen los obstáculos que enfrentan las víctimas de los abusos corporativos para un acceso efectivo a la justicia. En este sentido, la unilateralidad con la que se adoptan estas medidas y acciones no suele tener en cuenta las consideraciones y necesidades de los Estados del Sur Global y de las víctimas. Estas limitaciones y la falta de una perspectiva que tenga en cuenta a todos los actores implicados no cumplen la promesa central y transformadora de la Agenda 2030 de *no dejar a nadie atrás*.

EL ODS 5 Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

REPENSANDO EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA MUJERES Y NIÑAS: LA INTERCONEXIÓN ENTRE EL ODS NÚM. 5 Y LA RESOLUCIÓN 1325 (2000)

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ[1]

SUMARIO: 1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES: PERSPECTIVA ANALÍTICA Y DEFICIENCIAS. 2. SINERGIAS ENTRE LAS AGENDA MPS Y LA AGENDA 2030 EN LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GENERO. 2.1. LA SINERGIA TELEOLÓGICA. 2.2. LA SINERGIA JURÍDICA. *2.2.1. El procedimiento de adopción de ambas Agendas. 2.2.2. Estructura y metodología. 2.2.3. Implementación.* 2.3. LA SINERGIA DE CARÁCTER ESTRATÉGICO. 3. EFECTOS DE LAS SINERGIAS ENTRE LA RESOLUCIÓN 1325 Y LA AGENDA 2030 EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: ¿LA UE COMO MODELO? 4. UN APUNTE FINAL

1. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES: PERSPECTIVA ANALÍTICA Y DEFICIENCIAS

Tradicionalmente, el análisis llevado cabo por la doctrina ius-internacionalista del marco jurídico internacional contra la violencia ejercida sobre mujeres y niñas[2] ha consistido en el estudio sistemático del entramado de tratados internacionales en la materia[3], tanto los de ámbito universal como aquellos de

---

1 Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad de Málaga (magdalena@uma.es).

2 Utilizamos el término violencia contra la mujer (VAW, en siglas inglesas), siguiendo la definición que del mismo realizan tanto el art. 1 de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 20 de diciembre de 1993, como el artículo 3. a del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011. Entendemos que para el presente estudio es más preciso y adecuado que el concepto de violencia basada en el género (GBV) acuñado por el Consejo de Europa porque como se señala, los hombres también pueden ser víctimas de violencia basada en el género, y, aunque estadísticamente el número de casos es mucho menor, es una realidad que no debe invisibilizarse. https://www.coe.int/en/web/gender-matters/what-is-gender-based-violence

3 *Women's Rights Human Rights, International Feminist Perspectives* (ed. J. Peters and A. Wolper), Routeldge, 1985; RODRÍGUEZ MANZANO, I. *Mujeres y Naciones Unidas: igualdad, desarrollo y paz*, Los Libros de la Catarata, 2008; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C. "Los Derechos Humanos de las mujeres en Europa y América Latina: perspectiva jurisprudencial internacional", *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Vol. 20, nº 40, 2018, pp. 483-510.

carácter restringido auspiciados por organizaciones regionales[4], así como del creciente caudal de *soft law* desarrollado al amparo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)[5]. Esta misma aproximación, que pudiéramos llamar de corte clásico, fue también la seguida ab initio en 2017 por la entonces Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Violencia contra la Mujer, sus Casusas y Consecuencias, D. Šimonović, en su Informe titulado *"Idoneidad del marco jurídico internacional sobre la violencia contra la mujer*"[6].

Tal perspectiva analítica ha comportado importantes avances. Desde el punto de vista conceptual, por una parte, ha contribuido a consagrar la centralidad de los Derechos Humanos en la adopción e implementación de las estrategias multinivel de prevención y erradicación de la violencia ejercida contra mujeres y niñas, una forma de discriminación y una violación de los derechos humanos que, superado un cierto umbral de gravedad, puede devenir en crímenes internacionales[7]. Y por la otra, ha ratificado el vínculo causa-efecto entre este flagelo mundial y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, ya que la desigualdad de género y la violencia contra las mujeres y las niñas obstaculizan la paz, coadyuvando y agravando los conflictos armados, a la par que impiden el desarrollo sostenible.[8]

Por lo que al plano pragmático se refiere, el vigente marco jurídico ha traído aparejado un conjunto de mecanismos, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones

---

4 Orillamos los precedentes convencionales previos, en particular la serie de Acuerdos Internacionales para la supresión de la trata de blanca adoptados entre 1902 y 1933. También los de carácter específico ya en la era ONU para referirnos exclusivamente a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979. A ella se le suman, siguiendo un orden cronológico, los diferentes tratados regionales: en el marco de la OEA, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará 9 de junio de 1994; en el de la OUA, hoy UA**,** el Protocolo de la Unión Africana a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con relación a los Derechos de las Mujeres en África, Maputo 11 de julio de 2003, y en el Consejo de Europa, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul 11 de mayo de 2011.

5 Entre ellas destacan, la Recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer núm. 19 (1992) y 35 (2017) sobre la Violencia por razón de Género contra la Mujer.

6 A/72/134, 19 de julio de 2017. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/AdequacyInternationalLegalFramework.aspx

7 DÍAZ BARRADO, C. et al. *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas/derechos humanos y empresas.* Universidad Carlos III de Madrid/ IEIE Instituto de Francisco de Vitoria, 2018.

8 Así lo ha reconocido sin ambages durante los últimos quince años la Asamblea General de Naciones Unidas en una batería de Resoluciones desde 2006 hasta la actualidad, siendo la primera de ellas la 61/143, de 19 de diciembre de 2006; y la última hasta el momento, la 75/161, de 23 de diciembre de 2020, relativas a la intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas.

dimanantes de dicho entramado normativo[9]. Este sistema múltiple de protección conlleva a priori un fortalecimiento de la prevención y sanción de la violencia contra la mujer, pero en la práctica no siempre ha venido acompañado del necesario dialogo entre tribunales regionales, por lo que la cooperación entre las diferentes instancias encargadas de supervisar la aplicación de la normativa internacional en la materia ha resultado manifiestamente mejorable.

Por ello, esta aproximación arrojaba dudas sobre la metodología e idoneidad del propio marco jurídico internacional en vigor, que adolecía de dos importantes debilidades. En primer lugar, la apuntada fragmentación y las lagunas legales en los instrumentos convencionales. Y, en segundo lugar, un desfase creciente entre la teoría y la praxis internacional.

En relación a la fragmentación, los tratados regionales *ad hoc* en América, África y Europa reflejan la cristalización de una *opinio iuris* en torno a la inadmisibilidad de esta forma de violencia, pero lógicamente contienen condiciones y procedimientos diferentes para su sanción, ya que el reverso de la pluralidad de instrumentos regionales convencionales de protección es la inexistencia de un único régimen homogéneo. Por consiguiente, la prohibición de la violencia contra la mujer habría adquirido la consideración de norma consuetudinaria, pero carece de sustento convencional debido a una doble laguna legal. A nivel mundial, no hay un tratado universal general en la materia, y a nivel regional, ni en la zona de Oriente Medio ni en la región Asia-Oceanía existe un sistema de protección regional como en el resto. En el caso de Asia, a ello se une la inconsistencia del único mecanismo de control, ya que la Comisión de la ASEAN sobre la Promoción y Protección de los Derechos de la Mujer y los Niños (ACWC) se limita a realizar labores de promoción y a la elaboración de informes, pero no recibe quejas o denuncias de las víctimas[10].

Ninguna de estas dos lagunas legales, ni la universal ni la regional, parece subsanable a corto o medio plazo. El declive del multilateralismo y el actual clima político internacional descartan tanto la aprobación de un nuevo tratado universal general como, en su defecto, la de un protocolo adicional a la CEDAW, cuyo eventual contenido supondría casi con toda probabilidad una rebaja de los compromisos actualmente aceptados por los Estados. Por las

---

9 Entre los jurisdiccionales destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE. Y entre los no jurisdiccionales: el Comité CEDAW; el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el Grupo de Expertos del Consejo de Europa en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO); la Comisión Intergubernamental sobre los Derechos Humanos del ASEAN y la Relatora Especial sobre los Derechos de la Mujer en África.

10 El último de dichos Informes data de 2020, *Report on the ACWC+10: Assessing the Commission's Impact on Protecting Women and Children's Rights in ASEAN*, disponible en: https://humanrightsinasean.info/library/report-on-the-acwc10-assessing-the-commissions-impact-on-protecting-women-and-childrens-rights-in-asean/

mismas razones, tampoco parece realista la adopción de tratados regionales que colmen el vacío en las dos zonas señaladas, razón por la cual la mayoría de los organismos consultados con ocasión de la elaboración del referido Informe de 2017 se decantaron por concentrar todos los esfuerzos en la aplicación del marco normativo institucional en vigor.

Precisamente, el segundo gran obstáculo que en la actualidad afronta la lucha contra la violencia sufrida por las mujeres estriba en la falta de incorporación plena del marco jurídico internacional, y en particular de la CEDAW, en los derechos internos. Ello requiere de una voluntad política decidida y, sobre todo, de los recursos humanos y económicos suficientes para que el entramado de instrumentos de prevención y sanción de la violencia contra la mujer cumplan su función, y las víctimas encuentren justicia y reparación. A resultas de estas carencias, se ha producido un aumento de la brecha entre las obligaciones internacionales asumidas por los Estados y su nivel real de cumplimiento, que el Informe de 2017 propuso atajar con dos medidas complementarias. De un lado, instando a los gobiernos y a la sociedad civil a comenzar los preparativos de la que sería la V Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer, centrada en el problema de la violencia. Y del otro, implementando un Plan de Acción Mundial para ejecutar las orientaciones ONU sobre la violencia contra la mujer, que complementaría a los respectivos planes nacionales.

A nuestro juicio a estas dos insuficiencias se añadiría una tercer, a saber: el vigente marco jurídico internacional sobre violencia contra la mujer no incorpora la discriminación interseccional que padecen sus víctimas. Ignora así que la condición de mujer se entrecruza de forma inseparable con otras categorías tales como la raza, la edad, la discapacidad etc., que no se suman como una mera adición, sino que se entremezclan, provocando una carga diferenciada de discriminación y una vulnerabilidad añadida que los Estados deberían tener en cuenta al adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

En trabajos previos hemos puesto de manifiesto que ello es debido a que el DIDH se ha construido abordando la discriminación de forma monofocal, centrándose en un solo factor y un colectivo determinado en función del momento histórico[11]. Eso explica que la CEDAW no incorporase la interseccionalidad, apreciada posteriormente en las recomendaciones del Comité de la CEDAW[12]. En el marco regional europeo la trayectoria es similar, ya que tanto

---

11 MARTÍN MARTÍNEZ M.M, "La discriminación interseccional en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y su relación con los delitos de odio*", en Odio, prejuicios y derechos humanos,* Laurenzo Copello P. y Daunis Rodríguez, A (coord.), Comares, 2021, pp. 189-226.

12 Recomendaciones Generales del Comité CEDAW números 25, 28 33 y 35, la última de 26 julio 2017: Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Down-

el TEDH como sobre todo el TJUE se muestran muy poco receptivos a admitir que en la violencia padecida por mujeres concurren diferentes factores de vulnerabilidad indisociables, a la par que determinantes de la misma. Por contraposición, en el continente americano el art. 9 de la Convención de Belém do Pará compele a los Estados parte a que al asumir sus deberes convencionales de prevención y sanción de la violencia contra la mujer consideren la vulnerabilidad *"entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad."* Al amparo de esta previsión, una jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce que la violencia contra la mujer en esta región, incluidos los crímenes de violencia sexual y feminicidio, derivan de una discriminación sistémica o estructural muy arraigada, presente tanto en la esfera privada como en la vida pública, en la que son determinantes la raza, la edad y la pobreza multidimensional de las niñas y mujeres víctimas de dicha violencia.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que estas tres deficiencias recurrentes justifican la necesidad de una relectura del marco jurídico internacional relativo a la violencia contra la mujer, que pasa por una interpretación dinámica y holística del actual acervo normativo a fin de lograr simultáneamente dos objetivos. Por una parte, subsanar la desconexión entre los tratados en la materia y el desarrollo e interpretación progresiva que de los mismos han hecho la pléyade de órganos internacionales encargados de su aplicación. Y por la otra, facilitar una lectura integrada del vigente marco con la Resolución 1325(2020) del Consejo de Seguridad de la ONU y el Objetivo de Desarrollo Sostenible núm 5.

La Resolución 1325(2000) resulta vital para una mejor comprensión y aplicación del marco jurídico internacional, ya que si bien todos los tratados sobre violencia contra la mujer se integran dentro del DIDH, siendo por tanto aplicables tanto en tiempos de paz como en guerra, los conflictos amados internos y/o internacionales constituyen el foco principal donde la violencia contra la mujer, y en especial la violencia sexual, ha proliferado, hasta alcanzar por su gravedad la categoría de crimen internacional. Basta con recordar aquí de forma sucinta que el uso sistemático de la violencia sexual ha devenido en una seña de identidad de las guerras contemporáneas[13]. Pero es que además la violencia sexual sirve de catalizador de las principales amenazas híbridas que afronta la Sociedad Internacional caso del terrorismo, la delin-

load.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en

13 LIROLA DELGADO, I. Y MARTÍN MARTÍNEZ, M. *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados,* Aranzadi Thomson Reuters, 2016.

cuencia trasnacional, las migraciones masivas irregulares y por último, pero no menos importante, también la pandemia. Las mujeres y niñas se hallan entre los desfavorecidos de los desfavorecidos en todos los contextos frágiles y conflictuales, y la COVID-19 no es una excepción. En esta tesitura, ignorar el enfoque de género solo servirá para multiplicar exponencialmente dichas desigualdades, hasta un punto en que puede ser imposible revertirlas[14]. El efecto perverso de la pandemia se reproduce también respecto de los ODS, cuyo cumplimiento ha sufrido un severo retroceso como consecuencia de lo que hemos llamado versión COVID-19 del círculo vicioso de la pobreza[15]. Al ser más vulnerables que el resto de la población, las mujeres y las niñas sufren especialmente los efectos de la enfermedad en ámbitos tan esenciales como la salud, la economía, el aumento de trabajos no remunerados y, sobre todo, la violencia de género[16].

Por todo ello cobra mayor importancia el llamamiento del ODS núm. 5 instando a los Estados miembros de la ONU a lograr la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, para lo cual resulta imprescindible eliminar todas las formas de violencia contra la mujer (meta 5.2). A su vez, esta meta implica el cumplimiento de los tratados y normas consuetudinarias que protegen los derechos humanos de las mujeres tanto en la esfera privada como en la pública, junto a otras acciones complementarias, tales como la derogación de la legislación interna que tolere la violencia por razón de género o la creación de una base de datos en línea a escala mundial como paso previo a la constitución de un observatorio mundial contra el feminicidio. A la postre, la violencia contra la mujer es uno de los obstáculos principales para el desarrollo sostenible, de la misma manera que la igualdad de género lo es para la paz y la seguridad internacional[17].

Nuestra propuesta consiste pues en repensar el vigente marco jurídico, partiendo de la interacción entre los dos términos de este binomio: la Resolución 1325 y la Agenda MPS, y los ODS y la Agenda 2030. Ambas Agendas se vislumbran como los ejes fundamentales en la vertebración de la comunidad

---

14 "*COVID-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados"*. Organización de Estados Americanos y Comisión Interamericana de Mujeres, 2020. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf

15 *Report of the UN Economist Network for the UN 75th Anniversary Shaping the Trends of Our Time* September 2020. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/publications/wp-content/uploads/sites/10/2020/09/20-124-UNEN-75Report-2-1.pdf

16 *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women,* 9 april 2020. Disponible en: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women-en.pdf?la=en&vs=1406

17 CEBADA ROMERO A., "La igualdad de género como pilar estructural de la arquitectura de paz y seguridad", en *La Agenda 2030 y los ODS. Nueva arquitectura para la seguridad*, Presidencia de Gobierno, 2019.

internacional, y por ende de la UE, en un escenario convulso y plagado de retos inéditos.

En este sentido, frente a la "obsolescencia programada" de muchas de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, más dos décadas después, la 1325(2000) ha demostrado el poder transformador que sus tres ejes originales (Prevención, Participación y Protección) despliegan en la lucha contra todas las formas de desigualdad y violencia contra la mujer y el "mainstreinming de género". Al mismo tiempo, a ocho años vista del plazo fijado para su consecución, los 17 ODS y sus 169 metas asociadas implican un compromiso común universal, una suerte de *"contrato social colectivo de la posmodernidad"*[18]. En la Memoria correspondiente al año 2021, el Secretario General de la ONU ha insistido en la necesidad de una recuperación transformativa basada en el pacto social mundial que la Agenda 2030 supone, pacto en la que la lucha contra la violencia sufrida por la mujer debe ocupar un lugar muy destacado en las políticas nacionales e internacional[19].

Pese a sus diferencias sustanciales, consideramos que la Resolución 1325 sentó un modelo que, con sus luces y sombras, ha servido de espejo para la Agenda 2030, tal y como se desprende de sus respectivas trayectorias. Y lo que es más relevante, ambas comparten la misma premisa de partida, a saber: que la violencia contra la mujer supone una grave violación de los derechos humanos, constitutiva incluso de crímenes internacionales, que impide el logro de la igualdad, la paz y el desarrollo. Nuestra contribución se centrará en la interrelación beneficiosa entre los ODS y la Agenda MPS, profundizando en las tres modalidades de sinergia avanzadas en alguna de nuestras contribuciones previas: la sinergia teleológica, la jurídica y la de carácter estratégico. En particular, nos detendremos en la forma en que la UE, en tanto que instancia intermedia privilegiada con responsabilidades políticas y jurídicas en la implementación de la Resolución 1325 y en el cumplimiento de los ODS, está gestionado dichas interconexiones.

2. SINERGIAS ENTRE LAS AGENDA MPS Y LA AGENDA 2030 EN LA PREVENCION Y SANCION DE LA VIOLENCIA DE GENERO

De lo hasta aquí expuesto se desprende que, si bien no existe un vínculo expreso y en bloque entre la Agenda MPS y los ODS, lo que revela hasta qué

---

18 BARRERO-BARRERO, D, Y BAQUERO-VALDÉS, F. "Objetivos de Desarrollo Sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad, Objetivos de Desarrollo Sostenible: un contrato social posmoderno para la justicia, el desarrollo y la seguridad", *Revista Científica General José María Córdoba*, nº18, 2020, pp. 113-137.

19 Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización 2021, pp. 82-85. Disponible en: https://www.un.org/annualreport/files/2021/09/2109745-S-ARWO21-WEB.pdf

punto la primera sigue estando ausente de la *"High Politics"*[20], a nuestro juicio entre ellas se aprecian tres sinergias de diferente índole.

2.1. La sinergia teleológica.

La primera sinergia, la teleológica se manifiesta tanto en el presupuesto común del que parten como en las referencias cruzadas reciprocas, siendo la lucha contra la violencia contra la mujer la clave de bóveda de dicha interconexión.

De hecho, ya hemos avanzado que en la Agenda MPS la igualdad de género es un requisito para la paz, entendida no solo en su acepción clásica negativa sino como una paz positiva, que precisa de la justicia social y del desarrollo. Por consiguiente, la desigualdad de género y la violencia contra la mujer son incompatibles con el desarrollo sostenible, pretensión primordial de la Agenda 2030. De ahí que todos los ODS integren la perspectiva de género como un eje orientador. En este sentido, el ODS núm. 5 insiste en la eliminación de la discriminación y en el empoderamiento de las mujeres, incluyendo el derecho a vivir una vida libre de violencia. En concreto, en las dos primeras de sus seis metas principales repite dos de los temas centrales de la Resolución 1325 como son la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas (5.1), y la lucha contra la violencia en las esferas públicas y privadas, incluido el tráfico sexual y otros tipos de explotación (5.2). Esta misma mirada de género aparece también, aunque no tan claramente, en otros doce ODS y, en especial, en el núm. 16, en cuyas metas 1 y 2 se reitera la necesidad de luchar contra la violencia y el maltrato contra mujeres y niñas. Por tanto, la eliminación de la violencia contra la mujer es reconocida en la Agenda MPS como un *requsito sine quae non* para la paz y la seguridad internacionales, de la misma manera que en la Agenda 2030 lo es para lograr el ansiado desarrollo sostenible

Finalmente, queremos resaltar que la sinergia teleológica es bidireccional y se produce también en la Agenda MPS en relación a los ODS. Así, en el Estudio Mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325 realizado en 2015 por ONU Mujeres, se apuntó ya la importancia que, con vistas a la implementación a medio y largo plazo de la Agenda MPS, iba a revestir la Agenda 2030 al representar *"un nuevo impulso hacia el reconocimiento de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer en el marco del progreso sostenible para todos"*.

En esta misma línea, tanto la Asamblea General como el propio Consejo de Seguridad de la ONU han insistido en el potencial transformativo de los ODS para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, al proporcionar

---

[20] VILLELLAS, M. "20 años de implementación de la Agenda Género, Paz y Seguridad", *Apunts ECP de Conflictes i Pau*, 2020.

un enfoque más amplio de las causas profundas de los conflictos y del papel que para su resolución desempeñan la igualdad de género y la protección de los derechos de las mujeres[21].

2.2. La sinergia jurídica.

La segunda sinergia es de naturaleza jurídica y se materializa en tres aspectos: a) el procedimiento de adopción de ambas Agendas; b) su estructura y valor jurídico, y: c) los respectivos mecanismos de implementación.

2.2.1. El procedimiento de adopción de ambas Agendas

Hemos apuntado ya que ambas responden a un mismo modelo y que han tenido un discurrir paralelo desde su adopción. A nuestro juicio, la seña de identidad que comparten consiste en situar a la persona como el eje de gravedad y destinatario final de sus propuestas, en línea con la humanización del Derecho Internacional Público preconizado por la doctrina internacional contemporánea más señera.

En este mismo orden de cosas, la segunda nota jurídica distintiva estriba en la importancia de la participación de la sociedad civil, que a través de colectivos de mujeres de todo el mundo y de una legión de ONG's, han actuado primero como promotoras de ambas Agendas y luego como actoras en su adopción e implementación, ya sea controlando a los Estados o participando directamente en su consecución.

En concreto, en la adopción de la Resolución 1325 fructificó una alianza inédita entre "las tres ONUS"[22]: la estatal, la ONU en sentido estricto, entendiendo por tal sus Instituciones y agencias implicadas en la defensa de los derechos humanos, y la tercera ONU, compuesta por una red trasnacional y por el Grupo de Trabajo Mujeres, Paz y Seguridad (NGOWG, en sus siglas inglesas). Este último se ha mantenido muy activo velando por el cumplimiento de la Agenda MPS, por ejemplo, a través de los Puntos de Acción mensuales que envían al Consejo de Seguridad recordando que la MP**S** es en esencia una agenda liderada por la sociedad civil, y expresando su preocupación por los ataques contra las mujeres que la aplican, caso de las defensoras de los derechos humanos, las constructoras de paz y otras lideresas de la sociedad civil[23].

---

21 En particular esta vinculación se reconoce expresamente en la Resolución 71/170 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 2016 y en la Resolución del Consejo de Seguridad 2282(2016).

22 BARBÉ IZUEL, E. **"**Contestación normativa y Consejo de Seguridad: la agenda de mujeres, paz y seguridad o de la resolución 1325 a la resolución 2242, *REDI* 68-2, 2016, pp. 103-131.

23 Puntos de acción mensuales (MAP) para el Consejo de Seguridad: Disponible en https://www.womenpeacesecurity.org/map/map-/. Carta Abierta a los Representantes Permanentes ante las

La relevancia de la sociedad civil también se aprecia inequívocamente en la adopción e implementación de la Agenda 2030. De hecho, es de tal calibre que su participación está prevista en el ODS núm.17 como una meta en sí misma. Y, en relación a la implementación en paralelo de los ODS por parte de los agentes sociales, valgan dos ejemplos como muestra. A nivel universal, destaca el Pacto Mundial de Naciones Unidas, iniciativa que agrupa a más de 13.000 entidades de 192 países, fundamentalmente empresas, pero también ONG's, operando a través de consorcios nacionales y redes locales[24]. Y a nivel nacional, el Consejo de Desarrollo Sostenible para la Agenda 2030 creado en 2019 como órgano consultivo compuesto por representantes de la sociedad civil, quienes se encargarán de verificar su cumplimiento en nuestro país[25]. Adquiere así pleno sentido nuestra aseveración sobre los ODS como una agenda civilizatoria en la que cristaliza el contrato social de la posmodernidad en el plano nacional e internacional.

2.2.2. Estructura y metodología

Otra importante nota jurídica común entre ambas Agendas radica en que pese a emanar de órganos distintos de la ONU, ambas se asemejan en la estructura y metodología, en la forma en que establecen y vehículan sus objetivos a través de diferentes ramas o subsectores normativos del Derecho Internacional.

Así, la Resolución 1325 pivota sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el Derecho Internacional Penal[26], mientras que los ODS presentan una vinculación especial con el DIDH, pero con un enfoque distinto del tradicional, que *"no se basa tanto en el binomio Derecho humano/obligación del Estado cuanto en impulsar políticas nacionales e internacionales que favorezcan un contexto de realización de los derechos humanos"*[27].

Naciones Unidas antes del Debate Abierto Anual sobre Mujeres, Paz y Seguridad, 1 de septiembre de 2021. Disponible en: https://www.womenpeacesecurity.org/wp-content/uploads/2021-WPS-Civil-Society-Open-Letter-Spanish-1-September.pdf

24 KINGO, L., "El Pacto Mundial de la ONU: La Búsqueda de Soluciones para Retos Globales", https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAsqueda-de-soluciones-para-retos-globales

25 Orden PCI/169/2019, de 22 de febrero, por la que se crea el Consejo de Desarrollo Sostenible, BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2019, pp. 17589-17594; Orden DSA/819/2020, de 3 de septiembre, por la que se regula la composición y funcionamiento del Consejo de Desarrollo Sostenible, BOE núm. 239, de 7 de septiembre de 2020, pp. 74159 a 74167.

26 ROBLES CARRILLO, M. "Mujer, paz y seguridad en la ONU", en Robles Carrillo, M. (coord.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de géneros en operaciones,* Univ. De Granada, 2012, pp. 135-186.

27 FERNÁNDEZ LIESA, C. Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 49-81.

A ello se suma que muchas de las metas y objetivos necesarios para el desarrollo sostenible se corresponden con compromisos de derechos humanos vinculantes para los Estados[28]. Se difuminarían así las posibles diferencias de obligatoriedad entre ambas Agendas, hasta el extremo de que los mecanismos de cumplimiento de los ODS están siendo muy similares de facto a los aplicados antes en la MPS, pues en los dos casos necesitan de la implicación de una pluralidad de sujetos y actores: Estados, Organizaciones Internacionales, sociedad civil, ONG´s y empresas.

Quizás la diferencia principal radica en la menor implicación de todo ellos en la Agenda MPS. Aunque la mayoría de los miembros de la ONU y Organizaciones Internacionales como la UE, la OTAN o la Unión Africana han adoptado políticas y/o planes para su implementación, su grado de compromiso se ha debilitado con el tiempo, y lo que es más preocupante, parece que ni Estados ni OI están aplicándola en su "cadena de trabajo"[29]. A mayor abundamiento, la ausencia de las empresas de la Agenda MPS es clamorosa, pese a su presencia a lo largo de todo el ciclo de los conflictos armados. Sin ellas es imposible el desarrollo sostenible clave para la prevención del conflicto y la posterior reconstrucción[30], por no mencionar la responsabilidad de las empresas militares y de seguridad privada en violaciones de derechos humanos fruto de la violencia contra mujeres y niñas, incluyendo los crímenes internacionales de violencia sexual. Por contraposición, la imprescindible participación activa del sector privado en la consecución de los ODS y la Agenda 2030 ha ido en aumento[31], realizando aportaciones al desarrollo sostenible al mismo nivel que las de los Estados y la sociedad civil[32]. La práctica demuestra que, en términos generales, las empresas están alineando su responsabilidad social corporativa con los ODS, así como identificando aquellas metas sobre las que en función de su sector y modelo de negocio tienen capacidad para actuar[33].

---

28 CACHO SÁNCHEZ, Y., "La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y el Convenio europeo de derechos humanos:¿ La reforma de su sistema de protección podría incidir en la implementación del ODS 16 (" paz, justicia e instituciones sólidas")?", REEI nº 37, 2019.

29 MUJICA CHAO, I. "Veinte años de la Agenda Internacional sobre Mujeres, Paz y Seguridad", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* n.º 127, 2021, pp. 15-38

30 Repertorio de la práctica seguida por el Consejo de Seguridad (2004). Deliberaciones de 15 de abril de 2004 (4943ª sesión). Disponible en: https://www.un.org/es/sc/repertoire/2004-2007/Chapter8/Thematic/04-07_0846ARoleofbusinessinconflictprevention.pdf

31 VERDIALES LÓPEZ D (2020). "Empresas y Derechos Humanos: un binomio imprescindible para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible", en Morán Blanco S, Hernández Barrón A. *Empresas, Derechos Humanos y Cooperación al Desarrollo en el Marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, IEIE Francisco de Vitoria/ Universidad Carlos III, Madrid, pp. 129-161.

32 A/RES/73/254 Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018 *"Hacia asociaciones mundiales de colaboración: un enfoque basado en principios para mejorar la cooperación entre las Naciones Unidas y todos los asociados pertinentes*", Disponible en https://undocs.org/es/A/RES/73/254.

33 *Informe sobre igualdad de género, diversidad e inclusión,* Informe del Pacto Mundial de Naciones Unidas de 24 de noviembre de 2021. Disponible en: https://www.pactomundial.org/bibliote-

No obstante, si bien el ODS núm. 5 se encuentra entre los que más desarrollos positivos está generando en materia de igualdad de género, no sucede lo mismo con la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer en el entorno laboral (meta 2) ni con los derechos laborales de las víctimas de la violencia de género. Si tomamos como muestra el caso español, del 85% de empresas que han incorporado los ODS, el 47% de ellas habría aprobado planes de igualdad, pero si se indaga en las buenas prácticas concernientes a la eliminación de la violencia, los datos son mucho más pobres, registrándose solo actuaciones puntuales en 6 grandes empresas[34]. Esta menor contribución por parte del sector privado estaría en consonancia con el escaso compromiso de los propios estados, como atestigua el ínfimo índice de ratificaciones con las que cuenta el Convenio n. 190 de la OIT de 2019 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el ámbito del trabajo[35].

2.2.3. Implementación

En cuanto a su implementación, debido a que su peculiar proceso de adopción no encaja en las fuentes clásicas internacionales, ambas Agendas carecen de un sistema jurisdiccional de control. Su cumplimiento se articula mediante los Planes Nacionales y las Estrategias Internacionales, a caballo entre el "soft law" y el "hard law", puesto que despliegan cierto carácter coactivo que se traduce en la implementación de políticas y normas en los derechos internos[36].

Respecto a la Agenda MPS, el Consejo de Seguridad exhortó en 2002 a los miembros de la ONU a aprobar Planes de Acción Nacionales (NAPs, en sus siglas en inglés), para la implementación de la Resolución 1325. Con fecha septiembre de 2021, 2 Organizaciones Internacionales (la UE y la OTAN) y 98 estados (un 51% de los 193 que componen la ONU) han cumplido, y lo que es más importante, el 35% de dichos planes nacionales contienen una partida presupuestaria para su ejecución. Desde el punto de vista geográfico, el compromiso político estatal ha avanzado lenta y desigualmente, pero incluso en aquellas regiones a la cabeza como Europa, los recursos empleados y los

---

ca/temas-destacados-sobre-la-igualdad-de-genero-diversidad-e-inclusion/

34 *Contribución de las empresas españolas a la estrategia de desarrollo sostenible 2030. Una consulta integral*, Informe de la Red Española del Pacto Mundial, noviembre 2020. Disponible en: https://www.pactomundial.org/noticia/mas-de-un-85-de-las-empresas-espanolas-afirma-estar-trabajando-en-los-ods/

35 Adoptado en Ginebra el 21 de junio de 2019, entró en vigor el 25 junio 2021 y en diciembre de 2021 ha sido ratificado solo por 6 Estados. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3999810

36 MANERO SALVADOR, A., "La Agenda 2030, el Derecho Global y el Derecho Internacional, *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* 2021; GARCÍA-MARTÍN, L. "La Agenda 2030 y el desarrollo sostenible: reflexiones en torno a su naturaleza jurídica y aplicación en el derecho internacional por parte de los Estados y las empresas", *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo,* 2021.

mecanismos de control son mejorables, cuando no inexistentes, lo que obliga a reflexionar sobre la distancia que separa el Norte Global y el Sur Global y la asincronía entre los planos internacional y nacional, así como entre estos dos niveles y la acción de la sociedad civil[37].

Por lo que se refiere a la Agenda 2030, el Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible (HLFSD) es el mecanismo de seguimiento de los ODS ante el que los países rinden sus Exámenes Nacionales Voluntarios (VNR), bajo la égida de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos[38]. Entre los 44 que han presentado dicho Examen en 2021 se encuentra España. El Informe de progreso español se presenta junto con la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, que a su vez completa y desarrolla el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 que se aprobó en junio de 2018, en el que se priorizaron nueve políticas palanca[39]. La segunda de ellas era la igualdad de oportunidades, en cuyo seno se incluye la lucha contra la violencia contra la mujer, ámbito en el que el principal progreso en los últimos cuatro años ha sido la aprobación de la Ley 1/2021 de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género. Según lo expresado en su preámbulo, con esta ley se satisfacen los compromisos normativos y de recursos financieros y humanos asumidos en virtud de los arts. 7 y 8 del Convenio de Estambul de 2011, que paradójicamente es el único tratado al que se alude, orillando el alcance potencial de la cláusula interpretativa de apertura al DIDH del art. 10.2 de la CE.

2.3. La sinergia de carácter estratégico

Por último, pero no menos importante, la tercera sinergia que queremos resaltar es la de carácter estratégico. A nuestro juicio, en la actualidad confluyen diversos parámetros que aconsejan leer ambas Agendas coordinadamente. Obviamente, el principal es la COVID-19, que como ya hemos adelantado, ha supuesto un enorme retroceso en sus respectivos grados de cumplimiento. No obstante, antes de la pandemia la Agenda MPS mostraba signos notorios de agotamiento, debido fundamentalmente a la escasez de recursos y a la fragmentación de intereses estatales[40]. De esta última da fe la ralentización en la aprobación de resoluciones por el Consejo de Seguridad a partir de 2016.

---

37 NEWBY, V. F.; O'MALLEY, A." Introduction: WPS 20 Years On: Where Are the Women Now?". *Global Studies Quarterly*, Vol. 2, nº 3, 2021.

38 Los datos anuales y por países pueden consultarse en https://sustainabledevelopment.un.org/vnrs/#VNRDatabase

39 Informe de Progreso 2021 y Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030. Disponible e https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/279422021_VNR_Report_Spain.pdf.

40 REQUENA CASANOVA, M., "La aplicación de la agenda mujeres, paz y seguridad en los procesos de paz: la participación de las mujeres en la prevención y resolución de conflictos", *REEI* Vol. 34, 2017.

A mayor abundamiento, en 2019 se aprobó la Resolución 2467 centrada exclusivamente en la violencia sexual en los conflictos, pero en la que hubo de omitirse cualquier mención a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y en particular de las víctimas de violencia sexual, a fin de conseguir el voto favorable de los Estados Unidos de Norteamérica y la abstención de China y Rusia[41]. A ello se le añade que la pandemia ha acelerado ciertas tendencias emergentes en relación a la ausencia de liderazgos en la gobernanza mundial, el limitado funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional y la fragilidad de la cooperación[42] o la importancia de la seguridad humana[43], que apuntarían hacia un cambio de paradigma. En este contexto convulso, se ha producido un avance de fuerzas sociales, partidos políticos y gobiernos, que encontraron en la presidencia Trump su máximo exponente, que no solo cuestionan el multilateralismo y la cooperación internacional, sino que además han puesto en tela de juicio el consenso en torno a los principios básicos del DIH y del DIDH. En particular, se impugnan los derechos adquiridos de las mujeres de toda índole (sexuales, reproductivos, económicos, etc.), plasmados en un conjunto de tratados de larga data, y, por supuesto, también en la Agenda MPS[44].

Parecidas tendencias involucionistas se aprecian también en relación a los ODS, donde el enfrentamiento creciente por una parte entre activistas de derechos humanos y defensores de colectivos especialmente vulnerables, y por la otra los negacionistas de nuevo cuño, que cuestionan desde la realidad de la violencia de género al cambio climático, están lastrando su aplicación[45]. Por ello, la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos ha afirmado sin ambages que la Agenda 2030 es una oportunidad única para llevar los derechos humanos y la esperanza a millones de personas que se han quedado en el camino, aserto que el SG de la ONU ratificó de nuevo en su "Llamamiento 2020 a la Acción para revitalizar los Derechos Humanos", entendiendo que estos derechos son la base del desarrollo sostenible, subrayado

---

41 CHINKIN, C; REES, M., "Commentary on Security Council Resolution 2467", *Center for Women, Peace and Security and Women's International League for Peace and Freedom,* 2020.

42 SANDER, B. AND RUDALL, J. (eds). "COVID19 and International Law", *Opinio Iuris Symposium*, 2020. Disponible en: http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/B.-Sander-J.-Rudall-eds-COVID-19-and-International-Law-Opinio-Juris-Symposium-copy-1.pdf

43 TANAKA, A. "Toward a theory of human security", en *Human Security and Cross-Border Cooperation in East Asia,* 2019, Palgrave Macmillan, pp. 21-40.

44 El Grupo de Trabajo MPS publicó el 22 de octubre de 2019 una Carta Abierta a los Representantes Permanentes de las Naciones Unidas alertando de esta regresión. Disponible en: https://www.womenpeacesecurity.org/wp-content/uploads/Civil-Society-Open-Letter-to-Member-States-on-Women-Peace-and-Security-22-October-2019-Espa%C3%B1ol.pdf

45 VILLANUEVA ULFGAR, R. "La implementación del ODS 16 y los compromisos de la cooperación internacional. ¿Hacia dónde vamos con la paz, la justicia y las instituciones en América Latina?". *Documentos de Trabajo Fundación Carolina,* 2019.

la especial importancia que reviste la igualdad de género y de derechos para las mujeres [46].

Junto a la existencia de peligros comunes, hay también razones de tipo práctico que aconsejan la búsqueda de sinergias. Por una parte, la limitación de recursos, agravada en tiempos de pandemia, obliga a frenar la eventual competencia entre Agendas, aprovechando al máximo la financiación de la cada una disponen y amortiguando las polémicas doctrinales en torno a jerarquía entre ellas. Y por la otra, conviene construir el máximo consenso posible en torno a la utilidad y viabilidad tanto de la Resolución 1325 como de los ODS[47] frente a la fragilidad de la cooperación institucional, la contestación de la gobernanza global y los ataques provenientes de populismos y nacionalismos[48].

3. EFECTOS DE LAS SINERGIAS ENTRE LA RESOLUCIÓN 1325 Y LA AGENDA 2030 EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: ¿LA UE COMO MODELO?

Una vez expuestas las sinergias entre Agendas, procede indagar en qué medida las mismas pueden contribuir a solventar las principales deficiencias previamente advertidas en el vigente marco jurídico internacional de prevención y sanción de la violencia contra la mujer.

En primer lugar, en relación a la fragmentación que caracteriza dicho marco, la vocación global y el ámbito universal de aplicación de ambas Agendas contribuyen a paliar las lagunas en aquellas zonas del planeta donde no hay un tratado regional de prevención y lucha contra la violencia contra la mujer. De hecho, el ODS núm. 5 contiene una propuesta universal para la coordinación y síntesis de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en la materia[49], a las que se suma el compromiso del resto de sujetos y actores

---

46 Tanto el discurso en 2019 de M. Bachelet ante el Foro Político como el de Antonio Güterres están disponibles en: https://www.ohchr.org/SP/Issues/SDGS/Pages/HighLevelPoliticalForum.aspx.

47 TELLERIA, J; GARCÍA-ARIAS, J. "The fantasmatic narrative of 'sustainable development'. A political analysis of the 2030 Global Development Agenda", *Environment and Planning C: Politics and Space*, 2021.

48 ENGBERG-PEDERSEN, L. AND FEJERSKOV, A. "The Difficulties of Diffusing the 2030 Agenda: Situated Norm Engagement and Development Organisations", en *The Palgrave Handbook of Development Cooperation for Achieving the 2030 Agenda*, Palgrave, 2021, pp. 165-183.

49 CARDESA-SALZMANN A., PIGRAU SOLE, A. "La Agenda 2030 y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible. Una mirada crítica sobre su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental", *REDI*, Vol. 69, nº1, 2017, pp. 279-285.

internacionales mediante las alianzas, incluidas en las denominadas 4 P de los ODS *(people, planet, prosperity, peace, partnerships*).

Asimismo, las dos Agendas han demostrado su capacidad de influencia en los derechos internos. En el caso de la Agenda MPS su proyección a través de los PNA ha sido notoria en la política exterior y de defensa, y en menor medida, también en las de interior o justicia, así como en la detección de posibles incongruencias entre el plano internacional y el nacional[50]. Mayor capacidad para permear los ordenamientos internos está demostrando si cabe la Agenda 2030 mediante la creación de espacios políticos propios y la modificación y/o adopción de normas. No obstante, el desconocimiento o indiferencia de los partidos políticos nacionales respecto al desarrollo de la Agenda MPS contrasta con su irregular compromiso con la implementación de los ODS, llegando incluso a concitar el rechazo frontal de formaciones populistas y de ultraderecha, que parece estar basado más en la filosofía antipatriota adjudicada a los ODS que en su conocimiento real. Así ha sucedido en Noruega, donde el Partido del Progreso de extrema derecha condenó que las autoridades exhibieran el pin multicolor de los ODS en lugar de su bandera nacional. En España, VOX, tercera fuerza política en el Congreso, amén de oponerse a cualquier iniciativa que lleve el sello de los ODS, presentó en octubre de 2021 una "Agenda España" en cuya carta de presentación su máximo líder explica que se trata de "*una respuesta a las agendas globalistas que pretenden la destrucción de las clases medias, la liquidación de la soberanía de las naciones y el ataque a la familia, la vida y las raíces comunes de Occidente*"[51].

En segundo lugar, la lectura integrada de las dos Agendas contribuye a superar la brecha entre los compromisos y la realidad en lo que concierne al cumplimiento de cada una de ellas, así como el consiguiente desfase en la lucha contra la violencia padecida por mujeres y niñas. A nuestro juicio, con ello se atenuaría la fatiga fruto del transcurso del tiempo, las debilidades normativas de ambos instrumentos y la insuficiente financiación. En situaciones críticas extremas como la derivada de la pandemia o la guerra, los Estados anteponen sus intereses particulares a la cooperación, lo que se traduce en un menor empeño en la implementación de aquellas alianzas internacionales que consideran no les conciernen directamente. No se trata solo de que el contexto original en el que se adoptaron las Agendas haya cambiado, sino que se ha visto alterado por completo, lo que exige un empuje para mantener vivas sus potencialidades. En concreto en la era COVID la Resolución 1325 necesita de tres dimensiones de las que carece, la social, la económica y la medioambiental, que son justamente las que caracterizan el derecho al

---

50 SOLANAS M., "España y la Agenda MPS: pensar en global, actuar en local", en *Mujeres Paz y Seguridad: por una agenda eficaz y sostenida,* Gobierno de España, 2019, pp. 12-23.

51 Agenda España, 2021. Disponible en https://www.voxespana.es/agenda-espana

desarrollo sostenible[52]. De esta manera, una interpretación y aplicación coordinada con los ODS favorecerá que la atención estatal se focalice en aquellos problemas que atañen tanto al Norte como al Sur global porque suponen una amenaza a la paz y seguridad y un obstáculo para el desarrollo sostenible, caso de la violencia contra las mujeres y las causas estructurales que la provocan.

Al mismo tiempo, enfatizando los vínculos entre las dos Agendas podrían recuperarse ciertos aspectos que se han perdido con la práctica, en una suerte de *"back to basic"*. En este sentido, durante las dos últimas décadas una de las tres dimensiones de la Resolución 1325(2000) ha tenido un protagonismo desmesurado, en detrimento de las restantes. La "Protección" ha ocupado un lugar central, orillando la "Prevención" y la "Participación" y el liderazgo de las mujeres[53]. Como consecuencia, se ha reforzado la lucha contra la violencia sexual en situaciones de conflicto armado, pero no la violencia que padecen las mujeres en su vida cotidiana. Y precisamente la Agenda 2030 puede ser una herramienta poderosa para dotar de una perspectiva de género integral y holística al sistema global de desarrollo[54], favoreciendo una protección integral de la mujer en contextos frágiles o conflictuales como el presente, cuando sus derechos humanos elementales están siendo cuestionados.

Por todo lo anterior, consideramos que el futuro de la dos Agendas pasa no solo por su impacto efectivo sobre los Estados y la sociedad civil, sino por su trascendencia en la vida cotidiana de las mujeres de a pie[55]. Paradójicamente, algunas activistas solo reconocen las aportaciones que para su causa significan los ODS o la Agenda MPS, como si se tratara de compartimentos estancos o de luchas diferentes, cuando lo cierto es que la Agenda 2030 es relevante para quienes desde el feminismo trabajan en el ámbito de la paz y la seguridad, de la misma manera que las defensoras de la Agenda 2030 se benefician de los aportes conseguidos por la Agenda MPS.

Por último, pero no menos importante, la sinergia puede ayudar a paliar la falta de interseccionalidad en el entramado normativo sobre la violencia contra la mujer, aunque su aportación sea limitada[56], ya que tanto en el caso de la Agenda MPS como en los ODS ha sido necesaria cierta reflexión a posteriori para asumir que la violencia contra la mujer es en todos los contextos,

---

52 DÍAZ BARRADO, C. "Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 32, 2016, pp. 9-48.

53 RODRÍGUEZ MANZANO, I. "La Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad: reflexiones críticas. En Mujeres, Paz y Seguridad. 15 años de la Resolución 1325", *ICIP* 25, 2015.

54 DE LA CRUZ, C. "Cambio, Poder y Justicia de Género en la Agenda 2030: Reflexiones para no perdernos en el camino", *Policy Paper Instituto Complutense de Estudios Internacionales,* 2015.

55 TAYLOR, S. AND BALDWIN, G. "Focus on 2020: Opportunities for the Twentieth Anniversary of Resolution 1325(2000), *Issue Brief International Peace Institution,* 2020. Disponible en: https://www.ipinst.org/wp-content/uploads/2019/10/1910_Focus-on-2020.pdf

56 SOSA, L. *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence againts Women. At the centre or the margins?* Cambridge University Press, 2017.

incluidos los conflictos armados, producto de la confluencia indisoluble de varios factores discriminatorios que agravan la intensidad y frecuencia de la misma, a la par que favorecen la impunidad de los perpetradores.

En el marco de la Agenda MPS, dicho reconocimiento ha venido de la mano del Comité CEDAW, de las Relatoras Especiales y de la propia AG de la ONU. Así, el primero ha incidido en la especial vulnerabilidad frente a la violencia de las mujeres que viven en zonas rurales, quienes a menudo se enfrentan a formas entrecruzadas de discriminación[57]. Por su parte, en su Informe de 2009 la entonces Relatora Especial sobre Violencia contra la mujer, Yakin Ertürk, advirtió que las múltiples capas de discriminación aumentan la vulnerabilidad de las mujeres y se traducen en un continuum de violencia, apartándose así de narrativas planas que tienden a homogeneizar las experiencias vividas por las víctimas[58]. En la misma línea, la Resolución de la AG de 30 de enero de 2007 instó a los Estados a que en sus estrategias de erradicación de todas las forma de violencia contra la mujer tuvieran siempre en cuenta la intersección del género con otros factores de vulnerabilidad[59].

Por lo que se refiere a la Agenda 2030, aunque el preámbulo alude a la interseccionalidad, las organizaciones feministas reivindican interpretar el ODS núm. 5 con una perspectiva interseccional, ya que pese al mantra de "no dejar a nadie atrás", parece haberse olvidado de las mujeres y niñas en situaciones especialmente vulnerables por causa de su raza, edad, pobreza multidimensional, discapacidad etc. Es por ello que recientemente la Comisión de la Condición Jurídica y social de la Mujer ha reconocido que las formas múltiples e interrelacionadas de discriminación son un obstáculo para la eliminación de la violencia, de manera que, aunque todas las mujeres y las niñas tienen los mismos derechos humanos, las mujeres y las niñas en distintos contextos tienen necesidades particulares, a las que se debe responder de forma adecuada[60]. Con todo, tal y como hemos avanzado, la asimilación del papel causa/efecto que la discriminación interseccional desempeña en la violencia contra las mujeres solo se producirá cuando todos los tribunales del sistema de justicia internacional la incorporen plenamente en su jurisprudencia.

---

57 CEDAW/C/GC/34 Recomendación General núm. 34, de 7 de marzo de 2016. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10709.pdf

58 *15 años de la RE de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres, sus causas y consecuencias (1994-2009): Una revisión crítica*, A/HRC/11/6/Add. 5, 27 de mayo de 2009, p. 49. Disponible en: https://undocs.org/en/A/HRC/11/6/Add.5

59 A/RES/61/143, Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer, de 30 de enero de 2007. Disponible en: https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/61/143

60 E/CN.6/2021/L.3, Consejo Económico y Social de la ONU. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 65º período de sesiones, 30 de marzo de 2021. Disponible en: https://undocs.org/es/E/CN.6/2021/L.3

4. UN APUNTE FINAL

Consideramos que si hay un campo de prueba idóneo para verificar los efectos positivos que la lectura integrada de la Resolución 1325(2000) y el ODS núm. 5 está llamada a desempeñar en la prevención y sanción de la violencia no es otro que la UE, debido a la concurrencia inédita de varios factores.

Primero, si bien la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres es uno de los valores fundamentales de la Unión, que como tal debe aplicar en todas sus actividades y políticas (arts. 2 y 3 TUE; 8 TFUE y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales), a día de hoy no existe una legislación específica comunitaria que aborde de forma global la prevención y lucha contra todas las formas de violencia contra las mujeres.

Segundo, la totalidad de sus 27 Estados miembros han firmado el Convenio de Estambul, pero 6 de ellos no la han ratificado (Bulgaria, República Checa, Eslovaquia. Hungría, Lituania, y Letonia)[61]. En julio de 2020, el gobierno polaco inició los trámites formales de denuncia del tratado ratificado en 2015, alegando que varias de sus disposiciones eran nocivas ideológicamente y contrarias al sistema de valores del ordenamiento polaco, vulnerando el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias religiosas[62]. Polonia ejemplifica la tendencia regresiva en la protección de los derechos de las mujeres experimentada en el seno de la propia UE y refuerza a los objetores persistentes como Hungría, cuyo Parlamento aprobó en mayo del 2020 una declaración institucional en la que conminaba al gobierno de Orban, quien la había firmado en 2014, a no ratificarla para preservar su cultura frente a la "locura del género". Como es sabido, la contestación ha alcanzado su culmen con la retirada de Turquía del convenio al que da nombre. El procedimiento de denuncia se inició el 22 de marzo de 2021 y culminó el 1 de julio de 2021. Los argumentos esgrimidos inciden en consideraciones ideológicas y contra la "agenda de género" que, a modo de pegamento simbólico, han unido al gobierno y las facciones más islamistas turcas con los ultraconservadores católicos europeos, los euroescépticos, los antiglobalización, y los homófobos[63].

Consciente de que esta deriva a escala mundial y europea supone banalizar la violencia contra la mujer y debilitar las medidas de prevención y sanción,

---

61 https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210

62 S KOWSKA-KOZŁOWSKA, K. "The Istanbul Convention in Poland: Between the "war on gender" and legal reform", *International Law and Violence Against Wome,* Routledge, 2020, pp. 259-276.

63 BALOGH, L. "The Ratification Status of the Council of Europe's Istanbul Convention Among EU Member States". *MTA Law Working Papers*, 2020, vol. 7, no 7, p. 1-20; KRIZSÁN, A; ROGGEBAND, C. "Contestation Around the Istanbul Convention and the Questions It Raises", *Politicizing Gender and Democracy in the Context of the Istanbul Convention.* Palgrave Pivot, 2021. pp. 1-15.

favoreciendo a los perpetradores en detrimento de las víctimas, la UE ha tratado de contrarrestarla. Así, un año después de que lo hicieran sus estados miembros, la Unión firmó el Convenio de Estambul el 3 de junio de 2017[64]. Transcurridos dos años sin avances en su ratificación, el PE presentó el 9 de julio de 2019 una solicitud de dictamen al TJUE sobre la compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión y el procedimiento para la misma[65]. Mientras tanto, adoptó sendas resoluciones instando tanto al Consejo como a los socios que no lo hubieran hecho a que llevaran a término la ratificación del Convenio de Estambul con urgencia[66]. En su Dictamen 1/19, de 6 de octubre de 2021, el TJUE se ha pronunciado sobre tres cuestiones complejas técnicamente: a) el alcance limitado o amplio de la adhesión en virtud de las competencias que la Unión se propone ejercer y de las bases jurídicas del citado acto de adhesión; b) sobre la práctica del "acuerdo común"; y c) sobre la decisión de dividir en dos Actos separados la decisión de adhesión, como ya sucedió con ocasión de la firma[67]. Sin embargo, las implicaciones políticas permanecen irresueltas, confirmando la dificultad de la UE para reafirmar de manera inequívoca tanto su acción política como el marco jurídico material en la lucha contra la violencia contra las mujeres.

En tercer lugar, de forma paralela la UE ha implementado tanto la Agenda MPS como la 2030, implementación que de manera indirecta se ha proyectado en el tratamiento de la violencia contra la mujer. Un buen exponente de los frutos que puede ofrecer una lectura integrada de ambas Agendas es la Iniciativa SPOTLIGHT para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas. Se trata de una alianza entre la ONU y la UE global y plurianual, basada en el enfoque de derechos humanos y la puesta en común de fondos y conocimiento para ejecutar programas sobre el terreno[68]. Comenzó

---

64 Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal. Y Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asilo y la no devolución. DOUE L 131/11, de 11 de mayo de 2017.

65 Solicitud de dictamen presentada por el Parlamento Europeo en virtud del artículo 218, apartado 11, del TFUE (Dictamen 1/19).

66 Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género; Resolución del PE de febrero 2020 sobre las prioridades fijadas por la UE para la próxima sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU, pidiendo nuevamente tanto a los estados miembros y a la UE del Convenio de Estambul.

67 MORINI, C. "La questione dell'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea" *Freedom, Security, Justice. European Legal Studies,* nº 3, 2021, pp. 136-163.

68 Muestra de la implicación de ambas organizaciones es la difusión dada por la ONU https://www.un.org/es/spotlight-initiative/, y por la UE https://ec.europa.eu/commission/presscor-

en 2017 y desde entonces ha contado con una dotación de 300 millones de dólares, de las que la mitad se entregan a organizaciones de la sociedad civil, para intervenciones en seis pilares que las dos Agendas comparten, a saber: 1) la adopción de políticas y leyes para prevenir la violencia, la discriminación y abordar la impunidad; 2) fortalecer los gobiernos y las instituciones con una mirada de género; 3) prevenir la violencia promoviendo la igualdad y la movilización de las mujeres y niñas; 4) ayudar a las víctimas de la violencia facilitándoles servicios esenciales; 5) mejorar el diagnóstico sobre la violencia con el estudio de datos; 6) promover la acción de la sociedad civil y de los movimientos de mujeres. Sus actuaciones se extienden a todo el planeta y comprenden programas muy diversos contra la mutilación genital femenina, el fortalecimiento de las instancias nacionales en la lucha contra la violencia sexual, incluyendo el feminicidio, o el empoderamiento de las mujeres. En el Informe de impacto 2020-21 se recoge que merced a SPOTLIGHT 650.000 mil niñas y mujeres víctimas de violencia fueron asistidas incluso durante el confinamiento, a la par que 880.00 mil niños y hombres recibieron formación sobre la masculinidad positiva y las relaciones familiares respetuosas[69].

Y respecto a la implementación del ODS núm. 5 por la UE[70], resaltar que su puesta en práctica se ha canalizado a través de la Estrategia para la Igualdad de Género (2020-2025), junto a la Estrategia de la UE sobre los derechos de las víctimas (2020-2025). En ella se preveía que, ante un eventual impasse en la adhesión al Convenio de Estambul, durante el 2021 la Comisión debería "*tomar medidas dentro de los límites de las competencias de la UE para alcanzar los mismos objetivos que el Convenio de Estambul"*, lo que sin embargo no ha sucedido[71]. A la luz del Dictamen 1/19 del TJUE, suscribimos la idea de que con independencia de que se concluya dicha ratificación cuanto antes, habida cuenta de que el Convenio de Estambul carece de efecto directo salvo en la compensación a las víctimas[72], urge adoptar una Directiva sobre violencia de género[73]. Del presente trabajo se desprende que en aras de la mejora el marco jurídico en la materia, dicha directiva tiene que incorporar *in toto* el acervo normativo y

---

ner/detail/es/MEMO_18_5904. SOLANES CORRELLA, A. "La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque de Derechos Humanos", *Derechos y Libertades*, nº 43, 2020, pp. 19-53.

69 *Afrontar el desafío. Informe de Impacto Iniciativa SPOTLIGHT 2020-2021.* Disponible en: https://www.spotlightinitiative.org/sites/default/files/publication/Afrontar_el_desafio_Informe_de_Impacto_2020-2021.pdf

70 Indice de Género de los ODS de EM2030, así como en el Informe *Suitanable development in the EU. Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context,* 2021 edition.

71 Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, p. 3. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES

72 STOYANOVA, V. "Due diligence versus positive obligations: critical reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women." *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention,* Routledge, 2020.

73 TILL, M. "El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante sobre la violencia de género*", IgualdES*, nº2, 2020, pp. 157-196.

consuetudinario preexistente, además de tener en cuenta la discriminación interseccional subyacente a esta violencia. Respetadas ambas premisas, tanto su base como su contenido están en buena medida determinados de antemano en la propia Estrategia de Género. De conformidad con el artículo 83 del TFUE, se trataría de incorporar la violencia al catálogo de "eurodelitos" para, a renglón seguido, disponer medidas adicionales respecto a ciertas formas particulares de violencia, incluido el acoso sexual, el maltrato a la mujer y la mutilación genital femenina. La UE puede y debe beneficiarse del bagaje previo adquirido en la implementación de la Resolución 1325(2000) y el ODS núm. 5 a fin de dar un salto cualitativo en la prevención y sanción de esta violencia. Con ello recuperaría parte de su credibilidad interna e internacional como adalid de los derechos humanos y líder mundial en la igualdad de género, trasladando además una señal inequívoca sobre la senda futura a seguir en el proceso de integración europea.

EXPERIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: PERSPECTIVA DESDE EL GRUPO DE TRABAJO DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

DOROTHY ESTRADA TANCK[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS Y LA IGUALDAD DE GÉNERO. 2.1. ÓRGANOS DE TRATADOS. 2.2 ÓRGANOS DE LA CARTA O 'PROCEDIMIENTOS ESPECIALES' DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 3. EL GRUPO DE TRABAJO Y SU POSTURA SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. 3.1. ANTECEDENTES, CONTENIDO E INTERPRETACIÓN DEL MANDATO. 3.2. UTILIZACIÓN DEL MANDATO PARA LA PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA. 4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres se ha abordado formalmente desde los años noventa en Naciones Unidas (NU), principalmente a través de la labor del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) y posteriormente por la Asamblea General de NU (AGNU).

Desde la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la AGNU en 1993,[2] precedida por la Recomendación General (RG) No. 19 del Comité CEDAW de 1992,[3] 'violencia contra la mujer' se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Asimismo, se ha tratado por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, y en distintos instrumentos regionales que contemplan la prevención y atención de este trágico problema social. En particular, la labor de los mecanismos

---

1 Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Murcia. Miembro del Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre discriminación contra las mujeres y las niñas.

2 Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 85ª sesión plenaria, 20 de diciembre de 1993

3 Comité CEDAW, Recomendación General No.19, A/47/38, 1992.

de protección internacional de derechos humanos de NU han contribuido al entendimiento de la violencia de género como una forma de discriminación de género.

En ese sentido, la discriminación, siendo el otro lado de la moneda de la igualdad, y en particular, la discriminación contra las mujeres y las niñas, atenta directamente contra la igualdad de género. Como es bien conocido, el Objetivo de Desarrollo Sostenible No. 5, adoptado por la AGNU en 2015 como parte de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030, se refiere a 'Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas'.[4] Por su parte, la Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 tiene como uno de sus objetivos fundamentales el de poner fin a la violencia de género y combatir los estereotipos de género.[5]

Atendiendo a nuestra realidad actual, la pandemia de la COVID-19 podría revertir los escasos logros que se han alcanzado en materia de igualdad de género y derechos de las mujeres. El brote agrava las desigualdades existentes para las mujeres y niñas y el confinamiento ha conducido a un fuerte aumento de la violencia contra las mujeres y las niñas. Una de cada cinco mujeres y niñas, incluido el 19% de las mujeres y las niñas de 15 a 49 años, han sufrido violencia física y/o sexual por parte de una pareja íntima, durante los últimos 12 meses. Sin embargo, en 49 países no existen leyes que protejan específicamente a las mujeres contra tal violencia.[6]

Es en ese contexto que la labor del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas cobra especial relevancia. Este texto se centra en exponer y analizar la labor del Grupo de Trabajo sobre la igualdad de género y, en particular, en materia de la lucha contra la violencia de género, en tanto que tema de interés para el cumplimiento del ODS 5 y habida cuenta de la experiencia de la ponente como miembro del Grupo en cuestión.

Para profundizar en el funcionamiento del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas (GTDMN) como parte de los mecanismos de protección de derechos humanos de NU que abordan la violencia de género, es necesario realizar una distinción entre las dos grandes ramas del sistema de protección articulado en el ámbito global: los 'Órganos de tratados' y los llamados 'Órganos de la Carta o

---

4 AGNU, Resolución adoptada por la Asamblea General, 'Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible', 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1.

5 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, Com/2020/152 Final, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152

6 Véase Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible, ODS 5, https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/

'Procedimientos Especiales', que se analizarán en el apartado 2. de este texto, con especial énfasis en los mecanismos que tratan los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.

Así, en el apartado 3. se aborda el origen del Grupo de Trabajo referido, su ubicación dentro del sistema de protección internacional de derechos humanos y la arquitectura institucional de Naciones Unidas, y su relación con distintos actores del Derecho Internacional Público y de la sociedad civil. Asimismo, se presentan las principales aportaciones temáticas del Grupo de Trabajo a la protección contra la violencia de género que afecta a las mujeres y las niñas, y a la visibilización de problemáticas específicas y diferenciadas experimentadas por las mujeres y las niñas en distintas partes del mundo, incluyendo en Estados Miembros de la UE. Por último, se realiza una identificación de las mejores prácticas de los Estados y otros actores en torno a los casos referidos y se esboza una ruta prospectiva de cara a los enormes retos que la era (post) COVID-19 presenta para la prevención, protección y reparación en materia de violencia de género y, de modo más general, para la realización efectiva de los derechos humanos de las mujeres y niñas a nivel global.

2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS Y LA IGUALDAD DE GÉNERO

Para contextualizar la actuación del Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas (GTDMN), es necesario ubicarlo en la arquitectura institucional de protección de derechos humanos de NU como uno de los llamados 'Órganos de la Carta' o 'Procedimientos Especiales', y diferenciar este tipo de mecanismos de la otra gran rama de los 'Órganos de tratados' del sistema.

2.1. Órganos de tratados

Estos órganos se derivan de las disposiciones contenidas en un instrumento jurídico específico, el conjunto de temas bajo su revisión está codificado en ese instrumento jurídico, están dirigidos a una 'audiencia' limitada: sólo a aquellos Estados que han ratificado el instrumento jurídico (en estos puntos sus mandatos son más estrechos que los de los Procedimientos Especiales), y toman sus decisiones por consenso.

Después de la adopción en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), los Estados adoptaron dos tratados principales en materia de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos adoptados por la Asamblea General de la ONU

en 1966. Como ya se mencionaba, el conjunto de estos tres instrumentos se conoce como la 'Carta Internacional de Derechos Humanos', por agrupar a los instrumentos que contemplan los derechos humanos en su globalidad, esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos y los Protocolos Facultativos de ambos.

Sin embargo, es de hacer notar que, desde la DUDH de 1948, los Estados han adoptado varios tratados más en materia de derechos humanos, concretamente, nueve tratados internacionales y nueve Protocolos facultativos en total sobre una amplia gama de temas de derechos humanos, varios de ellos impulsados por la anterior Comisión de Derechos Humanos y negociados en el marco de sus sesiones y procedimientos.

Por ello, resulta importante considerar el resto de los nueve tratados internacionales de derechos humanos, además de los dos Pactos: la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (adoptada el 21 de diciembre de 1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (de 18 de diciembre de 1979) -particularmente importante para el tema del presente estudio-, la Convención contra la tortura y otros tratos o pena crueles, inhumanos o degradantes (de 10 de diciembre de 1984), la Convención sobre los derechos del niño (de 20 de noviembre de 1989); la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 18 de diciembre de 1990); la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (de 13 de diciembre de 2006); y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de 20 de diciembre de 2006). Puede, por tanto, entenderse que todos estos tratados internacionales también constituyen, junto con los instrumentos referidos anteriormente, la 'Carta Internacional de los Derechos Humanos' del siglo XXI.

Una gran mayoría de Estados son actualmente parte en todos o en varios de los tratados internacionales de derechos humanos. Como es bien sabido, cuando un Estado ratifica un tratado internacional de derechos humanos, contrae la obligación jurídica de implementar las disposiciones establecidas en ese tratado y observar sus normas. También acepta presentar informes periódicamente al comité correspondiente sobre los avances en la implementación del tratado en cuestión. Para cada tratado hay un Comité -el 'órgano del tratado'-, que revisa estos informes y monitorea qué tan exitosamente los Estados están implementado los derechos allí contenidos.[7]

---

[7] Es de hacerse notar que el nombre del tratado de derechos humanos y su órgano de vigilancia son frecuentemente muy similares y pueden contener el mismo acrónimo (por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que revisa el Pacto Internacional sobre

Los órganos creados en virtud de los tratados, los Comités de Tratados, están compuestos por expertos y expertas independientes y se reúnen para examinar los informes de los Estados Parte. También pueden publicar comentarios generales sobre temas de derechos humanos relacionados con los Tratados que supervisan. Los distintos Comités de Tratados tienden a seguir modelos similares en la documentación. Estos comentarios generales se publican en los 'Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de Tratados de derechos humanos'.[8]

Además de estas facultades, los Comités también pueden revisar comunicaciones individuales de quejas por violaciones a derechos humanos contra los Estados Parte y, en algunos casos, seguir un procedimiento de investigación por violaciones graves y sistemáticas a los derechos contenidos en el tratado en cuestión. Los Comités pueden ejercer estas dos facultades sólo respecto de los Estados Parte que hayan aceptado expresamente las competencias del órgano de que se trate, mediante su ratificación o adhesión al Protocolo Facultativo al tratado relevante. A este respecto, es de interés destacar la sentencia de 2018 del Tribunal Supremo español relativa a la vinculatoriedad jurídica de las resoluciones o dictámenes de comunicaciones individuales de los órganos de tratados de derechos humanos de la ONU, en ese caso concreto, refiriéndose a un dictamen precisamente del Comité CEDAW en el caso *Ángela González Carreño v España*, en materia de violencia de género.[9] La sentencia del Tribunal Supremo realiza una interpretación innovadora que se desvía del entendimiento tradicional sobre las resoluciones de derechos humanos de la ONU meramente como *'soft-law'*, o 'derecho suave', de naturaleza recomendatoria no vinculante, en parte debido a las disposiciones constitucionales concretas que han favorecido dicha interpretación.[10]

Para efectos del tema de análisis sobre violencia de género, cabe enfatizar que ya desde 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) consagraba el principio de la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 2,a.) y definía

---

estos derechos, con la notoria excepción del Comité de Derechos Humanos (que no ha de confundirse con la anterior Comisión de Derechos Humanos y su sucesor, el actual Consejo de Derechos Humanos), que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aun llevando el nombre general de 'derechos humanos' en su título, quizá por la concepción -ya superada hoy en día-, de que los 'verdaderos' derechos humanos son los derechos 'clásicos', esto es, los derechos civiles y políticos.

8 Documento HRI/GEN/1/Rev.9, Vol. I y Vol. II.

9 STS 1263/2018, 17de julio de 2018, en relación con dictamen del Comité CEDAW, *Caso Ángela González Carreño c. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, dictamen del 16 de julio de 2014.

10 Al respecto, véase Gutiérrez Espada, Cesáreo, 'La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión', en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, No. 2, 2018, pp. 836-851.

que discriminación contra la mujer es "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (artículo 1).

Durante la década siguiente, el Comité CEDAW fue desarrollando con originalidad y creatividad el concepto de discriminación de género y todos los supuestos y situaciones fácticas que cubría, para concluir en su Recomendación General (RG) No. 19, de 1992, que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación. El Comité confirmó y actualizó sus posturas principales al respecto en su RG No. 35, de 2017, que se reflejan también de forma transversal en todo su trabajo.

Así, el Comité CEDAW en su RG 19, declaró que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación dirigida contra las mujeres por su condición de ser mujer y que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Afirmó que esta violencia inhibe gravemente la capacidad de la mujer para disfrutar de los derechos y las libertades en plano de igualdad con los hombres. Como hemos visto, en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la AGNU, de 1993, la Asamblea retoma y refrenda este entendimiento. Por su parte, el Comité CEDAW ratifica este concepto en su RG 35 que actualiza la RG 19 y contempla nuevas formas de violencia contra las mujeres como la violencia digital y la violencia política.

Ahora bien, si observamos en un mapa global la adhesión de los países a la CEDAW, observamos que un gran número de Estados, 189 de los 193 miembros de la ONU, son Estados Parte de la CEDAW. Ahora bien, cuando miramos la adhesión al Protocolo Facultativo de la CEDAW, es decir, la aceptación del procedimiento de comunicaciones individuales y al procedimiento de investigación del Comité, el número decrece.

Es precisamente respecto de esos 'huecos' o carencias en el sistema de tratados, donde entra de forma paralela y complementaria el sistema de Procedimientos Especiales del CDH. Estos procedimientos, como se verá, tienen facultades de analizar situaciones de derechos humanos y realizar recomendaciones tanto a los Estados Parte de tratados de derechos humanos, como a los que no lo son, es decir, su cobertura geográfica es global. Asimismo, su cobertura temática es amplia también, pues si bien su mandato se refiere a una dimensión específica en materia de derechos humanos, en su labor los Procedimientos Especiales pueden hacer uso de toda la gama de tratados internacionales de derechos humanos, así como de la interpretación que de éstos han realizado los Comités de tratados -una fuente que se clasificaría dentro de los instrumentos llamados de *soft law*-, y también pueden emplear las otras fuentes del Derecho Internacional Público en la materia, por ejemplo,

la costumbre internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina.[11]

2.2. Órganos de la Carta o 'Procedimientos Especiales' del Consejo de Derechos Humanos

Los Procedimientos Especiales del CDH, también llamados Órganos de la Carta (de Naciones Unidas) como se ha referido, son mandatos para investigar, informar, y asesorar sobre derechos humanos respecto de todos los países del mundo -y no sólo de aquellos países parte de una convención/tratado internacional concreto de derechos humanos, como en el caso de los 'Órganos de Tratados'. Los Procedimientos Especiales existen desde 1967, casi tanto tiempo como los Órganos de Tratados de NU, pero sólo han recibido un análisis fragmentado, normalmente centrado en unos pocos mandatos temáticos, hasta la creación del Consejo de Derechos Humanos en 2006, por lo que el presente texto pretende arrojar luz sobre la mejor comprensión de estos procedimientos y, en particular, del Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas.

En ocasiones los Procedimientos Especiales también se conocen como 'mecanismos no convencionales de protección de derechos humanos', precisamente por no derivar su fundamentación jurídica de una convención específica en materia de derechos humanos. Los mandatos de los Procedimientos Especiales son ejecutados por expertos independientes en la materia (al igual que en el caso de los integrantes de los Órganos de Tratados), desde una perspectiva temática o en relación con un país específico. El mecanismo de Procedimientos Especiales es un elemento básico del sistema de derechos humanos de la ONU y abarca a todos los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.[12]

Los titulares del mandato pueden ser un solo individuo (Relator Especial/Experto Independiente) o un grupo de individuos (Grupo de Trabajo). Los titulares de los mandatos actúan a título personal, no son funcionarios de la ONU, son independientes, no perciben ninguna remuneración y son elegidos por un mandato de un periodo específico, que puede ser prorrogado en una

---

[11] Sobre fuentes, véase el artículo que constituyó un parteaguas en su momento respecto de los entendimientos menos tradicionales del Derecho Internacional Público: Charlesworth, Hilary, Christine Chinkin y Shelley Wright, 'Feminist Approaches to International Law', en *The American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 4, Octubre 1991, pp. 613-645.

[12] Para un estudio a fondo del sistema de Procedimientos Especiales, y su relación con los demás órganos de promoción y protección de derechos humanos en la ONU, véase Domínguez Redondo, Elvira, *Los Procedimientos Públicos Especiales de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas,* Editorial Tirant lo Blanch, 2005; y por la misma autora, posiblemente la obra más completa sobre esta rama del sistema de derechos humanos, *In Defense of Politicization of Human Rights: The UN Special Procedures,* Oxford University Press, 2020.

ocasión. A fecha de septiembre de 2020 (la fecha más reciente disponible), estaban en vigor 44 mandatos temáticos y 11 mandatos de país.[13]

Dentro de los 44 mandatos temáticos, encontramos 6 Grupos de Trabajo: detención arbitraria, desapariciones forzadas e involuntarias, mercenarios, afrodescendientes, *discriminación de mujeres y niñas*, empresas y derechos humanos. Es decir, es dentro de esta rama del sistema donde se ubica el Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas, como uno de los Procedimientos Especiales del CDH.

Cada mandato de los Procedimientos Especiales se define en la resolución del CDH que lo creó. Los mandatos temáticos se renuevan cada tres años, y los mandatos por país, anualmente. La OACNUDH proporciona a los titulares de mandatos, asistencia en materia de personal, logística e investigación.

Con el apoyo de la OACNUDH, los titulares de los Procedimientos Especiales realizan las siguientes funciones:

- realizan visitas a los países;
- actúan sobre casos y situaciones individuales de naturaleza más amplia mediante el envío de comunicaciones a los Estados y a otras partes interesadas;
- llevan a cabo estudios temáticos anuales, recaban información mediante solicitudes de aportaciones y organizan consultas de expertos;
- contribuyen a la elaboración de normativas internacionales de derechos humanos; y
- participan en tareas de promoción, sensibilizan a la población y asesoran en materia de cooperación técnica (por ejemplo, mediante comunicados de prensa, campañas de difusión, o documentos de posición con recomendaciones sobre políticas públicas y mejores prácticas).

En el contexto del examen de su labor y funcionamiento realizado en 2011, el CDH reafirmó que los Estados tienen la obligación de cooperar con los Procedimientos Especiales, reiteró la integridad e independencia de los mismos, ratificó también los principios de cooperación, transparencia y responsabilidad y la función del sistema de Procedimientos Especiales en el refuerzo de la capacidad del Consejo para abordar las situaciones de derechos humanos. Los Estados Miembros confirmaron su firme oposición a las represalias que se ejercen contra uienes cooperan con las Naciones Unidas y sus mecanismos y representantes en materia de derechos humanos. El Consejo reconoció además la importancia de asegurar la financiación transparente, adecuada y

---

13 Véase OACNUDH, 'Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos', en https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/sp/pages/welcomepage.aspx

equitativa para apoyar a todos los procedimientos especiales, según las necesidades específicas de cada uno de ellos.

Sobre el proceso de nombramiento de los titulares de cada mandato, los gobiernos, los grupos regionales de la ONU, las organizaciones internacionales, las ONG, las instituciones nacionales de derechos humanos, otros organismos de derechos humanos y los propios particulares, pueden proponer candidatos/as.

Un órgano llamado el Grupo Consultivo, formado por 5 miembros de los grupos regionales representados en la ONU, que actúan a título personal, realiza una selección de entre las candidaturas presentadas y lleva a cabo una entrevista a los candidatos y candidatas seleccionadas. Una vez que determina de entre ellos una 'lista corta' de tres personas, presenta esa lista de candidatos y candidatas al Presidente/a del CDH, tras consultas con los grupos regionales. Se coloca en el primer lugar de la lista al candidato o candidata de preferencia. El pleno del CDH aprueba los nombramientos propuestos (lo más frecuente), o bien, elige al candidato o candidata propuesto en segundo o tercer lugar de la lista. Los criterios utilizados por el Grupo Consultivo y por el propio CDH para elegir a los candidatos/as y nombrar al candidato/a final como titular del mandato son sus conocimientos, experiencia, independencia, imparcialidad, integridad personal y objetividad.

En uno de los pocos estudios académicos que examinan de forma sistemática los Procedimientos Especiales del CDH, publicado en 2020, se hace notar cómo la eficacia de los mecanismos internacionales de derechos humanos suele estar vinculada a la labor de las y los expertos independientes, deseosos de ampliar los límites de la rendición de cuentas frente a los Estados recalcitrantes decididos a defender su soberanía. Por ello, y vista la creciente relevancia e impacto de los Procedimientos Especiales, Elvira Domínguez Redondo considera que éstos siguen siendo la piedra angular de la responsabilización mundial en la protección de la dignidad y el valor inherentes de las personas y los grupos.[14] Tomando en cuenta este impacto, cabe resaltar los dos Procedimientos Especiales que abordan de forma más directa la violencia contra las mujeres y las niñas: el propio GTDMN y la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias. Ambos mecanismos se suman y complementan al órgano de tratado principal en la materia, el Comité CEDAW, anteriormente referido. Así, esta tríada de mecanismos de protección en el sistema de NU constituye el eje central de los desarrollos normativos e interpretativos sobre violencia de género en el ámbito global.

---

[14] Domínguez-Redondo, Elvira, *In Defense of Politicization of Human Rights…, op. cit.,* pp. 1-6.

Miremos ahora más de cerca la labor del GTDMN, particularmente en relación con la violencia de género como una forma, la más extrema, de la discriminación de género contra las mujeres y las niñas.

3. EL GRUPO DE TRABAJO Y SU POSTURA SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. Antecedentes, contenido e interpretación del mandato

Como es bien conocido, en el marco de Naciones Unidas, se han organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer. Éstas tuvieron lugar en Ciudad de México en 1975, Copenhague en 1980, Nairobi en 1985 y Beijing en 1995. La última ha sido seguida por una serie de revisiones quinquenales. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, marcó un importante punto de inflexión en la agenda global de la igualdad de género. La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas por unanimidad por 189 países, se consideran el documento político mundial clave sobre la igualdad de género. Fue en el contexto de la revisión de Beijing +10 que la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW, por sus siglas en inglés) adoptó por primera vez resoluciones en 2005 y 2006 sobre la conveniencia de nombrar una Relatora o Relator especial sobre las leyes que discriminan a la mujer. El Secretario General de NU presentó dos informes en 2006 y 2007 a la CSW, presentando una visión general de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los documentos de política pública y los mecanismos destinados a eliminar las leyes que discriminan a las mujeres, así como las opiniones de los Estados Miembros y Observadores, y de los órganos de tratados. Sin embargo, la CSW no estableció un mecanismo y dejó de examinar la cuestión.

La OACNUDH encargó entonces un estudio para revisar los mecanismos existentes de Naciones Unidas y determinar en qué medida abordaban la cuestión de las leyes y normas discriminatorias y para obtener datos nacionales sobre las leyes que discriminan a las mujeres, con el fin de examinar la conveniencia de crear un nuevo mecanismo para abordar tales leyes. El estudio, publicado en marzo de 2008, concluyó que podía haber llegado el momento de contar con un Relator o Relatora especial sobre las leyes que discriminan a la mujer. La OACNUDH presentó un informe temático al Consejo de Derechos Humanos en agosto de 2010, de conformidad con la petición del Consejo en 2009 de "preparar un estudio temático sobre la discriminación contra la mujer, en la ley y en la práctica, y sobre la forma en que se aborda la cuestión en todo el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas". El establecimiento de un nuevo mecanismo temático era una de las opciones

como medidas adicionales necesarias para eliminar las leyes discriminatorias y cerrar la persistente brecha entre la igualdad *de iure* y *de facto*.

Como se mencionaba en el apartado anterior, en materia de igualdad de género existe también el Procedimiento Especial de la Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer, creada en 1994 por el CDH, así como el Comité CEDAW como órgano de tratado. A este respecto, en un momento dado, se planteó por algunos Estados que habría solapamiento con la creación del nuevo mecanismo del GTDMN. Se concluyó que, dado que el Procedimiento Especial existente se refería específicamente a violencia contra la mujer y no a todas las formas de discriminación de género, y que el Comité CEDAW cubría a los Estados Parte del tratado respectivo, pero no al resto de países del mundo, era pertinente establecer este Grupo de Trabajo. El CDH tomó esta decisión también considerando que la discriminación contra las mujeres en la ley y en la práctica seguía (y sigue) estando presente en todas las regiones del mundo, en mayor o menor medida, y que es un problema de múltiples y variadas manifestaciones.[15]

Así, y a pesar de la oposición y la resistencia de algunos Estados bajo el argumento de la duplicación innecesaria, al final el Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución 15/23 el 1 de octubre de 2010, sin votación, por la que se estableció el mandato del Grupo de Trabajo. Así, surge el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Discriminación contra las Mujeres en la Ley y en la Práctica con el mandato de ayudar a identificar casos de discriminación contra las mujeres en todo el mundo, así como "las buenas prácticas relacionadas a la eliminación de leyes que discriminan a las mujeres o que son discriminatorias hacia las mujeres en su implementación o impacto…" en diálogo con los Estados y otros actores relevantes.[16]

Las primeras titulares del mandato fueron nombradas en marzo de 2011 y asumieron sus funciones en mayo de 2011. Desde entonces, el mandato se ha prorrogado cada tres años, en 2013, 2016 y 2019. El nombre del mandato se modificó en 2019, pasando de Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Discriminación contra las Mujeres en la Ley y en la Práctica a Grupo de Trabajo sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas (Grupo de Trabajo o GT).

Los antecedentes del establecimiento del mandato han influido en el planteamiento del Grupo de Trabajo respecto a la ejecución del mandato y sus interacciones con los Estados miembros del CDH. El Grupo de Trabajo decidió basarse en las normas e iniciativas existentes, así como en los conocimientos y herramientas disponibles producidos hasta la fecha de su creación,

---

15 Información tomada de entrevista con miembros anteriores del GTDMN y reflejada en la Resolución 15/23 del CDH.

16 Véase Consejo de Derechos Humanos, Resolución sobre la eliminación para la discriminación contra las mujeres, HRC/RES/15/23.

y aprovechar su fuerza y capacidad únicas, incluida su capacidad de convocatoria. El Grupo de Trabajo hizo hincapié en aprovechar y reforzar la labor de otros órganos de la ONU relacionados con la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas.

Al principio, las expertas del GT utilizaron plenamente el abanico de herramientas de que disponen los mandatos del llamado Sistema de Procedimientos Especiales de la ONU, enviando una primera comunicación en agosto de 2011 (a Túnez, en el contexto de la redacción de su nueva Constitución con vistas a garantizar la inclusión de una disposición sobre igualdad) y realizando una primera visita a un país en febrero de 2012 (a Marruecos, en el contexto de la 'Primavera Árabe'). El primer informe anual del Grupo de Trabajo al Consejo de Derechos Humanos se publicó en abril de 2012, proporcionando un marco conceptual y un esquema de su plan de acción. Cabe destacar que, aunque las miembros del GT son elegidas por el Consejo de Derechos Humanos, al igual que las personas expertas de cada uno de los Procedimientos Especiales de derechos humanos en la NU, el GT ejerce la interpretación y aplicación del mandato de forma independiente. No se limita en su compromiso con los Estados a los que han ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), y no se limita a interpretar los tratados, sino que también hace comentarios sobre políticas y buenas prácticas.

En cuanto a los Estados promotores o patrocinadores del mandato ('sponsor countries'), México y Colombia han sido los copatrocinadores de la resolución del CDH sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, estableciendo y renovando el mandato hasta la reciente retirada de Colombia. México ha sido un patrocinador eficaz y estratégico de la resolución, liderando la redacción de ésta y llevando a cabo negociaciones en sesiones informales durante el periodo de sesiones del CDH. En los diez años de existencia del mandato, México ha consultado proactivamente al GT sobre la redacción de la resolución y se compromete con las expertas del GT en las sesiones del CDH en Ginebra. También ha estado abierto a las aportaciones de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC). Aunque el entorno intergubernamental general sigue siendo un reto y, en particular, en materia de derechos humanos, los Estados promotores lograron insertar algunos puntos de 'lenguaje fuerte' en la resolución de 2017 a partir del informe del GT. Hasta 2020, esta resolución se ha adoptado anualmente en la sesión de junio del CDH, como la resolución sobre la violencia contra las mujeres liderada por Canadá. En el futuro, la resolución pasará a ser bienal. La sesión de junio es la principal para los derechos humanos de las mujeres, cuando se organiza un debate anual de un día completo sobre los derechos humanos de las mujeres. El CDH también adopta otras resoluciones relevantes para los derechos de las mujeres y

la violencia de género (por ejemplo, sobre mortalidad materna, mutilación genital femenina, y derechos de las niñas).

3.2. Utilización del mandato para la protección contra la violencia

El GTDMN, como Procedimiento Especial, tiene la facultad de realizar visitas a países, emitir comunicaciones, informes temáticos anuales al CDH (y a la AGNU) seguidos de un diálogo interactivo con Estados. Realiza también acciones de sensibilización, como declaraciones a los medios de comunicación en temas de interés general o particular gravedad. De forma paralela, el GTDMN tiene algunas facultades adicionales que el propio Grupo ha querido desarrollar en el marco de su mandato del CDH: la de emitir Documentos de Posición y *Amicus Curiae*. En varias de sus posturas expresadas en estos instrumentos, el Grupo de Trabajo aplica el concepto de violencia contra las mujeres antes referido, y lo hace no sólo en relación con los Estados como interlocutores 'naturales', sino también con otros actores, como las Organizaciones de la Sociedad Civil, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, e incluso empresas.

El Grupo de Trabajo ha empleado estas distintas facultades para abordar la violencia de género e incluso aclarar algunos términos en ocasiones controvertidos que afectan la percepción de la violencia de género. Como se expone detalladamente en el informe de 2018 del Grupo de Trabajo, 'Reafirmación de la igualdad y lucha contra los retrocesos',[17] el término género fue conceptualizado originalmente para explicar y desafiar la opresión sistemática de la mujer y, después de la Conferencia de Beijing, fue considerado uno de los conceptos fundamentales de los derechos humanos internacionales. El concepto de género es de importancia fundamental para el GT como un mecanismo de los Procedimientos Especiales de NU cuyo mandato es trabajar en la eliminación de la discriminación contra las mujeres y las niñas.[18]

Como nos recuerda el Documento de posición del GT, 'Igualdad de género y ataques contra los logros hacia la igualdad de género', el concepto de género apareció por primera vez en los escritos feministas en la década de 1970 para desafiar la entonces posición dominante del determinismo biológico, el

---

17 Informe al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/38/46, párr. 14.

18 Las ideas aquí expuestas se toman del Documento de posición 'Igualdad de género y ataques contra los logros hacia la igualdad de género', escrito por Ivana Radacic y Alda Facio en nombre del GTDMN (y con aportes de otras de sus miembros), y traducido de forma no oficial con el apoyo y trabajo voluntario de Martha Martell. La traducción fue editada y coordinada por Priscilla Mansilla Jiménez/Instituto de Educación de los Derechos Humanos de las Mujeres/ Women's Human Rights Education Institute (WHRI).

cual ha naturalizado la desigualdad de las mujeres como resultado de la diferencia biológica entre mujeres y hombres.[19]

Hubo diferentes interpretaciones feministas del término,[20] pero el enfoque dominante definía al género como la referencia a las normas sociales, los roles y las expectativas para mujeres y hombres, a diferencia del sexo, que se refería a la diferencia biológica entre ellos.[21] Si bien mujeres de diferentes identidades sociales y contextos socioeconómicos formaron parte del movimiento feminista desde sus orígenes[22], fue en la década de 1990 que la perspectiva interseccional, exige un análisis de las múltiples dimensiones interconectadas de opresión, como el sexo, género, clase, raza, sexualidad, etnicidad y discapacidad, estableciéndose firmemente como una importante herramienta de análisis sobre la discriminación. La acuñación del término interseccionalidad ayudó a aclarar que las identidades sociales de las mujeres influyen profundamente en la forma en que cada mujer experimenta el género[23].

Las teorías feministas desarrollaron el concepto de género para puntualizar la construcción de las estructuras y normas sociales que producen la posición desigual de las mujeres y el aspecto relacional del significado de feminidad y masculinidad. Enfatizando la construcción social de la desigualdad de las mujeres, las teorías feministas y activistas de todo el mundo llamaron por la acción política para cambiar esto. Ante la insistencia de las activistas feministas en la década de 1990 el término "género" comenzó a ser usado en el Derecho internacional de los derechos humanos. En 1992 el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (el Comité CEDAW) usó la frase "violencia basada en género" en su Recomendación General No. 19 sobre violencia contra la mujer.[24] En los documentos multilaterales el término fue incluido por primera vez en la Declaración y Programa

---

19 Aunque las ideas conectadas de los roles sexuales y los rasgos psicológicos se discuten ya a finales de la década de 1940, el concepto de género en los escritos feministas aparece por primera vez en el libro de Kate Millett *Sexual Politics*, New York, Doubleday, 1970, y en el libro de Ann Oakley *Sex, Gender and Society*, Templesmith, Londres, 1972.

20 Véase, por ejemplo, 'Gender Concepts around the World', disponible en: http://www.gendertrust.org.uk/gender-concepts-around-the-world/

21 Para una discusión de las principales teorías, véase Connell, R. W. 'Theorising Gender', *Sociology*, Vol. 19, No. 2, 1985, pp. 260-272.

22 Para un recuento del compromiso de los movimientos de mujeres con las Naciones Unidas, véase Facio, Alda, 'Los derechos humanos de las mujeres en el escenario mundial: Historia inconclusa', en *Estudios sobre la mujer canadiense*, 22 (1-2), 2018-2019, pp. 1-13.

23 El término interseccionalidad fue acuñado por Kimberle Crenshaw en un esfuerzo por señalar la "multidimensionalidad de la experiencia de las mujeres negras" que un análisis de un solo eje no podía comprender; Crenshaw, Kimberle, 'Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics', Foro Jurídico de la Universidad de Chicago, 1, 1989, pp. 139-167.

24 Comité CEDAW, Recomendación General No.19, A/47/38, 1992.

de Acción de Viena (1993),[25] y un año después en el Programa de Acción de Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, pero no fue definido.[26]

En la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing se hizo referencia a él más de 200 veces, pero sólo después de que los Estados acordaran una declaración en la que se afirmaba que el término "debía interpretarse y entenderse tal como era en su 'uso ordinario y generalmente aceptado'".[27]

Después de la Conferencia de Beijing, en 1995, un panel de Grupo de Expertos fue convocado por la recientemente establecida Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para ayudar a clarificar el uso del término respecto a los derechos humanos de las mujeres. El término género se definió como una referencia a "las maneras en la que todas las sociedades del mundo construyen los roles, las actitudes, los valores y las relaciones con respecto a las mujeres y hombres". El grupo de expertos explicó, "Históricamente, las diferentes culturas construyen el género de diferentes maneras, de modo que los roles de las mujeres, el valor que sus sociedades otorgan a esos roles, y la relación con el rol de los hombres pueden variar considerablemente a través del tiempo y de un contexto a otro".[28]

Sin embargo, en los foros multilaterales, la oposición a esa conceptualización de la construcción social en parte continúa.[29] No fue sino hasta el 2011 que el término fue finalmente definido explicítame en un instrumento internacional de derechos humanos, de acuerdo al enfoque feminista de su conceptualización como construcción social. Observando el género como un concepto importante para atender la violencia de género, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, Artículo 3) lo definió como "los roles, comportamientos, actividades y atributos socialmente construidos que una sociedad específica considera apropiados para las mujeres y los hombres".

Si bien esta es la primera definición de este tipo en un instrumento internacional jurídicamente vinculante, en realidad ya era operativa en el Derecho

---

25 Declaración y Programa de Acción, Viena, 14-25 June 1993, UN Doc. A/CONF.103/9.

26 Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Cairo, 5-13 Septiembre 1994, UN. Doc. A/CONF.171/13/Rev.1.

27 Informe de la Cuarta Conferencia de las Mujeres, Beijing, 4-15 Septiembre 1005, UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1.

28 Panel del Grupo de Expertos en el desarrollo de las directrices para la integración de las perspectivas de género en las actividades y programas de derechos humanos, 20 de noviembre de 1995, UN. Doc. E/CN.4/1996/105, para 13.

29 Estatuto de Roma (Artículo 3), por ejemplo, define género para referirse a "los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad" (UN Doc. A/CONF.103/9), el cual fue replicado en el Documento Final de la Conferencia Mundial contra el Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancia relacionada de 2001 en Durban, UN. Doc. A/CONF/189/12.

internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en 2010, al interpretar que la discriminación sexual incluye la discriminación de género, el Comité CEDAW definió el término de manera similar como:

> las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer.[30]

Como se refería anteriormente, de acuerdo con la Resolución 15/23 del CDH que creó el GT en 2010, el mandato del Grupo es principalmente el de identificar, promover e intercambiar puntos de vista sobre los retos y las mejores prácticas relacionadas con la eliminación de las leyes que discriminan a las mujeres o que son discriminatorias para las mujeres en términos de aplicación o impacto. En 2019, su nombre cambió para incluir explícitamente a las niñas,[31] a pesar de que el GT ha entendido siempre que su mandato incluye a las mujeres (incluidas aquellas que se identifican como mujeres) de todas las edades, así como de diferentes identidades y orígenes socioeconómicos y culturales. Ha adoptado un entendimiento del ciclo de vida respecto de la discriminación contra las mujeres, para revelar cómo la desigualdad de género se manifiesta en todas las etapas de su vida.

En su trabajo, el GT se ha referido a la interpretación sobre la discriminación contra las mujeres del Comité CEDAW, que, como se explicó previamente, además del sexo, opera junto con el término género refiriéndose a las "identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer." Además, al igual que el Comité CEDAW, el GTDMN encuentra que la discriminación contra las mujeres está basada tanto en las diferencias biológicas como en las construcciones sociales, y reconoce que las experiencias de discriminación de las mujeres están determinadas también por otras identidades sociales (raza, etnicidad, discapacidad, edad, sexualidad, etc.). Su objetivo es incluir específicamente las voces de las mujeres que enfrentan la *interseccionalidad y las múltiples formas de discriminación* en todas las herramientas de que dispone (informes temáticos y de las visitas a países, comunicaciones, declaraciones). En el informe temático de 2018, por ejemplo, el GT destacó que existen:

> formas múltiples e intersectoriales de discriminación contra la mujer al rededor del mundo y al interior de los países que se refuerzan y sostienen entre ellas. Todas las mujeres, en su

---

30 Comité CEDAW, Recomendación General No. 28, sección 5, CEDAW/C/GC/28, 2010.

31 CDH, Resolución sobre la eliminación para la discriminación contra las mujeres y niñas, HRC/RES/41/6.

> diversidad y en diferentes circunstancias son afectadas de manera diferente por leyes y prácticas discriminatorias.[32]

Como establece el Documento de posición referido, el GT entiende al género como un sistema de jerarquía, que utiliza la socialización para construir seres humanos de acuerdo a lo que prescribe la cultura para los diferentes sexos. Este sistema distribuye desproporcionalmente el poder a los hombres a través de la cultura hegemónica de la sobrevaloración de la masculinidad. Establece patrones de expectativas sobre los comportamientos, ordena los procesos sociales de cada día de la vida, está construido en las mayores organizaciones sociales de la sociedad como la familia, la economía, los sistemas jurídicos y de justicia, los medios de comunicación, y es también una entidad en sí misma que se mantiene y se refuerza, entre otros aspectos, mediante la división sexual del trabajo y el establecimiento del sexo masculino y de la masculinidad como norma. Es en este sistema jerárquico que se facilita la perpetración de la violencia contra las mujeres y las niñas como forma de discriminación.

El GT ha señalado también en distintos momentos que la violencia de género se aborda de forma indirecta por otros instrumentos que constituyen también herramientas útiles en la lucha contra este fenómeno. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los artículos 2, 9, 14, y 22 garantiza el derecho a libertad y seguridad personales, y el derecho al debido proceso, y establece que esos derechos deben ser protegidos por ley sin discriminación. Estas obligaciones implican no sólo el respeto directo por parte de todas las autoridades del Estado a dichas libertades, sino también la protección contra los actos de particulares o de entidades privadas que obsten a su disfrute.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, ha sido utilizada también por el GTDMN para resaltar las diferentes formas de violencia de género en contextos particulares. Los artículos 1 y 2 de la Declaración estipulan que toda persona tiene derecho a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional y que cada Estado tiene la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos y libertades fundamentales. El artículo 12, párrafos 2 y 3, de la declaración estipula que el Estado garantizará la protección, por las autoridades competentes, de toda persona, individual o colectivamente, frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de

---

[32] A/HRC/38/46, para 11.

hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la Declaración.

En este contexto, en la Resolución 31/32 del Consejo de Derechos Humanos, los Estados expresaron su especial preocupación por la discriminación y la violencia sistémicas y estructurales a las que se enfrentan las mujeres defensoras de derechos humanos. Así, el GTDMN ha reiterado que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la protección de las defensoras de los derechos humanos e integrar una perspectiva de género en sus esfuerzos por crear un entorno seguro y propicio para la defensa de los derechos humanos. Esto debe incluir el establecimiento de políticas y programas públicos integrales, sostenibles y con perspectiva de género que apoyen y protejan a las defensoras. Dichas políticas y programas deben desarrollarse con la participación de las propias defensoras.

Asimismo, el GTDMN ha destacado en sus comunicaciones a países como Honduras y Afganistán, por ejemplo, que el artículo 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), ratificada por Honduras en 1983 y por Afganistán en 2003, establece el derecho de la mujer a participar sin discriminación en la vida política y pública del país, lo que incluye la participación en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales.

En su informe sobre su visita a Honduras en 2018, el Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas también expresó su preocupación en cuanto a la situación de mujeres defensoras y la falta de enfoque de género en las respuestas de Estado. La estigmatización de las defensoras de los derechos humanos por los funcionarios públicos y también por sus propias organizaciones, familias y comunidades y por los medios de comunicación no sólo las desempodera, sino que también las expone a mayores riesgos, incluyendo la violencia física y psicológica. Se enfrentan a campañas de desprestigio para desacreditar su trabajo y a menudo se las acusa de oponerse al desarrollo de Honduras, de ser madres y esposas "antinaturales" o incluso de ser delincuentes (A/HRC/41/33/Add.1).

Como lo enfatizó el Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas en uno de sus informes (A/HRC/23/50), la estigmatización, el acoso y ataques directos se utilizan para silenciar y desacreditar a las mujeres líderes, trabajadoras comunitarias, defensoras de los derechos humanos y mujeres políticas. Las mujeres defensoras son a menudo objeto de violencia de género, como el abuso verbal basado en su sexo; pueden experimentar intimidación, ataques y también ser asesinadas. La violencia contra las defensoras es a veces tolerada o perpetrada por actores estatales.

El GTDMN ha recalcado que las mujeres defensoras de los derechos humanos se enfrentan a desafíos únicos, impulsados por una profunda

discriminación contra las mujeres y estereotipos sobre su supuesto papel apropiado en la sociedad. Los actuales fundamentalismos crecientes de todo tipo y el populismo, así como gobiernos autoritarios y el afán descontrolado de lucro, alimentan aún más la discriminación contra las mujeres, exacerbando los obstáculos que enfrentan las defensoras de derechos humanos. Además de los riesgos de amenazas, ataques y violencia que enfrentan todos los defensores de derechos humanos, las defensoras están expuestas a riesgos específicos como ataques misóginos, violencia basada en el género, falta de protección y acceso a la justicia y falta de recursos para las organizaciones de mujeres y apoyo a la participación de las defensoras en la vida política y pública. Aquellas que luchan por derechos cuestionados por grupos fundamentalistas -como por ejemplo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres- y las que denuncian las acciones de las empresas e industrias extractivas, corren un mayor riesgo de ataques y violencia.

En este contexto, cabe recordar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), en sus recomendaciones generales No. 19 (1992) y No. 35 (2017), define la violencia de género contra la mujer como aquella que menoscaba o anula el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la mujer, y constituye una discriminación en el sentido del artículo 1 de la CEDAW, tanto si es perpetrada por un funcionario del Estado como por un ciudadano particular, en la vida pública o privada. Por lo tanto, el Comité CEDAW ha considerado que los Estados Parte tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para investigar todos los delitos, incluidos los de violencia sexual perpetrados contra las mujeres y las niñas, castigar a los autores y proporcionar una indemnización adecuada sin demora. En la recomendación general No. 19, el Comité establece las medidas punitivas, rehabilitadoras, preventivas y de protección específicas que los Estados deben introducir para cumplir con esta obligación; en el párrafo 9, aclara que "en virtud del derecho internacional general y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no actúan con la debida diligencia para prevenir las violaciones de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia, y para proporcionar una indemnización".

Como ha recordado el GTDMN en varias de sus posturas, la recomendación general No. 33 sobre acceso a la justicia de las mujeres (2015) y la recomendación general No. 35 (2017) sobre la violencia de género contra la mujer, que actualiza la recomendación general No. 19, subraya que los Estados Parte deben contar con un marco jurídico y de servicios jurídicos efectivo y accesible para hacer frente a todas las formas de violencia por razón de género contra la mujer. Deben proteger a las víctimas y supervivientes de la violencia por razón de género contra la mujer y velar por que tengan acceso a la justicia y a una reparación efectiva. Esa reparación para la víctima o los familiares o

dependientes de la víctima directa (en el caso de haber fallecido ésta), debería incluir diversas medidas, tales como la restitución, indemnización monetaria, la prestación de servicios jurídicos, sociales y de salud, la rehabilitación y la satisfacción y garantías de no repetición. Tales reparaciones deben ser adecuadas, atribuidas con prontitud, holísticas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido (párrafo 19 de la recomendación general No. 33 y párrafos 22 y 33,a de la recomendación general No. 35). Las acciones judiciales, medidas de protección y de apoyo y servicios para las víctimas deberían ser accesibles para todas las mujeres, en especial para las afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación y estar disponibles en todo el Estado parte.

Una forma de violencia de género recientemente identificada por el GTDMN es la que se perpetra en el ámbito político y electoral. Al respecto, el artículo 25 del PIDCP establece que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Así lo ha expresado el Grupo de Trabajo en sus comunicaciones a México, entre otros países.

En el contexto actual de la pandemia, el GTDMN también se ha pronunciado. En la declaración del GT, 'Las respuestas a la pandemia de COVID -19 no deben descartar a las mujeres y a las niñas', el GT pone el foco en el efecto desproporcionado de la pandemia en la situación de las mujeres y las niñas.[33] De hecho, el GT ya había señalado que "las mujeres que realizan formas vulnerables de trabajo informal, como las trabajadoras domésticas, las vendedoras del mercado y las recolectoras de residuos, son especialmente vulnerables al acoso y la violencia en el curso de su trabajo".[34] Y dado que parte de ese trabajo, en particular el doméstico, así como las funciones de cuidado, son realizadas desproporcionadamente por mujeres en todo el mundo, el cierre, la pérdida de empleos formales y la profundización de la crisis económica provocada por el COVID-19 hacen que las mujeres sean vulnerables a sufrir o de hecho sufran una discriminación directa e indirecta.

Por lo tanto, recomendó a los Estados que recopilaran sistemáticamente datos desglosados relacionados con el brote, que examinaran e informaran sobre los efectos del COVID-19 en la salud, tanto directos como indirectos,

---

33 Declaración del GTDMN, 'Las respuestas a la pandemia de COVID -19 no deben descartar a las mujeres y a las niñas', abril de 2020, disponible en https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25808&LangID=E

34 *Ibid.* Informe del GTDMN, 2020, párr. 15.

y sobre los impactos del COVID-19 en los derechos humanos en función del género, y que utilizaran estos datos en la formulación de respuestas.

Por último, pueden mencionarse algunos ejemplos paradigmáticos de la implementación del mandato del GT en materia de violencia contra las mujeres, en sus visitas a países, incluyendo a países de la UE, y el impacto que ha tenido en la vida diaria de las mujeres.

A raíz de la visita del GT a Kuwait en diciembre de 2016, en la que los expertos constataron que la cuestión de la violencia contra las mujeres estaba silenciada y recomendaron al Gobierno que promulga una ley integral de lucha contra la violencia de género, se presentó por primera vez en el Parlamento un proyecto de ley al respecto.

Tras la visita al país de Samoa en agosto de 2017, en la que el Grupo de Trabajo planteó su preocupación por los supuestos planes del Gobierno de reintroducir los castigos corporales en las escuelas, permitiendo a los profesores ejercer una 'fuerza razonable' en circunstancias extremas, el Gobierno habría abandonado el plan.

Durante la visita a Grecia en abril de 2019, el Grupo de Trabajo había expresado su preocupación por las enmiendas propuestas a las disposiciones del Código Penal relativas a la violación. Dichas enmiendas parecían ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de Grecia en virtud del Convenio de Estambul, ya que no introducían una definición basada en el consentimiento y restringían aún más las circunstancias en las que podía establecerse el delito de violación. En junio de 2019, el Gobierno de Grecia modificó el Código Penal para reconocer en la ley que las relaciones sexuales sin consentimiento son una violación, lo que fue aclamado por la sociedad civil a nivel nacional e internacional como una victoria para las mujeres.[35]

Como caso reciente y cercano, el GT ha expresado en diciembre de 2021 que los tribunales españoles deben proteger a los niños y niñas de la violencia doméstica y los abusos sexuales y que el Gobierno de España debe hacer más para protegerles, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres, por ejemplo, el de la llamada 'alienación parental', y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género.[36] Habrá que estar pendientes para conocer el posible impacto que pueda tener esta postura, con la esperanza de que pueda ser positivo para la mejor protección en las normas y en la práctica, incluida la práctica judicial, de las niñas y niños afectados por esta situación.

---

35 Los tres ejemplos son tomados del documento interno sobre impacto del GTDMN.

36 OACNUDH, 'Los tribunales españoles deben proteger a los niños y niñas de la violencia doméstica y los abusos sexuales, dicen los expertos de la ONU', Comunicado de prensa, 9 de diciembre de 2021, disponible en https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents

4. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El Grupo de Trabajo ha realizado importantes contribuciones, de la mano de la sociedad civil, varios Estados y otros actores comprometidos, para visibilizar, analizar y combatir las diferentes formas de violencia contra las mujeres y las niñas, en línea con el ODS 5. Al mismo tiempo, al ser un mandato relativamente reciente dentro de los Procedimientos Especiales de NU, el Grupo de Trabajo tiene todavía mucho que hacer para garantizar que su trabajo en materia de violencia de género se conozca y se utilice, incluso entre los propios mecanismos de derechos humanos.

En este sentido, podrían explorarse métodos y herramientas innovadoras. El Grupo de Trabajo ha realizado algunos avances significativos, como la publicación del micrositio del Informe temático sobre los derechos de la mujer en el cambiante mundo del trabajo -que incluye el análisis de distintas formas de violencia en el lugar de trabajo- y, muy recientemente, el micrositio sobre el informe de 2021 sobre 'Derechos en materia de salud sexual y reproductiva de las mujeres y niñas en situaciones de crisis', que incluye el examen de diferentes formas de violencia que las mujeres y niñas enfrentan en relación con estos derechos, por ejemplo, la violencia obstétrica. Este micrositio contiene las principales ideas y recomendaciones del informe de forma gráfica y mucho más didáctica para su conocimiento y difusión, y actualmente ha sido también traducido al español.[37]

Como contribuciones en la materia que hasta el momento ha realizado el Grupo de Trabajo, puede señalarse el impacto de sus avances interpretativos, incluyendo aquellos que complementan o desarrollan los de otros mecanismos de protección, como las nuevas conceptualizaciones de la violencia de género, incluyendo la violencia política o la violencia obstétrica; la reafirmación de la relevancia de analizar y atender la discriminación interseccional para comprender a profundidad la violencia contra las mujeres y las niñas; y la recomendación constante de las reparaciones con perspectiva de género.

Con mirada prospectiva, debe enfatizarse que si existe un momento propicio para descubrir las fisuras de nuestros sistemas, y luchar contra la violencia de género, es justamente ahora en el contexto de la pandemia de la COVID-19. Michelle Bachelet, Alta Comisionada de NU para los Derechos Humanos, ha expresado que 'como miembros de una sola humanidad, tenemos dos deberes esenciales: superar la pandemia y reconstruirnos mejor'. La academia y los órganos de NU pueden jugar un papel crucial frente a esta oportunidad histórica de construir colaborativamente mecanismos de resiliencia y solidaridad que respeten y protejan todos los derechos humanos de todas las personas y den respuesta a la sed de una vida libre de violencia, de justicia y de igualdad de millones de mujeres y niñas en todo el mundo.

---

[37] Véase https://unworkinggroupwomenandgirls.org/es/reports/womens-and-girls-sexual-and-reproductive-health-rights-in-crisis/

¿QUO VADIS, EUROPA?: LA AGENDA EXTERIOR EUROPEA DE GÉNERO EN LA ENCRUCIJADA

ITZIAR RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS. 3. BREVE SEMBLANZA DE LA AGENDA EUROPEA EXTERIOR DE GÉNERO HASTA EL 2016. 3.1. LA AGENDA EUROPEA DE GÉNERO EN DESARROLLO HASTA EL 2016. 3.2. LA AGENDA EUROPEA DE GÉNERO DE CONSTRUCCIÓN DE PAZ ANTES DEL 2016. 4. IMPACTOS DEL GIRO REALISTA-PRAGMÁTICO EN LA AGENDA EXTERIOR EUROPEA DE GÉNERO. 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Gracias a la lucha y perseverancia de los movimientos feministas, en las últimas tres décadas, se han producido importantes transformaciones en las relaciones internacionales en relación con las cuestiones de género. Tras décadas de cegueras y silencios, son muchos los regímenes internacionales (derechos humanos, cooperación al desarrollo, seguridad y paz) en los que se ha consolidado una "agenda de género", esto es, un conjunto de discursos, narrativas, normas, políticas, etc., cuya finalidad es la lucha por la igualdad/equidad de género y la defensa de los derechos de las mujeres. Dicha agenda se convertía, asimismo, en una seña de identidad de la acción exterior de muchos estados[2], así como de otros actores internacionales como la Unión Europea (UE).

En efecto, aunque el principio de igualdad entre hombres y mujeres aparecía en los Tratados fundacionales de 1957[3], será en el Tratado de Ámsterdam (1997) cuando se consagra como uno de los valores fundamentales de la UE, comprometiéndose, por entonces, las instituciones europeas a integrar la perspectiva de género (*gender mainstream*) en sus políticas. Para lograrlo, a lo largo de las últimas décadas, se han ido adoptando diversas estrategias: entre otras, la Estrategia para la Igualdad de Género (2020-2025) y tres Planes de Acción en materia de Género para las relaciones exteriores (PAG). Dichos instrumentos han sido claves para la paulatina configuración de una agenda exterior de género, propiamente europea, primero, en la cooperación al desarrollo y, después, en toda la acción exterior de la UE.

---

1 Profesora Contratada Doctora de Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Coordinadora del Grupo de Estudios Africanos e Internacionales (GEA-GERI) (itziar.ruiz-gimenez@uam.es). Todas las páginas webs mencionadas en esta obra han sido consultadas el 25 de enero del 2022.

2 RUBIO, L., DE LIMA GRECCO, G., y RUIZ-GIMENEZ, I., "Una mirada desde los feminismos críticos a las políticas exteriores feministas de Suecia, Canadá, Francia, México y España", *Tempo* nº 42, vol XXI (II), 2021, pp. 7-26.

3 En los artículos 153 a 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

La consolidación de dicha agenda de género reforzaba, a su vez, la narrativa imperante en los circuitos políticos-mediáticos europeos, al menos hasta mediados de los 2000, en torno al carácter *suis generis* de la identidad exterior europea. Dicha narrativa retrataba a la UE como una potencia "normativa"[4] y "civil"[5] o, incluso, como se autodefinió en la *Estrategia Europea de Seguridad* (EES) del 2003, una "fuerza para el bien"[6] por su dedicación a la defensa de los derechos humanos, la democracia y el multilateralismo.

Este relato se apoya en varios datos: la consagración de dichos valores en el Tratado de la UE (TUE)[7] y en los principales instrumentos político-estratégicos de acción exterior; la creación de instrumentos específicos, desplegándose importantes esfuerzos políticos, económicos y humanos para su integración; y su destacada presencia en los discursos de las instituciones europeas[8]. Hasta el punto de que, en los años 2000, se popularizaba la cita de Robert Kagan de que "los estadounidenses son de Marte (del dios de la guerra) y los europeos de Venus (la diosa del amor)", refiriéndose a las diferencias existentes, en su opinión, entre la "realista" política exterior del entonces *hegemon* y la europea, retratada, en contraposición, como "liberal" por su apoyo al multilateralismo, el derecho internacional y la diplomacia[9].

Por entonces, este retrato también imperaba en la literatura académica donde, salvo por algunas voces discrepantes[10], era común sostener el carácter "idealista", "solidario" o "cosmopolita" de la UE[11]. Algunas autoras feministas incidían, por su parte, en el papel de Europa como promotora global de las cuestiones de género (*global gender actor*), resaltando su labor como emprendedora normativa y aliada del movimiento feminista en sus esfuerzos por incluir las cuestiones de género en la Agenda 2030 o en otros regímenes internacionales[12].

---

4 MANNERS, I., "The normative ethics of the European Union", *International Affairs*, vol 84:1, 2008, pp. 45-60, o MANNERS, I., "Normative power Europe: a contradiction in terms? *Journal of Common Market Studies*, vol 40:2, 2002.

5 WHITMANN, R., *Normative Power Europe: Empirical and Theoretical Perspectives*, Londres, Palgrave Macmillam, 2011.

6 COMISIÓN EUROPEA: Estrategia Europea de Seguridad, disponible aquí.

7 En los artículos dedicados a la PESC, a la cooperación al desarrollo y la económica, financiera y técnica.

8 El *Marco Estratégico sobre DDHH y Democracia* (2012), el *Instrumento Europeo para la Democracia y los DDHH (2005)*, las *Directrices sobre Defensores de DDHH* (2004).

9 KAGAN, R., "Power and Weakness", *Policy Review*, vol 113, 2002.

10 ZIMMERMAN, H., "Realist power Europe? The EU in the Negotiations about China and Rusia´s WTO Accession", *Journal of Common Market Studies*, vol. 45:11, 2007, HETNNE, B. y SÓDERBAUM, F., "Intervening in complex humanitarian emergencies: the role of regional cooperation", *European Journal of Development Research*, vol 17:2.

11 BARBÉ, E. y MORILLAS, P., "The EU Global Strategy: the dynamics of a more politicized and politically integrated foreign policy", *Cambridge Review of International Affairs*, vol 32:6, 2019, p.5.

12 La Agenda MPS es el conjunto de normas, discursos y políticas que se han desplegado desde la Resolución 1325 por el CS de la ONU. DEBUSSCHER, P. y MANNERS, I., "Understanding the

Sin embargo, este consenso político-mediático y académico se ha visto debilitado en la última década debido , por un lado, al surgimiento de una literatura que, de forma creciente, cuestiona dicho relato, mostrando sus silencios y cegueras, y, por otro, a la creciente percepción social de que la UE atraviesa una etapa convulsa. Dicha percepción se debe a varios procesos interrelacionados[13]: la crisis económica del 2008-2010 y la subsiguiente crisis financiera; segundo, la crisis social y el aumento de las desigualdades socio-económicas originada, entre otros factores, por el *austericidio* impulsado por las instituciones y gobiernos europeos; tercero, la crisis política debido al *Brexit* y al auge de partidos ultranacionalistas y euroescépticos; y, en cuarto lugar, la (supuesta) crisis migratoria del 2015, una crisis que parece haberse reactivado, en los últimos años, en las fronteras de Bielorrusia y Polonia y, en especial, a raíz de la guerra en Ucrania. Algunas autoras advierten, por su parte, de una quinta crisis más silenciada, la de la reproducción social y los cuidados y el aumento de las desigualdades de género y la violencia machista en toda Europa[14]. Por último, la Teoría Verde enfatiza otra sexta crisis, la medioambiental, originada, en gran medida, por el modelo socioeconómico neoliberal europeo[15].

La confluencia de estos procesos interrelacionados habría ocasionado, a su vez, una fuerte "crisis" de legitimidad y credibilidad en la UE y también en su política exterior. Hasta un nivel tal que muchos autores consideran que ésta última habría afrontado un intenso viraje "pragmático y realista"[16] en la última década, socavando su identidad exterior como potencia normativa. En este sentido, un amplio sector doctrinal sitúa en la *Estrategia Global para la política exterior y de seguridad* (EGS) del 2016, la constatación de dicho viraje, aludiendo a varias razones: primero, la cristalización de una nueva narrativa, el "pragmatismo basado en principios" (*principled pragmatism*) concebida como una apuesta por reequilibrar los intereses y valores europeos, entendiendo que "van de la mano" y que los segundos están integrados en los primeros[17]. Segundo, la adopción de un nuevo principio-guía para su acción exterior: la "promoción de la resiliencia" de los estados "al este hacia Asía central y, al sur,

---

European Union as a Global Gender Actor: The Holistic Intersectional and Inclusive Study of Gender+in External Actions", *Political Studies Review*, vol 18:3, pp 542-557, p. 544.

13 MANNERS, I., "Assesing the Decennial, Reassesing the Global: Understanding EU normative power in Global Politics, *Cooperation and Conflict,* 48:2, 2013.

14 RUIZ-GIMÉNEZ, I., "Europa contra sus Derechos. Amores de Venus con Marte", en PEREJIL, D (ed.): *Europa frente a Europa: Mapa de crisis y vías de escape*. Editorial Lengua de trapo, 2020, pp 97-110.

15 DEBUSSCHER, P. y MANNERS, I., *op.cit.*, p. 543

16 CHANDLER, D., *Resilience: The Governance of Complexity*, Routledge, 2014; JUNCOS, A. "Resilience as the new EU foreign policy paradigm: a pragmatist turn? *European Security*, vol 26:1, 2017.

17 CONSEJO EUROPEO: Conclusiones relativas a la *Estrategia Global para la política exterior y de seguridad, (*13202/16), 17 de octubre *2016*, p.10.

hasta África central"[18], al considerar que su fragilidad "amenaza… (sus) intereses vitales"[19]. Por esa razón, se aboga por redirigir los esfuerzos europeos hacia esas regiones para ayudarlas a responder, de forma eficaz, a los fenómenos que la EGS identifica como sus prioridades estratégicas: las migraciones y el extremismo violento.

La consolidación de estos elementos discursivos en las Conclusiones de los siguientes Consejos Europeos[20] y en otros instrumentos estratégicos, en los que, además, se identifican nuevas prioridades (el cambio climático y la pandemia del Covid 19) y, en los últimos meses, la Guerra en Ucrania y sus múltiples consecuencias en toda Europa, parecían intensificar el mencionado viraje realista-pragmático. Pues bien, aunque todo ello ha generado una interesante controversia doctrinal en torno a la encrucijada identitaria en la que se encuentra la política exterior europea[21], se ha reflexionado menos sobre sus efectos en su identidad como *global gender actor*, así como sobre la "agenda exterior europea de género"[22]. Esta es la finalidad de este capítulo, focalizando su análisis en las políticas europeas de cooperación y construcción de paz con tres objetivos específicos. Primero, examinar su andadura con anterioridad al año 2016 para identificar sus rasgos definitorios, así como los retos que, por entonces, afrontaba. Segundo, identificar qué cambios se han producido en dicha agenda en los últimos cinco años para indagar en qué medida guardan relación (o no) con el viraje realista-pragmático. Tercero, reflexionar sobre cómo dichos cambios afectan (o no) a la identidad de la UE como potencia global promotora de las cuestiones de género.

La elección de la cooperación europea al desarrollo se debe a varias razones. Primero, como primer donante mundial de Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), la UE es un actor clave para la consecución de la Agenda 2030 y, en especial, del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) número 5 dedicado a la igualdad de género y empoderamiento de la mujer. Segundo, es la dimensión de la política exterior europea con una agenda de género más antigua y consolidada y sobre la que, según el principio de coherencia de políticas para el desarrollo, debería pivotar toda su acción exterior. Dicho principio, consagrado en el TUE[23] y en los Consensos Europeos para el Desarrollo (2005 y 2017), obliga a orientar a esta última hacia la promoción del desarrollo,

---

18 CONSEJO EUROPEO: *op. cit.,* p. 10.

19 CONSEJO EUROPEO: *op. cit.,* p.18.

20 Véase, por ejemplo, CONSEJO EUROPEO: Conclusiones de junio del 2019 o diciembre del 2021

21 IKANI, N., *Crisis and change in European Union Foreign Policy*, Manchester University Press, 2021.

22 Véase, por ejemplo, el número monográfico de la revista *Political Studies,* 2020, vol 18:3.

23 Dicho principio, creado por el CAD de la OCDE en 1991, se introduce en la UE con el Tratado de Maastricht (1993) y aparece, en la actualidad, recogido en el artículo 208 del TFUE.

incluido el ODS5[24]. Tercero, la cooperación europea ha afrontado importantes cambios en sus discursos y prácticas en la última década siendo, por ello, un ámbito adecuado para reflexionar sobre los posibles impactos del viraje "realista-pragmático".

La elección de la política europea de construcción de paz responde a otras razones: primero, a su ubicación en la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) y a que tiene una agenda de género más reciente que, además, guarda relación con la Agenda MPS. El origen de ésta última se remonta al año 2000 cuando el movimiento internacional feminista consigue, con el apoyo de varios países y de la propia UE, la aprobación por parte del Consejo de Seguridad (CS) de Naciones Unidas (ONU) de la Resolución 1325 sobre MPS. Tercero, la PESD y, en especial, la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) son, hoy en día, las dimensiones primordiales de la política exterior europea y, según la literatura, estarían en las más afectadas por el mencionado giro y, por tanto, otro contexto idóneo para reflexionar sobre las cuestiones aquí planteadas.

Para todo ello, en el presente capítulo, tras esta introducción, se realizan varias aclaraciones terminológicas relacionadas con la aproximación teórica-analítica adoptada. A continuación, se esboza brevemente la génesis y evolución de la "agenda exterior europea de género" hasta el año 2016, así como se incluyen algunas reflexiones sobre sus rasgos distintivos y sobre cuáles eran, a juicio de los estudios feministas, los retos que afrontaba. Posteriormente, en el cuarto apartado, se exploran los posibles cambios acaecidos a partir del año 2016 con la finalidad de identificar los retos que, en la actualidad, afronta la UE para convertir en realidad sus compromisos con el principio de igualdad de género.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de adentrarnos en estas cuestiones, se considera necesario realizar algunas precisiones sobre los conceptos de "género" e "igualdad de género", dado que son, como todos los conceptos, controvertidos, polisémicos y con significados o interpretaciones múltiples. El primero suele ser objeto de disputa tanto en los debates académicos como en los circuitos políticos europeos. En estos últimos, por lo general, se usa como sinónimo de mujer o mujeres, de forma que se entiende por "agenda de género", los temas de las mujeres: participación, derechos, lucha contra la violencia machista, etc.

---

[24] ESPINOSA, J. Y GALLARDO, B., *Coherencia de políticas y género, Un análisis feminista de la promoción del desarrollo internacional.* 2013

Sin embargo, existen otras definiciones del concepto de "género". La primera, frecuente en los estudios feministas, remite a la construcción sociocultural de las ideas de "masculinidad" y "feminidad" que, en toda Europa, estructuran la realidad política, socioeconómica, cultural y el sistema de cuidados y moldean las identidades de hombres y mujeres y sus interrelaciones, privilegiando el acceso y control de los primeros a los recursos sociales más valorados y ubicando a las segundas en posiciones subalternas. Desde esta perspectiva, una agenda de género tendría como finalidad transformar esas construcciones sociales (sobre la masculinidad y la feminidad) que permean, conforman y enmarcan la política, generando desigualdades de género tanto en su seno como en el contexto internacional o las relaciones de la UE con otros países.

Desde los estudios feministas *críticos* y, en especial desde la Teoría Queer[25], se propone una tercera definición del concepto de género que incida en su carácter no binario. En este caso, se aboga por incluir en el análisis de la agenda europea exterior de género, el abordaje de las narrativas que, en el seno de dicha agenda, mantienen y reproducen unos discursos cis-heteronormativos que co-participan, junto a otros factores, en la (re)produción, ampliación o reducción no sólo de las desigualdades de género, sino también de las que atraviesan a quienes construyen sus identidades sexuales desde parámetros que no son hegemónicos, como serían las personas lesbianas, gays, transexuales, transgénero, bisexuales, intersexuales, asexuales (LGTTBI+).[26]

En definitiva, estas tres diferentes lentes violetas, reflejo de la riqueza y variedad de los estudios feministas en Relaciones Internacionales, dificulta el análisis de nuestro objeto de estudio. Algo parecido ocurre con el concepto de "igualdad de género", cada día más presente en los discursos y prácticas de la UE, donde, con mucha frecuencia, es interpretado como igualdad formal y/o de oportunidades entre hombres y mujeres. No obstante, algunas voces sostienen que dicho principio obliga a la UE a remover los obstáculos estructurales que generan las desigualdades de género. Es más, en los últimos años,

---

25 En esta comunicación se denomina feminismos críticos a las escuelas feministas que han desafiado las asunciones hegemónicas dentro de los Estudios feministas y entre los que destacan los feminismos negros, africanos, decoloniales y poscoloniales, posestructuralistas, estudios feministas de seguridad, etc. RUBIO, L. & RUIZ-GIMÉNEZ, I., "Debates feministas en relaciones internacionales: de los enfoques resolución de problemas a los enfoques críticos" en GARCIA SEGURA, C. SANAHUJA, J.A., VERDES-MONTENEGRO, F.: *100 Años de Relaciones Internacionales: Una mirada reflexiva*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 297.

26 El concepto de heteronormatividad fue acuñado por Michael Warner en 1991, en una de las primeras obras de la denominada Teoría Queer para definir al patrón social dominante en torno a cómo se entiende por sexualidad, sexo biológico, identidad y roles de género, vínculos afectivos, amor, etc. RUBIO, L. & RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op.cit.* pp 310. Véase, también, SJOBERG, L., "Towards trans-gendering International Relations?", *International Political Sociology*, vol 6:4, 2012, pp. 337-354.

han surgido otras voces, procedentes de los feminismos del Sur Global, que abogan por interpretar dicho principio de forma relacional e interseccional[27]. Parten, para ello, del concepto de interseccionalidad, acuñado por la autora feminista negra Kimberlé Crenshaw en 1989[28] y reformulado con posterioridad por otras autoras feministas críticas con la finalidad de desvelar cómo las categorías de "hombres" y "mujeres" invisibiliza la compleja matriz de opresiones que, de forma interrelacionada y co-constitutiva, construye las identidades y ubica a las personas en diversas posiciones de privilegio o subalternidad, en función no sólo de su género/sexo sino también de otros ejes de discriminación como la clase social, la nacionalidad, el origen étnico, el color de piel, la religión, la edad (infancia, adolescencia, personas mayores), la orientación sexual e identidad de género, la discapacidad y/o diversidad funcional, etc[29].

En este caso, esta cuarta "lente violeta" analiza la política exterior europea como un espacio político-social en él que, en un ensamblaje complejo con otros espacios (globales, nacionales y locales), se reproduce, de forma singular y situada, esa compleja matriz de desigualdades sociales. Por ese motivo, al investigar sobre la agenda exterior europea de género, estas autoras hacen hincapié dichas desigualdades interrelacionadas, así como en quienes luchan contra dicha matriz dentro de dicha agenda.

Una última consideración previa relativa, en este caso, a la aproximación teórica-analítica aquí adoptada. Como puede apreciarse, se ubica en los Estudios Feministas en Relaciones Internacionales, incluyendo aportaciones de los feminismos "resolución de problemas" y de los feminismos *críticos*[30]. Sobre esta base, se enfatiza el análisis de los discursos de la política exterior europea, al entender que, como tienen una dimensión *productiva,* enmarcan y conforman las prácticas de las y los actores europeos. Además, se considera que ambos (discursos y prácticas) son claves en el proceso de conformación de la identidad (e intereses) de la UE, así como en su credibilidad y legitimidad a los ojos del resto de actores internacionales, así como dentro de las propias sociedades europeas.

Es importante señalar, por último, que esta obra adopta una aproximación *genealógica* y no pretende realizar un relato histórico lineal de la evolución de la agenda exterior europea de género. Aspira a estudiarla, por el contrario,

---

27 MUEHLENHOFF, H.L, DER VLEUTEN, V., y WELFENS, N., "Slipping off or Turning the Tide? Gender Equality in EU External Relations in Times of Crisis, *Political Studies Review*, 2021, p. 323.

28 CRENSHAW, W., "Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color", *Stanford Law Review*, vol 43. 1989, pp. 2141-1299.

29 Véase RUBIO, L. & RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op, cit.* o DE LIMA, G., "Feminismo y género en los Estudios Internacionales, *Revista Relaciones Internacionales*, vol 44, 2020, pp. 127-145.

30 Esta clasificación proviene de RUIZ-GIMENEZ, I., "Mujeres, Paz y Seguridad: controversias feministas en torno a la paz liberal" en GARCÍA SEGURA, C. (ed.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo,* Madrid, Tecnos, 2016, pp. 322-364.

como producto de un contexto histórico concreto (y cambiante) marcado por múltiples factores tanto globales como del proyecto europeo y/o de sus estados miembros, con el objetivo de desvelar las huellas de las concretas correlaciones de fuerzas que la han enmarcado y configurado a lo largo del tiempo, así como mostrar las visiones alternativas que han sido silenciadas o marginadas.

3. BREVE SEMBLANZA DE LA AGENDA EUROPEA EXTERIOR DE GÉNERO HASTA EL 2016

Como se señalaba anteriormente, la consagración de la igualdad de género en el Tratado de Ámsterdam (1997) como un valor fundamental de la UE, junto al "respecto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el estado del derecho y el respeto a los derechos humanos, incluido los derechos de las personas pertenecientes a minorías"[31], dará lugar al paulatino desarrollo de una agenda exterior de género propiamente europea. Con todo, es importante precisar que el impulso inicial se producía en el ámbito de las políticas laborales y sociales y en la Comisión Europea, extendiéndose posteriormente al resto de instituciones y políticas de la UE, debido, sobre todo, a dos factores. Primero, un contexto internacional favorable con varios hitos feministas: entre otros, la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), el Plan de Acción de Beinjing (1995), la ya mencionada Resolución 1325 del CS de la ONU, o, ese mismo año, la inclusión de la igualdad de género en los Objetivos de Desarrollo del Milenium (ODM). Segundo, el surgimiento en la UE de un `triangulo violeta´, es decir, una red formada por algunas funcionarias europeas (femócratas), expertas académicas y ONGs feministas[32], quienes con el apoyo de algunos estados miembros mas sensibles (en especial, los países nórdicos), conseguía, con muchas resistencias, crear una agenda de genero y extenderla entre los estados miembros y los países candidatos, quienes "difícilmente podían evitar adoptarla", al convertirse en condición para recibir fondos estructurales o dentro del proceso de ampliación[33].

---

31 Artículos 2, 3 y 21.1 del TUE, artículo21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

32 HOLLI, A. M., "Feminist triangles. A conceptual analysis", *Representation*, vol 44:2, 2008, pp. 169-185; WOODWARD, A. E, "Building Velvet Triangles: Gender and informal governance", en CHRISTIANSEN & PIATTONI, (eds.), *Informal governance and the European Union*, Londres, Edward Elga, 2003, pp. 76-93.

33 VERLOO, M., "Mainstreaming Gender Equality in Europe. A Critical Frame Analysis approach", *The Greek Review of Social Research*, vol 117, 2005, pp. 11-34, p.12.

3.1. La agenda europea de género en desarrollo hasta el 2016

Como hemos apuntado, fue en el seno de la cooperación europea al desarrollo donde, inicialmente, se concentraron los esfuerzos de un segundo "triangulo violeta" formado, en este caso, por expertas en el enfoque Genero en Desarrollo (GED), Ongs de cooperación y algunas femócratas de la Comisión Europea. Dicho triangulo presionaba a ésta última para que pusiera en práctica los compromisos adquiridos por la UE con el Plan de Acción de Beijing y los ODM[34]. Así, por ejemplo, conseguían la inclusión, de forma explicita, del principio de igualdad de género en los Acuerdos de Cotonou del 2000 que regulaban las relaciones bilaterales de la UE con 79 países de África, el Caribe y el Pacifico (ACP)[35], así como en otros documentos claves: entre otros, el Consenso Europeo para el Desarrollo del 2005 (actualizado, como veremos, en el 2017) y la Agenda para el Cambio del 2011[36]. Asimismo, lograban que se creasen varios instrumentos específicos: la Comunicación para la integración del factor de género en la cooperación europea (2001) y la de Igualdad de Género en la cooperación al desarrollo (2007), la Agenda para la Acción de los ODM (2008) o las Directrices sobre Violencia contra las Mujeres y Niñas y para combatir todas las formas de discriminación contra ellas (2008).

Otro hito importante en el accionar de este triangulo violeta será la aprobación del primer Plan de Acción de Género (1º PAG, 2010-2015), diseñado por la Comisión Europea con el objetivo, según Gill Allwood, de trasladar "a la práctica el por entonces ya consolidado compromiso a favor de la igualdad de género"[37]. Dicho Plan se aprueba en un año clave a nivel internacional: el 15º Aniversario de la Plataforma de Acción de Beijing, la Cumbre de Revisión de los ODM, el 10º Aniversario de la Resolución 1325. Se aprueba, asimismo, poco después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009) que, entre otras cuestiones, consagraba el principio de coherencia de políticas para el desarrollo, y establecía la complementariedad de las políticas de la UE y los estados miembros con el objetivo de cumplir con sus compromisos con la ONU[38].

Por último, es necesario recordar que el 1º PAG se aprobaba tres años después de que el Consejo Europeo reconociese la necesidad ir más allá de los

---

34 Según Helen O´Connel, fue, en realidad, tras la Conferencia de Beinjing cuando se adopta dicho compromiso. Veáse O´CONNEL, H., "Implementing the European Union gender action plan 2010-2015: Challenges and opportunities", *Overseas Development Institute*, marzo 2013, p. 6.

35 En el marco del Tratado de Roma de 1957 se crea el Fondo Europeo de Desarrollo (FED) para apoyar las relaciones de los países europeos con sus antiguas colonias en las regiones ACP.

36 ALLWOOD, G., "Gender Equality in European Union Development Policy in Times of Crisis", *Political Studies Review*, vol 18:3, 2020, pp 329-345, p. 333.

37 ALLWOOD, G., *op.cit.* p. 333

38 Este llamamiento del artículo 208 TFUE se complementa con el artículo 210 que refuerza la obligación de la UE y los estados miembros de coordinarse y concertar "sus programas de ayuda, también en el marco de organizaciones internacionales y de conferencias internacionales".

sectores sociales (incluida la cooperación) e integrar el enfoque de género en otras áreas, "tales como el crecimiento económico, el comercio, la inmigración, infraestructura, el medioambiente, el cambio climático, la gobernanza, la agricultura, los estados frágiles, la construcción de paz etc.", con la finalidad de que sean "coherentes con los objetivos de promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres"[39].

A pesar de todo ello, el 1º PAG (2010-2015) resultó ser una estrategia destinada sólo al ámbito de la cooperación que, según Gill Allwood, tuvo un éxito limitado como evidencian muchas evaluaciones internas y externas[40]. Con todo, reforzó la presión del triangulo violeta a favor de la integración del enfoque GED en las relaciones multilaterales y bilaterales del por entonces primer donante mundial[41], en un contexto internacional favorable por la aprobación, ese año, de la Agenda 2030.

En efecto, aunque no se puede realizar aquí un análisis detallado, es necesario resaltar algunas novedades de los ODS que, como veremos, inspirarán el 2º PAG (2016-2020) que, por entonces, se estaba elaborando. Primero, se consagra un nuevo concepto de desarrollo, más amplio y holístico puesto que, junto a la tradicional dimensión económica, se incluyen otras dimensiones: la política (gobernabilidad, paz, seguridad), la medioambiental (sostenibilidad), la social (educación, salud, etc.) y, de forma explicita, la de género. Hasta el punto de que, como ya se indicó, la Agenda 2030 adopta un compromiso "notable, integral y transversal" con la igualdad de género, convirtiéndolo en el ODS5 e incluyendo metas e indicadores sensibles al género en los demás ODS[42].

El segundo rasgo distintivo de la Agenda 2030 es un cambio de paradigma, al reconocerse que los desafíos medioambientales, la pobreza y la desigualdad (en especial, la de género) suponen un problema para todos, y no sólo para los países receptores[43]. Se universaliza, de esta forma, la agenda global del desarrollo que deja de circunscribirse a las relaciones Norte-Sur y pasa a extenderse a todos los países, impulsándoles a "localizar" los ODS en sus políticas. Un compromiso que la UE asumía oficialmente, convirtiendo la Agenda 2030

---

39 CONSEJO EUROPEO: Conclusiones de la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones exteriores del 2007 parr. 1-6

40 ALLWOOD, G., op. cit. p. 333.

41 La UE era por entonces uno de los principales donantes de la ONU y, entre el 2012 y 2015, aportó 38,9 millones de euros a los programas de la ONU-Mujeres en más de cincuenta países.

42 También se incluye en el ODS 16 la lucha contra los feminicidios y la violencia machista. Sobre ello, véase, RUIZ-GIMÉNEZ, I., 2019: "El ODS 16: Paz, Seguridad, Gobernanza y Desarrollo. ¿Diálogos y prácticas convergentes?, en ALFARO, M., *Agenda 2030. Claves para la transformación sostenible*. Madrid, Los libros de la Catarata-UAM, 2019, pp. 17-38.

43 Asamblea General de la ONU: Resolución de 25 de septiembre del 2015 "Transformar nuestro mundo: la Agenda para el Desarrollo Sostenible" (A/RES 70/1), parr. 4.

en la hoja de ruta de sus estrategias de desarrollo tanto en su seno como en su acción exterior.

La tercera novedad de los ODS es el principio de "no dejar a nadie atrás", considerado como la piedra angular de la nueva agenda y que, en opinión de ONU-Mujeres, sitúa a las mujeres en su centro, en especial, aquellas que enfrentan discriminaciones múltiples debido a su edad, clase social, diversidad funcional, orientación sexual o identidad de género, raza, origen étnico, nacional, religión, estatuto migratorio u otro tipo de condición[44]. Por ese motivo, algunas voces feministas conciben dicho principio como una palanca para introducir la perspectiva de la interseccionalidad en la agenda global del desarrollo y en las políticas de la UE[45].

Así lo interpreta el triangulo violeta europeo quien presiona para localizar la Agenda 2030 en el seno de la cooperación de la UE y en el resto de su acción exterior. Así, en marzo del 2016, se adopta un nuevo compromiso estratégico para la igualdad de género (2016-2019), donde se reconoce que es una "prioridad política para las relaciones exteriores europeas", asi como un valor importante en si mismo como por concebirse como "precondición esencial para la consecución de un desarrollo sostenible, inclusivo y equitativo"[46]. Se insiste, además, en el liderazgo de la UE como referente global en esta temática, estableciéndose tres objetivos: promover los derechos de las mujeres, impulsar la implementación global de los ODS, en especial, los relacionados con el género y reforzar el acervo comunitario en materia de igualdad en los procesos de adhesión.[47] Se apuesta, asimismo, por aumentar el peso de los fondos destinados a esta temática dentro de la AOD. Dichos fondos se habían multiplicaban por seis desde el año 2005, alcanzando, en el 2015, la cifra de 2,84 millones de dólares. Una tendencia alcista contraria a la de los estados miembros, incluida España, quienes, en ese mismo periodo, redujeron significativamente su AOD[48].

Hay que señalar que este compromiso estratégico, aprobado meses antes de la EGS, ya refleja algunos cambios discursivos. Por ejemplo, se justifica la agenda de género como "precondición para la paz y la seguridad en todo el mundo", y para "frenar el radicalismo y el extremismo, que denigran a las mujeres y violan sus derechos y su dignidad"[49]. Incorpora, asimismo, una

---

44 ONU-MUJERES, "*Hacer las promesas realidad: La Igualdad de género en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*", 2018. p. 31.

45 PINEDA, M., y VILADEVALL, L., "La Agenda 2030 con perspectiva de género", *Revista IDEES*, vol 49, p. 201.

46 COMISIÓN EUROPEA: *Compromiso Estratégico para la Igualdad entre mujeres y hombres*, 2016-2019, 2016, p.16.

47 COMISIÓN EUROPEA: *op. cit.* p. 31.

48 En el 2015 fueron de 208.284 millones de dólares frente a los 33.4511 millones del 2005.

49 COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.* p.16.

narrativa de "crisis", resaltando el momento convulso que atravesaba la UE debido a "recientes cambios socioeconómicos resultantes de la crisis económica, la rápida difusión de la tecnología digital, la inmigración y la integración afectan a la igualdad entre los sexos".

Sin embargo, antes de indagar sobre dichos cambios discursivos para valorar en qué medida se encuentran vinculados al viraje realista-pragmático, se abordan, de forma sucinta, los retos que, según los estudios feministas, afrontaba la "agenda europea de genero en desarrollo" en torno al 2015. En general, se reconoce que persistían disparidades importantes en su materialización práctica, identificándose varias causas[50]. Primero, la pervivencia de importantes resistencias internas, en especial, en los puestos directivos de la Comisión Europea y, a partir del 2009, del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE). Segundo, la constatación de que, en ambas instituciones, las cuestiones de género eran más un "apéndice" (*addendum*) que un elemento esencial de su actuación[51]. Ello explica, en tercer lugar, la ausencia de esta temática en los diálogos políticos con los países ACP y no sólo en asuntos claves (comercio, energía, transporte), sino incluso en los diálogos sobre derechos humanos.[52]

Una segunda línea de investigación centra su reflexión en otros tres aspectos. Primero, la restrictiva interpretación de los conceptos de "género" e "igualdad de género" imperantes en la cooperación europea, destacando como, con mucha frecuencia, significaban añadir mujeres y agitar, esto es, se promovía su inserción en sus políticas y programas, pero no transformar las lógicas patriarcales existentes[53]. En efecto, una de las críticas reiteradas desde los enfoques feministas es el predominio en la cooperación europea (e internacional) de discursos y prácticas patriarcales y cis-heteronomativas que (re) producen múltiples desigualdades, incluidas las de género, tanto en su seno como en las relaciones de la UE con otros países y en el contexto global.

A este respecto, algunas autoras feministas constatan el surgimiento paulatino dentro de la cooperación europea (y/o en la Agenda 2030), de una narrativa que interpreta el genero no como un fin en si mismo, sino como instrumento para, desde un enfoque neoliberal, mejorar la eficacia y efectividad de las políticas de desarrollo o para erradicar la pobreza. [54] Y de esta forma, se silencia las causas estructurales que impiden, por ejemplo, el empoderamiento

---

50 ALLWOOD, G., *op cit. pp.* 333, DEBUSSCHER, P., y MANNERS, I., *op. cit.* p. 545.

51 BARGUÉS-PEDRENY, P., y MARTÓN DE ALMAGRO, M., "Prevention for Afar: Gendering Resilience and Sustaining Hope in Post-UNMIL Liberia", *Journal of Intervention and Statebuilding*, 14:3, 2020, pp. 327-348.

52 ALLWOOD, G., *op cit.* p. 333.

53 RUBIO, L., DE LIMA GRECCO, G., y RUIZ-GIMENEZ, I., *op. cit.* p. 13

54 HAASTRUP, T., WRIGHT, K., y GUERRINA, R., "Bringing Gender In? EU Foreign and Security Policy after Brexit? *Politics and Governance*, vol 7:3, 2019, pp 62-71, p. 66.

económico de las mujeres o que las empobrece[55] y que, como se ha señalado en otros lugares, "no son exclusivamente endógenas a los países del denominado Sur Global, sino que guardan estrecha relación con el modelo socioeconómico imperante a nivel global y en Europa, el capitalismo neoliberal".[56] Un modelo que, a pesar de su carácter desigual, injusto y antiecológico, ha sido promovido activamente por la cooperación europea desde su origen.

En tercer lugar, desde la literatura feminista pos(de)colonial, se subraya que los discursos, prácticas y lógicas que imperan en la cooperación de la UE y, en el resto de la acción exterior europea, además de neoliberales y patriarcales, son también, de forma entrelazada y co-constitutiva, coloniales y racistas, coparticipando en el proceso de construcción de la identidad exterior europea, como se verá posteriormente[57].

Pero antes, es preciso mencionar una cuarta línea de investigación feminista que incide en la acrítica inserción de las cuestiones de género en una cooperación europea que, como señalan los enfoques *críticos*, presenta incoherencias y dobles raseros debido a la presencia, en su seno, de objetivos diferentes a la promoción del desarrollo, los derechos humanos o la igualdad de género. Dichos objetivos no tan explícitos responden a otras agendas europeas: entre otros, intereses extractivos, pesqueros, agrícolas, farmacéuticos, armamentísticos, geopolíticos, de seguridad[58].

En este sentido, desde los Estudios de Críticos de Seguridad (ECS), se ha constatado cómo, durante la década de los 2000, la cooperación europea se convertía en escenario de controversias discursivas en torno al nexo seguridad-desarrollo, triunfando la narrativa promovida a nivel global por EE. UU. Dicha narrativa, como se analiza con más detalle en otro lugar[59], reconstruye en clave de amenazas de seguridad, problemáticas como el subdesarrollo, la conflictividad armada o la fragilidad estatal[60], de forma que, mucho antes de mediados de los 2010, se justificaba la reorientación de la AOD europea hacia ciertos países, temáticas y sectores con la finalidad de que colaborasen en la lucha contra el terrorismo, el control migratorio, etc. Esta reorientación se hizo, como nos recuerdan Mark Furness y Stefan Gánzle, en detrimento de los ODS o los derechos humanos y, como veremos, se acentuaba en la última

---

55 MUEHLENHOFF, H.L., "Victims, soldiers, peacemakers and caretakers: the neoliberal constitution of women in the EU Security Policy", *International Feminist Journal of Politics*, vol 19:2, pp. 153-167, p. 155.

56 RUBIO, L., DE LIMA GRECCO, G., y RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.* p. 14.

57 STERN, M, "Gender and Race in the European Security Strategy. Europe as a "Force for good", *Journal of International Relations and Development*, vol 14, pp. 28-59.

58 JÄGER, J., y ROITHNER, T., "The EU as an International Player: Promoting Stability and Development? en WÖHL, S., et al. (eds), *The State of the European Union*, Staat Nation, 2020, pp. 175-193.

59 RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.* 2019, pp. 23-24

60 DUFFIELD, M., *Development, Security and Unending War*, Londres, Polity, 2007.

década.[61] Pero antes, se emprende el análisis del otro ámbito de la política exterior europea objeto de este capítulo.

3.2. La agenda europea de género de construcción de paz antes del 2016

Como ya se apunto al inicio, las cuestiones de género se incorporaban en la construcción de paz europea a finales de la década de los 2000. Aunque ésta última inicia su andadura a mediados de los noventa y a raíz de la guerra de los Balcanes, adquiere mayor relevancia a partir del Tratado de Lisboa. A partir de entonces, pasa a convertirse en una prioridad de la PCSD, destinándose numerosos esfuerzos (humanos, económicos y materiales) a la creación de una arquitectura de paz y seguridad europea (APSE). Se desplegaban, asimismo, 36 misiones civil-militares en tres continentes y numerosos programas: entre otros, de reforma del sector de seguridad (RSS), Desarme, Desmovilización, Desmovilización y Reintegración de Excombatientes (PDDR) o de gobernabilidad democrática.

Sin embargo, existe cierto consenso académico sobre el "amplio margen de mejora" que, a mediados de los años 2010, tenia la APSE, con graves problemas de fragmentación, coordinación, coherencia, eficacia y efectividad. Se identificaban, asimismo, dos fases en su evolución: una inicial, entre la Guerra de los Balcanes y la EES del 2003, en la que se apostaba por apoyar la construcción nacional-estatal con programas combinados de gobernabilidad democrática, desarrollo y seguridad y, una segunda, más expansionista que culminaba con la adopción del enfoque integrado (*Comprehensive Approach*) en el 2013[62], y en la que se priorizaba el envío de misiones civil-militares focalizadas en la RSS. Se sostenía, por último, que, a lo largo de ambas fases, se había perfilado un modelo de CP *suis generis*, propiamente europeo[63].

No obstante, es necesario precisar que existía cierto disenso con relación a qué era lo que distinguía a la UE de la ONU, EE. UU u otras grandes potencias, existiendo, según Michael Natorki[64], tres posturas. Para la primera el modelo europeo presentaba rasgos de la ´paz posliberal´[65], dado su fuerte compromi-

---

61 FURNESS, M. Y GÄNZLE, S., "The European Union´s Development Policy: A Balancing Act between ´A more Comprehensive Approach´ and Creeping Securitization" en BROWN, S. y GRÄVINGHOLT, J., *The securitization of foreign aid*, Palgrave, pp 138-152, p. 139.

62 FARIA, F., "What EU comprehensive Approach? Challenges for the EU action plan and beyond", *Briefing Note*, 7, European Centre for Development Policy Management, 2014. Pp. 3.

63 Se trata de un modelo que, a través del envío de una misión internacional estabilizar militarmente el país, reconstruir el estado, consolidar la democracia e impulsar la economía de mercado DUFFIELD, M., *Las nuevas guerras en un mundo global*, Catarata, Madrid, 2004.

64 NATORSKI, M, "The European Union peacebuilding Approach: Governance and Practices of Instrument for Stability", Peace Research Institute Frankfurt, 2011, pp. 3.

65 Esta idea de los Estudios Críticos de Paz, entiende la paz como "transformación de los conflictos", abordando sus causas estructurales y prestando atención a las dimensiones locales,

so normativo con la apropiación local, los derechos humanos y la igualdad de género. Aspecto que cuestionaban otros autores, resaltando como el modelo europeo no buscaba atajar las causas estructurales de la conflictividad armada, ni abordaba cuestiones de justicia social. Por ello, percibían dicho modelo europeo como otra variante de la ´paz liberal´, más "sofisticada y relevante localmente" que la variante ortodoxo-liberal, dominante durante los noventa y la conservadora-realista, hegemónica en la década posterior.[66] Aún así, esta segunda postura coincidía en la singularidad europea descansaba en su mayor énfasis discursivo en los mencionados valores normativos. Una postura con la que disiente un tercer sector doctrinal, minoritario, que considera que dichos valores han ocupado siempre un papel marginal en el modelo europeo desde su inicio.[67]

Al hilo de esta controversia académica, desde los estudios feministas, se resaltaba la tardía, débil y deficiente incorporación de las cuestiones de género en la APSE. Se incide, primero, en que la recepción oficial de la Agenda MPS no se produce hasta el año 2008, cuando se adoptaba el "Planteamiento Global de la UE sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas" (considerado un Plan de Acción Regional) y el "*Implementation of UNSCR 1325 as reinforced by UNSCR 1820 in the context of ESDP*". Se destaca, igualmente, que ambos instrumentos son anteriores a ocho (de las diez) resoluciones del CS sobre MPS y que, por tanto, no reflejan su evolución posterior[68]. Se cuestiona, en tercer lugar, que ambos instrumentos se focalizan en las relaciones bilaterales con terceros países, incorporando dicha Agenda en los diálogos políticos o impulsando acciones específicas para proteger, apoyar y empoderar a las mujeres de esos países, siendo mucho menor su énfasis en transformar la propia política europea. De esta forma, reflejan y reproducen las visiones dominantes en la Agenda MPS, pero también en el contexto europeo, que, como ya se ha apuntado, interpretan el "género" como "mujeres y niñas" y la "igualdad de genero" como añadir mujeres y agitar.

Desde los estudios feministas *críticos* se recuerda que, como ocurre con la Resolución 1820 del CS, en la UE predominaba, por entonces, una interpretación restringida de la violencia contra las mujeres, conceptualizándola

---

incluidas las agendas de los actores locales. RICHMOND, O, BJÖRKDAHLB, A., y KAPPLER, S., "The emerging peacebuilding framework: confirming or transcending liberal peacebuilding?", *Cambridge Review of International Affairs*, 24:3, 2011; PÉREZ DE ARMIÑO, K. y ZIRION, Z., *Pax Crítica. Aportes teóricos a las perspectivas de paz postliberal*, Madrid, Tecnos, 2019.

66 NATORSKI, M., op. cit. p. 13

67 IÑIGÜEZ DE HEREDIA, M., "EU peacebulding´s new khali: Exceptionalist militarism in the trading of good governed for military-capable states" *Politics*, 2020, pp. 1-20

68 A lo largo de las últimas décadas, el CS ha adoptado diez resoluciones MSP: 1325/2000, 1802/2008, 1888/2009, 1889/2009, 1960/2010, 2106/2013, 2122/2013, 2242/2015, 2493/2019.

exclusivamente como violencia sexual como arma de guerra y, de esta forma, silenciando otras formas de violencia machista, incluida la realizada por integrantes de las misiones internacionales, incluidas las europeas.[69] Se cuestiona, asimismo, la invisibilidad de la violencia ejercida contra hombres y niños o la producida contra las personas LGBTI+.[70]

En este sentido, desde esta línea de investigación posestructuralista, se denuncia cómo la narrativa hegemónica refuerza la reconstrucción identitaria de las mujeres como víctimas, vulnerables, o en palabras de Cyntia Enloe, como *bellas almas desvalidas* necesitadas de protección[71]. Y de esta forma, la Agenda MPS y la agenda europea reproducen la división sexual de la guerra y, de esta forma, se debilita la agencia de las mujeres como actoras, combatientes, constructoras de paz y un largo etcétera[72].

A pesar de esta controversia académica, dos años después, se aprobaba el 1º PAG (2010-2015) en el que, de nuevo, se resaltaba el liderazgo de la UE en la promoción global de la Agenda MPS y su compromiso de apoyar su implementación en sus países socios, en especial, la creación de planes nacionales. Sin embargo, a mediados de los 2010 y durante la elaboración del 2º PAG (2016-2020), las instituciones europeas reconocían un deficiente desarrollo de la agenda europea de genero. Desde el feminismo liberal-institucionalista se resalta la debilidad del triangulo violeta europeo hacer avanzar dicha agenda en los temas de seguridad y defensa, provocada, según Roberta Guerrina y Katharine Wrigh, por el escaso número de femócratas en el SEAE y la APSE, en especial, en puestos de responsabilidad. Así, por ejemplo, en el año 2014, sólo había 3 mujeres entre los 28 puestos directivos del SEAE (11%), lo cual sería, en si mismo, un incumplimiento de la Agenda MPS por parte de la UE. Es más, en su opinión, "con demasiada frecuencia los progresos de la UE" en esta temática, se deben a "un pequeño grupo de personas comprometidas, pero no se sustentan en compromisos políticos e institucionales al máximo nivel".[73]

Con todo, Roberta Guerrina y Katharine Wrigh entienden que la debilidad de dicho triangulo violenta se debe, a su vez, a que las organizaciones feministas europeas "no han replicado el éxito que han tenido" internamente[74]. En

---

69 Sobre esta controversia, véase, RUIZ_GIMENEZ, I., op. cit. 2016, p. 342.

70 DAVIS, L., "Women, Peace and Security: Adrift in Policy and Practice", *Feminist legal St*udies, vol. 27, pp 95-107, p. 99.

71 ENLOE, C., *Bananas, Beaches and Bases: Making feminist sense of international politics*, Berkeley, U. California, 2014.

72 RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.* 2016, p. 351.

73 GUERRINA, R., y WRIGHT, A.M., *op.cit.* pp 302-3; GUERRINA, R., CHAPPELL, L. y WHIGHT, K., "Transforming CSDP? Feminist triangle and Gender Regimens", *Journal of Common Market Studies*, nº 5, pp. 1036-1052. 2018.

74 GUERRINA, R., y WRIGHT, A.M., *op.cit.* pp. 299-300.

este sentido, constatan la escasa prioridad de la Agenda MPS en la agenda del Lobby Europeo de Mujeres y sus escasos vínculos con la principal plataforma de ONGs dedicada a los temas de seguridad y defensa, la Oficina Europea de Enlace para la Construcción de Paz (*European Peacebuilding Liaison Office*), si bien reconocen que, aunque esta última no es una plataforma feminista, sí ha seguido dicha agenda de forma puntual[75]. Mayor implicación habría mostrado, en su opinión, el Parlamento Europeo y, en concreto, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (FEMM) y los subcomités de seguridad y defensa (SEDE) y de Derechos Humanos (DROI)de la Comisión de Asuntos Exteriores, a pesar de que, en estos temas, sólo tienen una función consultiva. Mencionan, en concreto, un informe del DROI del 2010 que identifica importantes brechas institucionales y políticas en la agenda europea: entre otras, la escasa implicación de los estados miembros en el *Informal Task Force on UNSCR 1325*, salvo los casos de Suecia, Bélgica y, en menor medida, Alemania y Holanda. Un dato que, para estas autoras, "muestra el papel marginal del género en la política exterior europea y el fracaso de la transversalización en producir cambios en los ámbitos políticos menos asociados tradicionalmente a las cuestiones de género"[76]. Una crítica reiterada por otras autoras que identifican una disyuntiva clara entre la retórica de la UE como "promotora global" de la igualdad de género y la forma en que, mucho antes del 2016, integraba dicho principio en sus políticas de seguridad y defensa[77].

4. IMPACTOS DEL GIRO REALISTA-PRAGMÁTICO EN LA AGENDA EXTERIOR EUROPEA DE GÉNERO

Tal y como se mencionó en la introducción, un importante sector doctrinal sitúa en la EGS (2016), la cristalización del viraje realista-pragmático que, según José Antonio Sanahuja y Francisco Verdes-Montenegro, implicaba una "visible erosión de la posición normativa de la UE y de su fatiga intervencionista", así como una nueva identidad exterior de la UE, la del pragmatismo basado en principios, entendido como "un término medio entre el (anterior) idealismo universalista y cosmopolita y el "realismo descarnado" de las otras potencias" [78].

Desde entonces, mucho se ha debatido sobre este giro. Un sector doctrinal investiga sobre los impactos del nuevo principio-guía, la resiliencia, en el despliegue europeo en África, "cuya fragilidad" amenazaría, según la EGS, sus

---

75 Véase los objetivos y actividades de EPLO aquí.

76 GUERRINA, R., y WRIGHT, A.M., *op.cit*, pp. 304-5.

77 DEBUSSCHER, P. y MANNERS, I., *op. cit.* p. 545.

78 SANAHUJA, J.A., y VERDES-MONTENEGRO, "Estrategias de seguridad y desarrollo: discursos securitarios en la Unión Europa, Estados Unidos y España". *Anuario Ceipaz*, 2018, pp 75-76.

"intereses vitales"[79], inquiriendo sobre los impactos de la apuesta estratégica de la UE a favor de las organizaciones africanas de seguridad[80], las dos estrategias regionales[81], el instrumento de la UE en pro de la Estabilidad y la Paz (2014-2020), convertido en el año 2021 en el Fondo Europeo de Apoyo a la Paz, las misiones PSCD[82], o el aumento exponencial de la AOD europea y las relaciones comerciales con dicha región[83].

Todos estos cambios llevaban a Esther Barbe y Pol Morillas a identificar una tercera etapa en la andadura de la APSE, de reconfiguración en la que se habría producido un doble y paradójico proceso: una fuerte reorganización institucional y un creciente proceso de politización y contestación interna[84]. Otras autoras, por el contrario, focalizan su investigación en cómo los nuevos discursos (resiliencia, pragmatismo, etc.), han afectado a las misiones PSCD, reorientándolas, más si cabe, hacia la RSS, esto es, la capacitación (*capacity-building*) de las fuerzas de seguridad de los estados africanos, adoptándose incluso una nueva regulación, la *Capacity-Builiding for Security and Development (CBSD)*[85]. Así, mientras María Martin de Almagro aborda el estudio, desde un enfoque feminista, de los programas de justicia transicional, Marta Iñiguez de Heredia indaga sobre el creciente militarismo excepcionalista de las misiones europeas que "reproduce la violencia y fortalece la posición de militares y policías acusados de violaciones de derechos humanos, *vis á vis* con las y los actores civiles" [86]. Por su parte, Marijn Hoijtink y Hanna Muehlenhoff inciden en el fortalecimiento en la PESD de un tipo de masculinidad militarista, emprendedora y cisheteroronomativa[87] y dicha cultura estaría, a su vez, reforzando el poder dentro de la APSE de los ministerios de defensa e interior de los estados miembros, así como del negocio de la seguridad y la industria armamentística. Todo ello ha derivado, a su vez, en un aumento exponencial de los presupuestos de seguridad y defensa, en un contexto europeo de crisis

---

79 COMISIÓN EUROPEA: EGS, 2016, pp. 17-18.

80 La *Trans-Sahara Counter-Terrorism Partnership* -TSCTP-, la fuerza de reserva africana, el Grupo de los 7 -UFL-, el G-5 Sahel, el centro de lucha antiterrorista -CEN-Sad-, el G-5 Sahel, o la UA.

81 *Estrategia Europea de Seguridad y Desarrollo en el Sahel, el New Regional Action Plan for the implementation of the EU Strategy for the Sahel* y *la Estrategia Europea para el Cuerno de África*

82 EUCAP Sahel Mali, EUCAP Sahel Níger, EUTM RCA, EUTM-Mali (en el Sahel), y EUCAP Somalia, EUTM Somalia y EU Navfor Somalia (en el Cuerno de África)

83 En el marco de *Joint African-EU Strategy o* el *Africa-UE Dialogue*.

84 BARBÉ, E., y MORILLAS, P., "The EU global strategy: the dynamics of a more politicized and politically integrated foreign policy", *Cambridge Review of International Affairs*, vol 32:3, pp 1-18; BENDIEK, A., "A Paradigm Shift in the EU´s Common Foreign and Security Policy…", *SWP Research Paper*, vol 11, Berlin, 2017.

85 TOCCI, N. "Resilience and the role of the European Union in the World". *Contemporary Security Policy*, vol 41, 2020:2.

86 IÑIGÜEZ DE HEREDIA, M., *op., cit.* 2020a, p. 8

87 "The European Union as a Masculine Power: European Union Security and Defense Policy in "times of Crisis", *Political Studies Review*, 2020, vol 18:3, pp. 362-377, pp. 369-70

existencial y de fuertes recortes presupuestarios en otras políticas europeas: sociales, laborales, educativas, sanitarias[88].

Otro sector doctrinal ha centrado sus reflexiones, por el contrario, en la relación entre el nuevo principio-guía (la resiliencia) y los valores nucleares de la acción exterior europea, cuya consagración normativa había cimentado el relato imperante sobre la singularidad europea. Un sector minoritario mantiene que dicho principio no implica su abandono, sino más bien al contrario, al constatar como la propia EGS (2016) insiste en ello, defendiendo, por ejemplo, que "el núcleo de un estado resiliente es una sociedad resiliente en la que se den la democracia, la confianza en las instituciones y el desarrollo sostenible".[89] Constatan, además, como los subsiguientes Consejos Europeos revalidaban el compromiso europeo con los derechos humanos, la democracia o, como reflejan las Conclusiones del Consejo de junio del 2019, el multilateralismo basado en normas, considerado esencial para que "proteja el patrimonio común universal, fomente los bienes públicos colectivos y aporte beneficios a los ciudadanos en Europa y el mundo entero".[90]

Sin embargo, un segundo sector doctrinal sostiene que el nuevo principio-guía implica, en palabras de Pol Baragués-Pedreny, una "reinterpretación de la actuación europea a favor de la democracia y los DDHH", puesto que dejan de concebirse como fines en sí mismos para entenderse como medios para promover la resiliencia.[91] Otros autores han ido, incluso, más lejos, defendiendo que han sido sustituidos por el nuevo referente[92]. Este último habría cimentado la reconversión discursiva, en clave de amenazas de seguridad, de las nuevas prioridades estratégicas: migraciones, extremismo violento, cambio climático o la pandemia[93] y también habría acentuado la centralidad de los temas de seguridad y defensa y, en concreto, de las misiones PCSD, así como su reorientación geográfica hacia "los países de origen y tránsito de migrantes

---

88 KLATZER, E., y SCHLAGER, C., "Losing Grounds: masculine-Authoritarian Reconfigurations of Power Structures in the European Union", en WÖHL, *et. Al.* (eds.), The State of the European Union, Staat Nation, 2020, pp. 45-75. P. 54.

89 COMISION EUROPEA: *op. cit.* 2016, p. 18.

90 Se debatió sobre la implementación de la Estrategia Global de la UE, se aprobó un Plan de acción para la aplicación del Pacto sobre la Vertiente Civil de la PCSD y unas Conclusiones disponibles aquí.

91 BARGUÉS-PEDRENY, P 'Resilience is "always more" than our practices..' *Contemporary Security Policy*, 41(2), 263-28, 2020; BARGUÉS-PEDRENY, P., "Peacebuilding without peace? On how pragmatism complicates the practice of international intervention", *Review of International Studies*, vol 46:2, 2020, pp. 237-255.

92 JUNCOS, A., "Resilience as the new EU foreign policy paradigm: A pragmatism turn? *European Security*, vol: 26:1, 2017

93 RHINARD, M., "The crisification of policy-making in the European Union.", *Journal of Common Market Studies*, vol 57:3, 2019, pp. 616-633. Propone ese término al cubrir una función similar pero evita reforzar el discurso de seguridad desde la academia, al no sugerir implícitamente la necesidad de una respuesta militar o de seguridad.

y refugiados"[94]. Hasta un nivel tal que el nuevo marco financiero multianual (2021-27) pasaba a fijar el crecimiento de fondos del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y la Cooperación en un 11%, a diferencia de los fondos destinados a las cuestiones migratorias que aumentan un 207% y, sobre todo, los temas de seguridad y defensa que se disparan en un 1138%[95].

Los impactos de todo ello en la agenda exterior europea de género han sido objeto, a su vez, de debate académico, exponiéndose, a continuación de forma sucinta, algunos de sus conclusiones. Es preciso aludir, en primer lugar, a las autoras de feminismo liberal-institucionalista y del feminismo constructivista, quienes, a pesar de sus distintos enfoques científicos, coinciden en constatar avances en dicha agenda en los últimos cinco años. A este respecto, mención específica les merece el renovado compromiso europeo con la igualdad de genero en la EGS (2016)[96], el Consenso Europeo sobre el Desarrollo (2017), la Estrategia para la Igualdad de Género (2020-25) la Estrategia del SEAE en material de igualdad de género (2018-2023), el 2º PAG (2016-2020) y el recientemente aprobado 3º PAG (2021-2025), el nuevo enfoque estratégico sobre MPS (2018) y el Plan de Acción de la UE sobre las MPS (2019-2024). Reconocen, asimismo, avances institucionales como la creación del *Principal Advisor on Gender and UNSCR 1325*(2015)[97], el refuerzo del *Informal Task force*, así como valoran positivamente la insistencia discursiva de la UE como referente global en esta temática.

Convienen, en segundo lugar, en consignar ciertos progresos discursivos. Apuntan, por ejemplo, a la extensión de los dos PAG a toda la acción exterior y la inclusión de metas novedosas como los derechos socioeconómicos de las mujeres y niñas, al considerar que amplían la agenda europea más allá de la participación y la lucha contra la violencia machista[98]. Valoran, asimismo, la inclusión de referencias explicitas a la interseccionalidad, si bien reconocen que se trata de un avance limitado y más bien un "aditivo" discursivo[99].

No obstante, ambas escuelas constatan, en tercer lugar, cómo la agenda exterior europea de género sigue siendo parcial, dispersa e inadecuada[100]. Aspecto que reconocen los propios PAG y, en especial, la Resolución del Par-

---

94 COMISION EUROPEA: *op. cit.* 2016, pp. 21-22.

95 IÑIGÜEZ DE HEREDIA, M., *op., cit.* 2020, p. 5.

96 HAASTRUP, T., WRIGHT, K., y GUERRINA, R., *op., cit.* P. 66.

97 La embajadora sueca, Mara Marinaki ocupa este puesto, encargándose de mejorar la coordinación inter-agencias y con otros actores para implementar la Agenda MPS.

98 JAYASUNDARA-SMITS, S., "EU and gender-security sector reform in Ukranie and Mali: a picture in worth dozens of policies!", *European Security*, 30:1, 2021, pp. 85-111.

99 BEIER, F., y ÇAGLAR, G., "Depoliticising Gender Equality in Turbulent Times: The case of the European Gender Action Plan For External Relations", *Political Studies* Review, vol 18:3, pp. 558-575.

100 ALLWOOD, G, *op. cit.* pp 334-5. Ejdus, F. & Juncos, A. "Reclaiming the local in EU peacebuilding…", *Contemporary Security Policy*, n 39:1, 2018

lamento Europeo de 23 de octubre del 2020. Tras alertar del retroceso de la Agenda MPS debido a la pandemia del Covid19 y del aumento de las desigualdades de género a nivel global, dicha Resolución advierte que persisten grandes dificultades en la "traducción del compromiso político… en acciones" [101], por lo que recomienda la puesta en práctica del 2º PAG para "crear un cambio sistémico en la forma en que la Unión aborda el principio de igualdad de género, así como para transformar la vida de las mujeres y niñas"[102]. En este sentido, exhorta para que se subsanen las deficiencias identificadas: la inadecuada alineación con los ODS, la escasa integración de la perspectiva de género en los diálogos estratégicos o en los presupuestos, la necesidad de aumentar significativamente el compromiso de los dirigentes europeos y de crear una arquitectura institucional adecuada para "motivar, apoyar y formar al personal"[103]. Además, denuncia que "las mujeres siguen muy infrarrepresentadas y subestimadas en… los procesos decisorios, inclusive en el ámbito de la política exterior y de seguridad tanto en la Unión como en el resto del mundo"[104], así como los escasos avances para integrar "las acciones de género en el 85% de las nuevas iniciativas"[105].

La investigación de los estudios feministas *críticos,* por su parte, se ha focalizado en las narrativas imperantes en la agenda exterior europea de género. Algunas autoras ubicadas en los ECS, hacen hincapié en la consolidación de discursos securitizados o, como alguna autora prefiere denominarlos, *crisificados* y los efectos de retratar, como hace la UE, sus nuevas prioridades (migraciones, extremismo violeto, cambio climático, pandemia, etc.), en palabras de Barry Buzan, "como amenazas existenciales que requieren la adopción de medidas urgentes y excepcionales, justificándose acciones que exceden los límites normales de los procesos políticos".[106] Se denuncia, en concreto, como los dirigentes europeos han reorientado a la UE, incluido a su cooperación, hacia el fortalecimiento de las fuerzas de seguridad de los estados de su Vecindad Sur con el objetivo de que ayuden a Europa en el control migratorio, la lucha contra el extremismo violento o el afrontamiento de la andemia[107]. De esta forma, tal y como había ocurrido antes, los dirigentes europeos han

---

101 Resolución (2019/2167(INI), sobre la igualdad de género en la Política Exterior y de Seguridad de la Unión disponible aquí.

102 Resolución (2019/2167(INI), parr. K.

103 Resolución (2019/2167(INI), parr. L.

104 Resolución (2019/2167(INI), parr. O. "En el SEAE, los hombres copan el 75% de los puestos directivos intermedios y el 87% de los altos cargos directivos". Por su parte, en el CSDP, solo hay una mujer, ocupando los 43 puestos de máximo nivel. KLATZER, E., y SCHLAGER, C., op. cit. p. 61.

105 Resolución (2019/2167(INI), parr. M, donde se dice que "en el 2018 solo entre el 55% y el 68% de los nuevos programas integran la dimensión de género".

106 BUZAN, B., WAEVER, O., DE WILDE, J., *Security. A New Framework for Analysis.* Londres, Lynner Rienner, 1998: 23-24. RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, pp. 19-23.

107 ALLWOOD, G, *op. cit.* pp 330-334.

continuado instrumentalizando los valores europeos (coherencia de políticas, desarrollo, derechos humanos, igualdad de género)[108]. Habrían, asimismo, empujado la agenda europea de género, más si cabe, a los márgenes de la acción exterior. No sólo ha pedido perder peso en la cooperación, continua siendo un aditivo en la APSE y sigue ausente en otras áreas claves: comercio, energía, migraciones, cambio climático, etc.

Otras autoras feministas (posestructuralistas y pos(de)coloniales) han centrado su investigación, por su parte, sobre la propia agenda europea de género[109]. Han analizado, por ejemplo, sus discursos (e imágenes) para indagar qué cambios (o no) se han producido, que narrativas predominan y qué nos dicen en torno a las visiones sobre la masculinidad (o masculinidades), la feminidad (o feminidades) o lo cis-heteronomativo, imperantes. Para ello han estudiado tanto los instrumentos adoptados en los últimos años como la praxis europea (las misiones PSCD, y los programas de cooperación, etc.) constatando como están reconfigurando (o no) la identidad exterior europea como potencia normativa, civil y promotora global de las cuestiones de género. En concreto, se destacan, a continuación, tres de sus conclusiones.

En primer lugar, su critica al relato de que "los europeos vienen de Venus" (diosa del amor) que, como se apuntó al inicio, popularizaba Robert Kaplan a mediados de los 2000. Se sostiene, por el contrario, que Europa también viene de "Marte" y que desde su inicio su identidad se ha conformado en torno a una masculinidad militar benigna y civilizada. Dicha identidad se construye, discursivamente, en contraposición a otras feminidades y masculinidades no europeas (ni occidentales) que, a su vez, son retratadas por la UE como su *alteridad* u *otredad*. Y, así, a través de códigos discursivos racistas, coloniales y patriarcales, se fundamenta un sentimiento de superioridad europea, clave para cimentar una identidad común dentro de Europa, así como se reproduce, aunque transformada, la longeva lógica civilizatoria de la *pesada carga del hombre* (europeo) *blanco*[110].

Es importante precisar que, en mi opinión, la identidad exterior europea estaría conformada, en realidad, a partir de un cuadrilátero identitario, veterano a la par que contingente y situado en el tiempo y espacio, con cuatro vértices formados por la(s) masculinidad(es) y feminidad(es) europeas, desdobladas en hegemónicas y subalternas versus la(s) masculinidad(es) y feminidad(es) no europeas, o mejor dicho, no blancas u occidentales que, a su vez, se desdoblan en dominantes y subordinadas.

El primer vértice giraría en torno a las políticas del nombramiento y la representación de las mujeres no europeas (musulmanas, africanas, indígenas,

---

108 JAYASUNDARA-SMITS, S., *op.cit.* pp. 99-102.
109 MUEHLENHOFF, H.L., *et. al*, *op. cit.*, 2021, p. 323, RHINARD, M., *op. cit.* pp. 625-27.
110 STERN, M, *op. cit.* p. 39.

latinas, migrantes, refugiadas etc.) retratadas sistemáticamente en los discursos de la UE como víctimas, vulnerables, sumisas, débiles o madres. Además, vivan o no fuera de Europa, estas feminidades subalternas son localizadas discursivamente, como señala Annica Kronsell, "en lugares donde hay conflictos armados, (o sus) derechos humanos no son respetados" y por tanto, en urgente necesidad de protección[111].

Su (re)presentación en los discursos y prácticas de la UE se entrelaza, en segundo lugar, como espejos invertidos, con otro de los vértices del cuadrilátero, el de la(s) feminidad(es) europeas que son representadas de dos formas: por un lado, como una feminidad activa, moderna, liberada, progresista, en especial, cuando se las representa desplegadas fuera de Europa, como soldados, cooperantes, humanitarias o constructoras de paz; y, por otro lado, como una feminidad vulnerable, necesitada de protección frente a unas amenazas que, en los discursos europeos, suelen proceder del exterior de Europa, nunca del interior o de los hombres europeos, blancos u occidentales.

La interrelación de estos dos vértices coparticipa, a su vez, en la reproducción del tercer vértice identitario, él de las masculinidades no europeas, o mejor dicho, no occidentales, no blancas, no cristianas, un ángulo que ocupa una posición clave en el cuadrilátero[112]. En efecto, en los discursos (y, por tanto, en las prácticas que producen) se retrata, de forma insistente, a esas otras masculinidades como altamente violentas, erráticas, agresivas, machistas o, incluso, bárbaras[113]. Se reproducen, así, unos códigos discursivos que, aunque son particularmente intensos en la PCDS, predominan en toda la política exterior europea. Es más, existen muchas evidencias de cómo dichas masculinidades son representadas, en general, como una amenaza existencial para las mujeres, *bellas almas desvalida*s, y para Europa.

Se justifica, de esta forma, la actuación del cuarto vértice del cuadrilátero, el cual, como se apunto anteriormente, Europa es representada como una masculinidad benigna, protectora, una potencia normativa y *global gender actor*[114]. Sin embargo, varias autoras constan como la UE viene exhibiendo desde hace tiempo, una masculinidad militarizada, no sólo a través del crecimiento de sus presupuestos militares y del negocio de la seguridad, sino también mediante la naturalización del militarismo que "permea las relaciones políticas y sociales, los discursos y prácticas, todos profundamente conformados por asunciones de género, de la UE"[115].

---

111 KRONSELL, A., "The power of EU Masculinities", *Journal of Common market Studies*, 2015, p. 112.

112 ANSORG, N., y HAASTRUP, T., "Gender and the EU´ Support for Security Sector Reform in Fragile Contexts", *Journal of Common Market Studies*, vol 56:5, 2018, pp. 1127-1143.

113 KRONSELL, A., *op. cip.,* STERN, M, *op. cip.*, JAYASUNDARA-SMITS, *op.cit.*.

114 DAVIS, L., *op. cit.* p. 99.

115 HOIJTINK, M., y MUEHLENHOFF, H., *op. cit.*, p. 364. KLATZER, E., y SCHLAGER, C: *op.cit.* pp 56.

En suma, con estos ricos análisis empíricos, las autoras de los estudios feministas críticos, nos muestran, de forma contundente, como las construcciones lingüísticas de la UE, o en realidad, de los actores que actúan en su nombre, se articulan sobre dicotomías jerarquizadas que retratan a la UE de una determinada forma (civil, normativa, promotora de la igualdad de genero, moderna, liberal) y a la "Vecindad Sur" y, en especial, a África, sus gobernantes y sus sociedades como caóticas, inestables, frágiles, colapsadas, no civilizadas, violentas, origen del crimen, el terrorismo, el extremismos o las pandemias, etc.[116] Se reproduce, de esta forma, la biblioteca colonial sobre cuya pervivencia en los imaginarios europeos nos alertan, desde hace tiempo, los estudios pos(de) coloniales[117]. Una biblioteca cuya hegemonía académica, política, social y cultural permite que se sigan silenciando las sombras de una historia, la de Europa/Occidental, cuyas elites político-económicas, formadas mayormente por varones blancos, cristianos, adultos, cisheteronomativos, jóvenes, capacitistas y antropocéntricos, llevan siglos en guerra contra la vida y contra millones de personas, tanto en el continente europeo como en todo el planeta.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo se ha analizado la evolución de la agenda de género de las políticas de cooperación y construcción de paz de la UE, constatando cómo su andadura ha estado marcada por la lucha de los movimientos feministas a nivel global, en especial, en la Agenda 2030 y la Agenda MPS, así como, a través de un triangulo violeta, en el seno de las instituciones europeas y sus estados miembros.

A través de dicho análisis se ha podido constatar, en primer lugar, cómo, a lo largo de las últimas tres décadas, se han materializado algunos logros sustanciales en la promoción global de la igualdad de género por parte de la UE. Se ha evidenciado, sin embargo, la pervivencia de importantes obstáculos, derivados de la falta de voluntad política de las instituciones y dirigentes europeos. Éstos últimos han priorizado cuestiones procedimentales (creación de planes y estrategias), negándose a aportar los recursos humanos, económicos y materiales necesarios para integrar, de forma efectiva, las cuestiones de género en la acción exterior de la UE. Así, por ejemplo, en estas páginas se ha constatado un retroceso de esas cuestiones en el ámbito donde había habido mayores avances, la cooperación europea, al imponerse las voces de quienes, dentro de las instituciones europeas, interpretan la igualdad de género no

---

116 Narrativas que aparecían ya en la ESS del 2003 como constata STERN, M, *op. cit.* pp 38-39.

117 MUDIMBE, V. Y., *The Invention of Africa: Gnosis, Philosophy and the Order of knowledge.* Bloomington and Indianapolis University Press, 1988; o WAI, Z., *Epistemologies of African Conflicts: Violence, Evolutionism and the War in Sierra Leona.* Nueva York: Palgrave Macmillan, 2012.

como un fin en si mismo, sino como medio para hacer más eficaces las políticas neoliberales de desarrollo que propugna la UE. Unas voces que, al mismo tiempo, *securitizaban* los fondos de la AOD europea, agudizando sus incoherencias y dobles raseros, así como reorientándola hacia el control migratorio, la lucha contra el extremismo, el cambio climático y, en los últimos dos años, la pandemia del COVID19, en detrimento de los ODS, los derechos humanos, incluidos los de las mujeres. Una tendencia que se ha agudizado visiblemente en los últimos meses, tras el inicio de la Guerra en Ucrania.

El análisis efectuado ha servido, en segundo lugar, para reflexionar sobre cómo, tanto en la cooperación europea como en la APSE, se ha impuesto una interpretación restrictiva de los conceptos de género e igualdad de género, como sinónimos de mujeres y de añadir mujeres, convirtiéndoles en el "horizonte de posibilidad de la acción política"[118]. De esta forma, se ha silenciando a quienes, de forma infructuosa, vienen abogando por otra agenda exterior europea de género, con mayor potencial transformador, en la cual ambos conceptos se reinterpreten de forma relacional e interseccional con la finalidad *performativa* de transformar, de forma radical, la matriz de dominaciones/opresiones que, en la actualidad, continua produciendo múltiples e interrelacionadas desigualdades tanto en Europa o su política exterior como en sus relaciones de la UE con otros países o a nivel global.

Un último apunte para insistir en cómo los estudios feministas críticos muestran que, si bien ha habido cambios en la última década, la identidad exterior de la UE sigue girando en torno a un cuadrilátero identitario que sigue reproduciendo, entre otras, lógicas patriarcales, neoliberales, coloniales, racistas, antropocéntricas. Dichas lógicas continúan coproduciendo, de forma singular y cambiantes, dicha matriz de opresiones, responsable de gran parte de (pero no de todas) las violencias que cotidianamente afrontan millones de mujeres y hombres en todo el mundo. Todo ello, se sostiene, a su vez, a través de la pervivencia de una biblioteca colonial que continua su epistemicidio de los saberes, conocimientos y agendas de quienes, desde hace siglos, resisten y luchan por otros mundos posibles.

---

118 SHEPHERD, L., "Power and Authority in the Production of United Nations Security Council Resolution 1325", International Studies Quarterly, vol 52, 2008, pp. 386-404, p. 385.

COMBATIENDO LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ODS Nº 5.2

ROSARIO ESPINOSA CALABUIG[1]

SUMARIO: 1. EL ODS 5.2. Y LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CONTEXTO DEL TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES. 3. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA NORMATIVA ACTUAL Y AUSENCIA DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO QUE PROTEJA TAMBIÉN EL INTERÉS DE LA MADRE SUSTRACTORA. 4. DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL COMBATE DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN ESTE CONTEXTO. 4.1. PRIMER DESAFÍO RESPECTO A UN PROBLEMA VISIBLE Y COMPLEJO. *4. 1.1. La garantía de la prueba e informaciones transfronterizas sobre la violencia contra la madre sustractora. 4. 1.2. La garantía de las medidas adecuadas de protección del menor tras la orden de retorno y, en su caso, de la madre sustractora.* 4.2. SEGUNDO DESAFÍO RESPECTO A UN PROBLEMA INVISIBLE, PERO ARRAIGADO.

1. EL ODS 5.2. Y LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) planteados por las Naciones Unidas en 2015 dentro de la llamada AGENDA 2030 ("Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible"), el nº 5 aspira a "lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas". En particular, el nº 5.2, bajo el título "Violencia de género" se centra en eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos públicos y privados (…). En la práctica, "la realización *de jure* y *de facto* de la igualdad entre mujeres y hombres" se convierte en el "elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer"[2].

El ODS 5.2 se plasma igualmente en un sector concreto y complejo del Derecho internacional privado (DIPr.) como es el del traslado o retención ilícitos de menores, de un Estado a otro, cuando el "progenitor sustractor" es la madre que es víctima de violencia, física o psíquica, que comete dicho acto -calificado como ilícito- como vía de escapar de su maltratador. No obstante,

---

1 Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universitat de València.

2 Según se establece en el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014), que recuerda que "la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación".

la Agenda 2030 no parece haber tomado en consideración esta dimensión ni, en general, todas las posibilidades que puede ofrecer en este ámbito el DIPr..[3]

Cabe recordar que un traslado o retención de un menor se califica como ilícito cuando:

a) Se ha producido con infracción de un derecho de custodia atribuido conforme al derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y además,
b) En el momento del traslado o de la retención, el derecho de custodia se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Esta definición se desprende de los principales textos reguladores de la sustracción internacional de menores como son: el Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores[4], en el art. 3, y el Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis)[5], que será sustituido en agosto de 2022 por el Reglamento 2019/1111 (Bruselas II ter)[6] en el art. 2.11..

Junto a tales normas de origen en la Unión Europea (UE) y convencional conviven otras de fuente interna como son la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria que introdujo en la LEC un cap. IV bis sobre "Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional" (art. 778, quáter, quinquies y sexties)[7], además de la normativa en materia penal, como por ejemplo el art. 544 LECr. y otras como la LO 1/1996 de protección del menor, según redacción dada por la LO 8/2015 de 22 de julio (art. 2.5.b) [8] o la ley 26/2015, de 28 de julio[9]. El último exponente de todas estas normas ha sido la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de

---

3 Ver MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H., "Introduction: The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law", en MICHAELS, R., RUÍZ ABOU-NIGM, V. y VAN LOON, H. (eds.), *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 1-28.

4 Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores. BOE de 24.8.1987, corr. errores BOE de 30.6.1989, y BOE de 24.1.1996.

5 Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental por el que se deroga el Reglamento CE nº 1347/2000 (DO L núm. 338 de 23.12.2003).

6 Reglamento UE 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida). DO L 178/1 de 2.7.2019.

7 ESPINOSA CALABUIG, R., "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y… algunas ausencias", *REDI*, Vol. 68, Nº 2, 2016, pp. 347-357.

8 BOE 175, de 23.07.2015.

9 BOE 180, de 29.07.2015.

la infancia y la adolescencia frente a la violencia, con repercusiones relevantes en el ámbito de la violencia contra la mujer[10].

Debe matizarse que el presente trabajo se centra en la sustracción cometida por la madre víctima de violencia, por cuanto constituye la mayoría de las víctimas de violencia en la pareja y es quien sufre habitualmente los daños graves. Pero la violencia de género puede incidir en la sustracción de menores de otras formas, por ejemplo, cuando el progenitor agresor traslada a los hijos menores como forma de maltrato psicológico al otro progenitor; o cuando cualquiera de los progenitores traslada a la hija a un país con riesgo de que se ejerza violencia de género sobre ella (mutilación genital, matrimonio forzado…)[11].

Mucho se ha escrito y dicho ya sobre la sustracción de menores motivada por la violencia ejercida contra la mujer, pero no parece que haya habido mucho avance real y efectivo. Sin embargo, algo más se debe poder hacer desde los ODS y la "sostenibilidad" que, aunque empieza ya a desgastarse como palabra, tiene mucho sentido: sostenibilidad en cuanto durabilidad y proyección de futuro en la lucha y prevención de la violencia contra la mujer y, además, con una herramienta muy específica como es el DIPr. que requiere, por nuestra parte y por el aplicador del derecho, un cambio de mentalidad y de actitud. Dicho cambio no acaba de verse, lamentablemente, si echamos un vistazo a la jurisprudencia comparada como la que aparece en la base de datos de INCADAT (*International Child Abduction Data Base*), de la Conferencia de La Haya de DIPr., sobre los casos de sustracción internacional de menores de los últimos 20 años[12].

Sorprende, en este sentido, que todas las propuestas que se habían lanzado en 2017 en materia de violencia de género en el *Proyecto de Buenas Prácticas* sobre la aplicación del art. 13.1.b. del Convenio de La Haya de 1980[13] –al que ahora me referiré- por parte de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado no se hayan reflejado finalmente en la *Guía de Buenas Prácticas* publicada en 2021[14]. Causa sorpresa y mucha perplejidad.

---

10 BOE 134, de 05.06.2021.

11 Ver ampliamente *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, HCCH, Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 3 de junio de 2017, Anexo 2, pp. 11-14.

12 En http://www.incadat.com

13 *Proyecto de Guía de Buenas Prácticas… op. cit.,* pp. 1-97.

14 *Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores Parte VI Artículo 13(1)(b),* Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado–HCCH Oficina Permanente, 2021, pp. 1-81. La *Guía de Buenas Prácticas* resulta muy limitada, en comparación con el Proyecto presentado en 2017. En la Guía se alude de forma genérica a la violencia doméstica "contra el niño y/o el padre o la madre sustractor" para valorar el grave riesgo del 13.1.b. No se otorga, ni en este apartado ni en toda la Guía, mayor relevancia específica a la violencia contra la mujer más allá de lo mencionado, si bien la

En este contexto, el equilibro de intereses involucrados (el de la madre maltratada y el del menor sustraído), así como el vínculo entre la violencia sufrida por la madre y la valoración del interés superior del menor en estos casos, pone sobre la mesa delicadas cuestiones de difícil solución práctica. Son muchas las dudas que emergen sobre lo que constituye en cada supuesto concreto el interés del menor, pero también de la mujer en situación de vulnerabilidad, máxime con la regulación tan limitada que nos ofrece el DIPr. español actual con textos como los mencionados.

Para tratar todas estas cuestiones reivindicamos una aproximación feminista al DIPr. Nos encontramos, todavía hoy, con muchos frentes abiertos en nuestra disciplina en la lucha por los derechos fundamentales, en este caso de las mujeres y, en este sentido, la introducción/reivindicación de una perspectiva de género en el DIPr.[15], tanto por los legisladores como por las autoridades y otros operadores, constituye una prioridad absoluta[16].

Cuestiones como la misoginia o el machismo son también cuestiones del DIPr., en particular cuando el feminismo y la igualdad de derechos chocan con legislaciones que discriminan por razones de sexo[17]. También cuando las mismas autoridades al aplicar la ley lo hacen bajo consideraciones o concepciones arraigadas y estereotipadas que en nada benefician a la mujer. Durante

---

gran mayoría de jurisprudencia que se aporta es sobre casos de violencia sufrida por la madre sustractora (sólo una sentencia se aporta en relación con el padre sustractor que alega violencia contra el menor, cometida por la pareja de la madre), además de la sufrida –directa o indirectamente- por el menor.

15 Como venimos reivindicando desde hace tiempo. Ver ESPINOSA CALABUIG, R., "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Securiyy & Justice. European Legal Studies*, nº 3, 2019, pp. 36-57. Asimismo VAQUERO LÓPEZ, C., "Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género", *CDT.,* 2018, n. 1, p. 441; AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., "Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo", en MARTINEZ GARCÍA, E., *Mujer y Derecho. Jornadas de igualdad de la facultad de Derecho*, Valencia, Universitat de València, 2011, pp. 225 ss.

16 Ver BANU, R., "A relational feminist approach to conflict of laws", en *Michigan Journal of Gender and Law*, 2017, pp. 1-52. La autora reivindica una revisión del DIPr. desde una óptica feminista que, entre otros, permitiría centrar el análisis de nuestra disciplina en lo social y potenciar que los jueces tuvieran un rol más activo en la apreciación de las necesidades e intereses de los actores y comunidades implicadas en cuestiones transfronterizas. El feminismo (en concreto el *relational feminism*) podría ayudar a replantear la tensión que el DIPr. suele generar entre el orden público y la autonomía y entre el orden público interno e internacional. De esta manera, Roxane Banu aboga por un diálogo fructífero entre académicos feministas e internacional-privatistas que permitan reconstruir el DIPr. desde una nueva perspectiva. Y tal como ella mantiene habría que animar a los académicos y académicas del DIPr. a revisar y ampliar sus metodologías bajo la luz de una visión feminista.

17 Ver los argumentos expuestos por KNOP, K., MICHELS, R. y RILES, A., "From Multiculturalism to Technique: Feminism, Multiculturalism, and the Conflict of Laws Style', *Stanford Law Review*, n. 64, 2012, p. 589, en relación con cuestiones como el feminismo y la multiculturalidad, entre otras, y su influencia sobre el DIPr..

tiempo la jurisprudencia comparada viene demostrando actitudes judiciales que pasan por alto o minimizan el problema de la violencia –física o psíquica- contra la mujer sustractora[18]. Es cierto que ha habido mejoras considerables en favor de la igualdad de derechos, pero aún quedan reminiscencias del pasado y a su desarrollo tampoco han ayudado las dificultades prácticas inherentes a nuestra disciplina. En el caso concreto de la sustracción internacional de menores, además de las diferencias entre los derechos procedimentales de los Estados miembros, que luego analizamos, emergen limitaciones que derivan de su propia regulación. Entre ellas:

1. A nivel internacional, nos encontramos con que el Convenio de La Haya de 1980 es insuficiente, ya que el art. 13.1.b. -que excepciona el retorno del menor en caso demostrado de "riesgo grave" sobre su persona[19]- no contempla los riesgos derivados de una situación de violencia contra su madre u otro familiar.

Aunque se ha reivindicado por algunas delegaciones en la Conferencia de la Haya la inclusión de la violencia de género en dicha excepción (por entender que, aunque el menor no sufra daño físico o psicológico, puede quedar expuesto a una situación intolerable), lo cierto es que siempre ha quedado en saco roto[20]. Al final, lo que se deduce del fracaso de reivindicaciones como la señalada o del fracaso del Proyecto de Guía de Buenas Prácticas de 2017, es la falta de una sensibilidad continuada en la interpretación de la normativa reguladora de este sector por parte de muchos operadores jurídicos.

A esta limitación legislativa a nivel internacional, se añade:

2. A nivel europeo, la "extrañeza" que ha supuesto una regla como la eliminación del exequátur en relación con decisiones como el retorno del menor tras un traslado ilícito (cometido, quizás, por causa de violencia de género, no demostrada, o incluso demostrada) que dicta el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del menor anterior a su sustracción y que prevalece sobre otra decisión anterior que se haya

---

18 Muy ilustrativa es la jurisprudencia comparada recogida y comentada en su momento por autoras como KAYE, M., "The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence: How Women and Children are being returned by Coach and Four", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, pp. 191-212, en relación con sentencias del ámbito anglosajón, así como REQUEJO ISIDRO, M., "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *AEDIPr.*, t. VI, 2006, pp. 179-194. Mucha de la cual se encuentra disponible en INCADAT en http://www.incadat.com

19 La conocida como "excepción de grave riesgo" se refiere al "*peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable*".

20 Así ocurrió en la 14ª Sesión de la Conferencia, tomo III, Sustracción de Menores, p. 302.

podido dictar en el Estado miembro en que el menor está retenido y que ordena su no retorno.

La defensa a ultranza de dicha regla por parte del TJUE ha llevado a soslayar en ocasiones la valoración de aquello que realmente puede respetar mejor el interés superior del menor, en cada caso concreto, que puede no ser su retorno al país en que tenía su residencia habitual. Una valoración que parece más flexible por parte del TEDH y que el nuevo Reglamento Bruselas II ter habría querido recoger. El debate jurisprudencial es de sobra conocido con asuntos como *Sofia Povse*[21]o *Aguirre Zagarra*[22],entre otros[23].

Los reglamentos, tanto Bruselas II bis como Bruselas II ter, aunque basan muchas de sus reglas en las del Convenio de La Haya de 1980, pueden incluso resultar más limitados al no contemplar posibilidades como la del art. 20 del Convenio. Aunque la utilidad del precepto despierta algunas dudas[24], puede que en la práctica permita englobar la violencia de género y excepcionar el no regreso del menor, cuando entran en conflicto los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esto es, que si la madre vuelve pueden verse vulnerados derechos humanos fundamentales, desde el derecho a la tutela judicial efectiva a la vulneración del art. 8 CEDH[25].

2. INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CONTEXTO DEL TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES

El informe elaborado por la *Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) sobre violencia de género en la UE* nos muestra una realidad grave y presente en todos los Estados Miembros[26]. La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres como vía de promover la protección transfronteriza de las mujeres

---

21 STEDH de 18.6.2013, demanda no. 3890/11, *Sofia Povse and Doris Povse c./ Austria*, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122449. Anteriormente el TJUE había resuelto con sentencia de 1.7.2010, Asunto C-211/10 PPU, Povse. ECLI:EU:C:2010:400.

22 STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828.

23 Ver GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, en GARCÍA GARNICA y MARCHAL ESCALONA, *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Madrid, 2019, p. 637.

24 Sobre las dudas que despierta el art. 20 para utilizarlo en el ámbito de la violencia de género ver REQUEJO ISIDRO, M., *op.cit.,* pp. 190-191.

25 COESTER-WALTJEN, D, "The future of the Hague Child Abduction Convention: the rise of domestic and international tensions, the European perspective, New York Journal of International Law and Politics, 2000, nº 1, pp. 66-68.

26 Ver www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/.../Otros/*FRA*/home.htm

víctimas de violencia basada en el género debe analizarse en el contexto del Comité CEDAW de Naciones Unidas y en el contexto europeo (UE y Consejo de Europa). Pero, además, son clave la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo)[27], así como el mencionado Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 al que se ha adherido la UE.

En la práctica, sin embargo, hay un desnivel entre lo que pide el Convenio de Estambul y el traslado de la Directiva de protección de las víctimas de violencia de género en los Estados Miembros (en España la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima[28]). El Convenio de Estambul y el Estatuto de la Víctima establecen unos estándares altos de calidad para abordar la violencia machista en los Estados miembros, teniendo en cuenta que la violencia institucional es una modalidad más de violencia de género que debe evitarse por todos los medios. En España la Ley Orgánica 1/2004, conocida como Ley de Violencia de Género, puso a la sociedad en la tesitura de "un cambio de cultura, de reconocimiento de la situación de la mujer y la violencia que sufre por sujetos particulares, pero también por las propias instituciones. Ello nos exige un reaprendizaje general como ciudadanía, pero también como profesionales para hacer realidad un objetivo como el ODS 5.2.[29]. La última reforma operada con la LO 8/2021 ha ido más allá en la lucha contra la violencia de género. Dicho objetivo debe acometerse con la misma fuerza con las herramientas del DIPr. en un ámbito tan concreto y complejo como la sustracción internacional de menores.

Con carácter general, la violencia de género se caracteriza principalmente por[30]: 1) La presencia de un componente estructural, al ser ejercida bajo la construcción de los roles de género y estereotipos sexuales, que se convierten en factores de riesgo. 2) El objetivo de la violencia es el control, no es el daño, sino el control y sometimiento de la mujer a esos dictados de género. 3) En la estrategia de control el agresor quiere aislar a la mujer de sus fuentes de apoyo para conseguir impunidad. La interacción de estos tres elementos contribuye, en la realidad, a la invisibilidad de la mayoría de casos, a la justificación de la violencia de género (3% UE) y a que incluso el CIS deduzca que no es

---

27 DO L 315, de 14.11.2012.

28 BOE 101, de 28.4.2015.

29 Siguiendo a MARTÍNEZ GARCÍA, E., JORDÁN DÍAZ RONCERO. M.J., y SIMÓ SOLER, E., *Reflexiones y experiencias sobre la respuesta integral del sistema judicial a las víctimas de violencia de género en al ámbito de la provincia de Valencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 10.

30 MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Violencia de género en tiempos de distopía pandémica", *V Feminario, Retos feministas tras una pandemia*, Diputación de Valencia, 2021, en http://www.feminariovalencia.es/

un tema transcendental a pesar de los 600.000 casos anuales y 60 homicidios de media[31].

Con carácter específico, la violencia de género circunscrita en el ámbito del traslado o retención ilícitos de menores, se manifiesta de modos diversos. En principio, suele referirse a alegaciones de violencia doméstica/familiar o maltrato infantil por las que el menor puede verse expuesto a un riesgo grave tras la restitución. Son los casos en que hay: 1) Un comportamiento violento o inapropiado contra el menor tras la restitución, o 2) Una exposición del menor a violencia doméstica entre sus padres tras la restitución, o 3) Un daño causado a la madre sustractora a manos del padre privado del menor tras la restitución. 4) La violencia de género puede afectar también a la incapacidad de regresar del progenitor sustractor en la medida en que podría expondría al menor a un riesgo grave derivado, por ejemplo, de una posible acción penal o de otra índole en el Estado de la residencia habitual anterior a la sustracción por el acto ilícito cometido ; u otras causas relativas, por ejemplo, a la salud del menor o a la situación económica de la sustractora tras la restitución[32].

En este sentido, hay resoluciones judiciales que diferencian el riesgo para la madre y el riesgo para los hijos, estimando que sólo cuando se acredita este último cabe oponerse a la restitución del menor[33]. En ocasiones los tribunales han reconocido admitir "indirectamente y a priori el riesgo psíquico del menor por presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre" [34].

De hecho, hace tiempo que está demostrada la correlación entre la violencia conyugal o de pareja y el maltrato infantil. Y el daño causado a la madre viene reconocido cada vez más como constitutivo de daño al menor, por

---

31 Al menos 155 países han aprobado leyes sobre la violencia doméstica. Menos del 40 por ciento de las mujeres que experimentan violencia buscan algún tipo de ayuda. Cada día, 137 mujeres son asesinadas por miembros de su propia familia. Se calcula que, de las 87.000 mujeres asesinadas intencionadamente en 2017 en todo el mundo, más de la mitad (50.000) murieron a manos de sus familiares o parejas íntimas (https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures). Más de un tercio (30.000) de las mujeres asesinadas intencionadamente en 2017 fallecieron a manos de su pareja íntima o de una pareja anterior (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2019). "Global Study on Homicide 2019", pág. 10.) La violencia de género en las escuelas es un obstáculo muy importante para la escolarización universal y el derecho de las niñas a la educación**.** UNESCO(2019). *Behind the numbers: ending school violence and bullying*, págs. 25 y 26; UNESCO (2018). A escala mundial, el 35 por ciento de las mujeres ha experimentado alguna vez violencia física o sexual por parte de una pareja íntima, o violencia sexual perpetrada por una persona distinta de su pareja**.** Estos datos no incluyen el acoso sexual. Algunos estudios nacionales muestran que la proporción puede llegar al 70 por ciento de las mujeres. Para un análisis pormenorizado por países: https://evaw-global-database.unwomen.org/en/countries

32 Ver con detalle *Proyecto de Buenas prácticas…, op. cit.*, pp. 74-79.

33 Por ejemplo, SAP Granada, 152/2017 de 21 de abril 2017 (Roj: SAP GR 486/2017).

34 SAP Las Palmas 25 de julio 2016 (Roj: SAP GC 2345/2016). Ver CAÑADAS LORENZO, M.J., La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores", http://www.poderjudicial.es, pp. 3 ss.

cuanto la violencia contra la madre también puede tener un efecto traumático para el menor que la presencia. No obstante, el impacto de dicha violencia sobre el menor y los riesgos futuros asociados deben ser evaluados en cada supuesto concreto[35].

Conviene señalar que la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, enfatiza la necesidad de reconocer a los menores como víctimas de la violencia de género con el fin de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos (Exposición de motivos). Ahora la LO 8/2021 que modifica la LO 1/2004 sobre violencia de género ha ido más allá al confirmar que la violencia de género comprende la violencia que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad.

3. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y AUSENCIA DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO QUE PROTEJA TAMBIÉN EL INTERÉS DE LA MADRE SUSTRACTORA

La protección del menor es objeto de regulación por el DIPr. a nivel estatal, convencional y europeo, poniéndose especial atención en la defensa de sus más básicos derechos en un sinfín de situaciones variadas, respetando así lo que constituya su interés superior. Este concepto, lejos de haberse aclarado con el tiempo, despierta innumerables dudas en ciertos sectores del DIPr. como es el relativo al del traslado o retención ilícitos del menor por uno de los titulares de la responsabilidad parental. La existencia de una posible perspectiva de género en todo este sector ha brillado, y sigue brillando, por su ausencia, entre otras razones por las dificultades inherentes a una defensa conjunta de muchos intereses implicados: el del menor sustraído ilegalmente, el de la madre sustractora víctima de violencia –física o psíquica y también el interés del padre privado del menor.

La defensa del principio del interés superior del menor constituye la piedra angular de la regulación en materia de protección del menor y deja a un lado las divergencias existentes entre los EE.MM. cuando se trata de asuntos primordiales sobre derecho de familia. Respetando dicho enfoque, el legislador de la UE ha pretendido dar un paso más allá en sus normas sobre responsabilidad parental a través del Reglamento Bruselas II ter que, sin embargo en la práctica, ha de convivir con una pluralidad de instrumentos -internacionales y nacionales, así como europeos- que tienen un notable impacto sobre la vida familiar del menor. La coordinación de todas estas fuentes es probablemente

---

35 *Proyecto de Buenas prácticas…, op. cit*, pp. 74 ss.

uno de los mayores desafíos para los profesionales y operadores jurídicos en este ámbito[36].

Las normas de la UE han otorgado una voz al menor que ha elevado su derecho a ser escuchado al rango de un derecho fundamental, proyectándolo sobre todos los asuntos de la responsabilidad parental. Algo similar ha sucedido con la función primordial otorgada a la residencia habitual del menor que se ha visto reforzada por Bruselas II ter como criterio para apoyar su protección. Ambos conceptos (audiencia del menor y residencia habitual de éste) serán clave en la regulación de los casos de violencia contra la mujer que lleva a cabo una sustracción de su hijo/a o hijos/as. El primero, habida cuenta de las divergencias existentes todavía hoy en el derecho procesal de los EE.MM., puede tener una utilidad práctica limitada. El mencionado asunto *Aguirre Zárraga* es buena muestra de ello, como también la respuesta del TEDH en el mencionado asunto *Sofia Povse*. El segundo, esto es, la residencia habitual del menor, en cuanto criterio en torno al cual gira la calificación como ilícito de un traslado o retención realizada por la madre maltratada, puede actuar de obstáculo a su protección, pues toda la regulación en este ámbito aspira al retorno inmediato del menor al Estado en el que tenía su residencia habitual y en el que también reside el supuestamente maltratador.

Por otra parte, el legislador de la UE sigue remitiendo las cuestiones sobre la Ley aplicable en este ámbito al Convenio de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental[37]. Al hacerlo, la UE no aborda las divergencias existentes entre los EE.MM. en materia familiar que permanece oculta tras la aparente neutralidad de las normas procesales. Sin embargo, los conflictos culturales vuelven a aparecer en el momento de su aplicación, como ilustran los casos de sustracción internacional de menores[38].

La necesidad de un enfoque holístico de la protección de menores no es coherente con esta dispersión normativa[39]. Junto a ello, la crisis sanitaria mundial provocada por el Covid-19 ha puesto de manifiesto las dificultades inherentes al ejercicio de algunos derechos en relación con el menor, ya que las

---

36 Ver ESPINOSA CALABUIG, R., "Cross-border family issues in the EU: Multiplicity of instruments, inconsistencies and problems of coordination", en RUIZ ABU-GNIM, V y NOODT TAQUELA, M.B., (Eds.), *Private international law: embracing diversity*, Edinburgh University Press, 2019, pp. 65-82.

37 Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. *BOE*, de 2.10.2010.

38 Por ejemplo, STJUE de 24 de marzo de 2021, en el asunto C-603/20 PPU, *MCP* (ECLI:EU:C:2021:231).

39 Ver ESPINOSA CALABUIG, R. y CARBALLO PIÑEIRO, R., "Child protection in European family law" en PFEIFFER, T., LOBACH, Q.C., y RAPP, T. (Eds.), *Facilitating Cross-border family life–Towards a common European Understanding*, Heidelberg University Publishing, 2021, pp. 65-67. Disponible en https://doi.org/10.17885/heiup.853.c11710

restricciones en los viajes y los cierres de fronteras, han limitado el ejercicio de derechos fundamentales como la reunificación familiar o los derechos de visita, a la vez que ha tenido repercusiones relevantes sobre la violencia de género[40]. La excepcionalidad de esta situación no minimiza, en todo caso, una realidad como es la fragilidad de las situaciones transfronterizas en relación con el menor.

En nuestro país, la introducción en la LEC española por parte de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria del nuevo capítulo IV ha pretendido, al igual que el Reglamento Bruselas II bis y las normas del Convenio de La Haya de 25.10.1980 (BOE n. 202 de 24.8.1987), potenciar el regreso lo más rápido posible del menor en los casos en que ha sido trasladado ilícitamente a nuestro país desde otro Estado (miembro de la UE o del Convenio de La Haya 1980) en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado ilícito a España (art. 778 quáter y art. 778 quinquies LEC). Pero también en los casos en que estando el menor residiendo en España ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado (art. 778 sexties).

A nivel europeo el principio de reconocimiento mutuo y con él la confianza mutua de la UE se ha llevado por el TJUE hasta sus últimas consecuencias, de modo que ni siquiera la posible vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos fundamentales de la UE les ha llevado a modificar su postura. La elaboración del Reglamento Bruselas II ter se ha realizado teniendo en cuenta sobre todo la salvaguarda del interés superior del menor, pero es necesario que dicho principio se valore sin rigideces y atendiendo al caso en particular cuando se trata de una situación de violencia contra la mujer. La práctica demuestra que siguen siendo minoritarias las decisiones que no ordenan el retorno del menor en este tipo de situaciones, normalmente por entender que el interés del menor está más protegido cuando la madre es la única con capacidad para hacerse cargo de él[41]. El hecho de que la reciente LO 8/2021, que modifica la LO 1/2004 sobre violencia de género en nuestro país, haya confirmado el vínculo entre la violencia contra la mujer y la de sus familiares o allegados menores de edad puede constituir un paso en la lucha contra la violencia de género también en el contexto de la sustracción de menores.

---

40 MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Violencia de género en tiempos de distopía pandémica", *op. cit.*, en http://www.feminariovalencia.es/

41 Ver REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 184.

4. DESAFÍOS A LOS QUE SE ENFRENTA EL COMBATE DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL CONTEXTO DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES

Llegados a este punto, es necesario referirse a cuáles son los verdaderos desafíos a los que se enfrenta la prevención y lucha de violencia contra la mujer en situaciones en que ésta ha llevado a cabo una sustracción internacional, calificada como ilícita, de uno o varios de sus hijos/as.

4.1. Primer desafío respecto a un problema visible y complejo

El primer desafío alude a un problema visible y complejo que abarca dos aspectos: por una parte, la prueba de la violencia de género y su incidencia sobre la eventual orden de retorno del menor. Por otra, las medidas de protección que deban adoptarse en el caso de que, tanto si se demuestran o no los malos tratos, se ordena que el menor regrese al Estado miembro en el que tenía su residencia habitual antes de su sustracción.

Estamos ante delitos cometidos en la intimidad familiar, donde la víctima de violencia de género tiene unas características particulares: negación de su condición de víctimas, dependencia afectiva del agresor, falta de denuncia en muchos casos… Por ello, la dificultad de demostrar los malos tratos justifica decisiones judiciales discutibles que ordenan el regreso del menor –decisión que en la UE es ejecutable sin exequátur- al país donde tenía su residencia habitual con anterioridad a su traslado ilícito. Ello ha provocado casos de devolución inmediata del menor al país donde sigue residiendo el progenitor, presuntamente maltratador, por no haberse podido demostrar el maltrato hacia la madre o, incluso demostrados, pero con unas medidas de protección del menor insuficientes que, además, muchas veces se olvidan de la posición en que se queda la madre sustractora. Tales medidas se han querido reforzar con el reglamento Bruselas II ter 2019/1111 y ya antes, en España, por la mencionada LJV.

A este respecto, es necesario propulsar una mejora en el intercambio interestatal de informaciones y de pruebas específicas para justificar, en su caso, el no retorno del menor y, en caso de ordenarlo, adoptar unas medidas de protección adecuadas a cada situación, no sólo del menor sino de la madre víctima de violencia.

4.1.1. La garantía de la prueba e informaciones obtenidas

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el combate de la violencia contra la mujer es, sin duda, la prueba de que se ha ejercido dicha violencia de modo físico o psíquico contra ella o sus hijos. En la práctica, son varios

los extremos a tener en cuenta en relación con dicha prueba en el contexto de la sustracción de menores[42]:

Por una parte, es fundamental recabar información sobre acciones judiciales pendientes que hubiera contra el progenitor privado del menor y supuestamente maltratador, informes policiales, registros de consulados o embajadas, informes de refugios para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia. Incluso posibles correos electrónicos u otra correspondencia pueden ser útiles para demostrar la existencia de los malos tratos.

Por otra parte, hay que reforzar las comunicaciones judiciales directas para comprobar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de violencia contra la mujer y comprobar si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de infracciones a tales órdenes. Según las circunstancias, se debería proceder a pedir informes periciales y, en su caso, escuchar la opinión del menor. Aspecto este último en el que incide el Reglamento BII ter aunque, como ya se ha mencionado, no estará exento de dificultades prácticas por las disparidades entre los Estados.

Alguna jurisprudencia revela como pruebas pertinentes para no ordenar el retorno del menor, entre otras, la declaración de la madre y de los hijos, comunes o no de la pareja,[43] declaraciones notariales de testigos o trabajadores sociales, pruebas periciales técnico-forenses, testimonios de familiares de la madre y documentación relativa a la puesta en conocimiento de las autoridades correspondientes como la Policía, Juzgados o el Ministerio competente en dicho ámbito[44].

Hay que distinguir, además, entre las medidas de protección, los arreglos prácticos y los compromisos. De un lado, los arreglos prácticos los puede establecer un tribunal como parte de la orden de restitución para facilitar el regreso del menor. No están destinados a abordar una situación de grave riesgo y deben diferenciarse de las medidas de protección. De otro, los compromisos aluden a una "promesa, garantía o aserción voluntaria" realizada ante un tribunal por el progenitor privado del menor, "de hacer o no hacer determinadas cosas" y que en el contexto de un proceso de restitución "puede tener, o no, fuerza ejecutiva en el Estado al cual se restituirá al niño". Las "medidas de

---

42 Ver *Guía de buenas prácticas, op. cit.,* p. 12.

43 Existe un debate sobre el derecho del menor a acogerse a la dispensa del deber de declarar cuando el progenitor es una víctima de violencia de género. Hay opiniones favorables a excluir a tales víctimas de la posibilidad de acogerse a dicha dispensa por cuanto muchas veces la decisión de no declarar responde a miedo a represalias, chantaje o intimidación por parte del agresor. Ver I. MARAVALL BUCKWALTER, "El derecho del niño de acogerse a la dispensa del deber de declarar", *InDret* 1/2019, pp. 32-33.

44 Citada por CAÑADAS LORENZO, M.J., La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores", en http://www.poderjudicial.es, p. 7.

protección" se entienden "en un sentido amplio y hace referencia a las medidas disponibles para abordar una situación de grave riesgo" [45].

En la práctica son múltiples las dificultades existentes en el sistema de la prueba en los procesos por violencia de género al referirse a actos realizados en un ámbito estrictamente privado, fundamentalmente en la intimidad del entorno doméstico o familiar, sin terceros ajenos a la familia, por lo que no suele haber testigos directos. Ello supone que la declaración de la víctima es la principal (sino la única) prueba de cargo contra el agresor. A ello se unen conductas de la víctima que dificultan la veracidad de los hechos. En ocasiones la relación de sumisión o de dependencia frente al agresor, los lazos afectivos todavía existentes, el miedo a represalias, entre otras, avalan este comportamiento de la víctima de violencia de género[46].

En relación con la acreditación de determinados elementos del tipo penal, cabe recordar que la habitualidad en la violencia es un elemento normativo del tipo del art. 173 del código penal que concurre cuando la víctima está sometida a un estado de violencia que permanece en el tiempo. No se exige un resultado lesivo, sino que lo que debe probarse es el clima de violencia sostenida en el ámbito familiar, lo que no siempre es sencillo. Tampoco es fácil probar la violencia psíquica del art. 153.1 del código penal que no deja huellas físicas detectables. Todo se complica, además, cuando el clima de violencia familiar se genera a través de omisiones[47].

Todas estas dificultades probatorias inciden negativamente sobre un proceso de traslado ilícito de un menor cometido por una víctima de violencia de género, que se añaden al difícil encuadre de estas situaciones en el ámbito del Convenio de La Haya para poder excepcionar el retorno del menor con base en el art. 13.1. b, como ya se expuso. La orden de regreso del menor se realiza muchas veces por de falta de prueba de la violencia o de la repercusión emocional sobre el menor, que se puede producir porque no se admitan determinados medios en el marco del proceso sobre el retorno[48]. La mayoría de las veces, además, las pruebas que podrían aportarse se encuentran en el

---

45 *Guía de buenas prácticas, op. cit.,* pp. 9 y 11.

46 Ampliamente ver MONTESINOS GARCÍA, A., "Especifidades probatorias en los procesos por violencia de género", *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª época, nº 17 (enero 2017), pp. 127-165.

47 MONTESINOS GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 128-130), quien además subraya que los juicios rápidos en que se desarrolla gran parte de los procesos por violencia de género no resultan funcionalmente apropiados para llevar a cabo una investigación adecuada de este tipo de delitos. La obtención de elementos que corroboren la veracidad de la declaración de la víctima es esencial para evitar que situaciones de maltrato habitual se califiquen por el juez como simples episodios violentos aislados. La sencillez de la investigación típica de los juicios rápidos redunda, por tanto, negativamente en la escasa obtención de fuentes de prueba, en un proceso en el que la complejidad probatoria es manifiesta.

48 REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.,* p. 183, en relación con C.S. BRUCH, "The unmet needs of domestic violence victims and their children in Hague Child abduction Convention cases", *Family*

Estado de la residencia habitual del menor anterior a su sustracción, lo que dificulta su aportación al procedimiento. Todo ello provoca que la situación de violencia que se alega por la madre y que podría implicar una situación de riesgo para el menor en caso de retorno, no suela estimarse al final por los Tribunales[49].

Otro aspecto que puede incidir negativamente en el régimen de prueba de la violencia de género es el objetivo de la celeridad impuesto por la normativa actual en relación con el procedimiento de retorno del menor. El reglamento BII ter alude al plazo máximo de 6 semanas desde que interpuso la demanda. Esta brevedad, pensada en interés del menor, no ayuda en un procedimiento de violencia de género, al reducir el periodo para valoración de dicha violencia y para eventuales comunicaciones interestatales que deban llevarse en este ámbito.

En este sentido la mencionada *Guía de Buenas Prácticas* de 2021 señala que "la obligación de actuar con urgencia no significa que el tribunal deba descuidar la evaluación adecuada de las cuestiones planteadas, incluidos los casos en que se opone la excepción de grave riesgo. Sin embargo, sí exige que el tribunal solamente recabe información y/o pruebas suficientemente relevantes para el caso, al igual que examine dicha información y/o pruebas, incluso la prueba o los dictámenes periciales, de manera rápida y sumamente precisa"[50].

El requisito de la rapidez se expone repetidamente en el Reglamento Bruselas II ter. Por ejemplo, en el art. 28, que forma parte del *iter* procedimental iniciado en el art. 22 para proceder al retorno inmediato del menor. Desde el momento en que el progenitor privado del menor solicite al tribunal de un Estado miembro que dicte, conforme al Convenio de La Haya 1980, una resolución para ordenar el retorno del menor, el requisito de la celeridad en el procedimiento es una constante, empezando por la tramitación de la mencionada solicitud por parte de la autoridad central requerida[51]. Ésta acusará recibo de la misma en un plazo de cinco días hábiles desde su recepción, informando con rapidez[52]. A partir de ahí el tribunal ante el que se interponga la demanda de restitución del menor actuará, también con urgencia, en el marco del procedimiento en el que se sustancie la demanda, utilizando los

---

Law Quarterly, vol. 38, 2004, p. 529, que alude a las limitaciones probatorias del procedimiento inglés en este tipo de casos de violencia contra la mujer.

49 CAÑADAS LORENZO, M.J., La incidencia de la violencia de género en la sustracción internacional de menores", en http://www.poderjudicial.es, p. 7.

50 *Guía de buenas prácticas, op. cit.*, p. 24.

51 Art. 23.1. Bruselas II ter.

52 En particular, "informará sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente o al solicitante, según corresponda, de las gestiones iniciales que se hayan realizado o se vayan a realizar para tramitar la solicitud, y podrá solicitar cualquier otro documento o información necesarios" (art. 23.2.).

procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional[53]. Es el art. 27 del Reglamento el que regula el procedimiento para llevar a cabo el retorno, en su caso, del menor[54].

De ser así, y se ordena la restitución del menor al Estado miembro en que residía habitualmente antes de su traslado o retención ilícitos, las autoridades competentes para ejecutar dicha orden actuarán con urgencia[55]. En este sentido, los procedimientos para la ejecución de las resoluciones por las que se ordena el retorno del menor pueden diferir entre los Estados. Las autoridades competentes para la ejecución pueden ser, incluso, no judiciales, que ni siquiera informan a la autoridad judicial sobre aspectos relativos a la ejecución de una decisión de retorno[56].

El requisito de la urgencia justifica que si transcurren seis semanas desde que se iniciaron los trámites para ejecutar la resolución que ordena la restitución del menor, sin que dicha ejecución se haya llevado a cabo, el reglamento autoriza a que se pidan explicaciones por el retraso. En concreto, el art. 28 señala que "la parte que solicitó la ejecución o la autoridad central del Estado miembro de ejecución tendrán derecho a pedir a la autoridad competente para la ejecución una exposición de los motivos del retraso" [57]. Sólo esta regla podría dejar una puerta abierta para justificar un retraso en la orden de retorno si se explica que se trata de una situación de malos tratos en la que las pruebas y comunicaciones interestatales se están, a su vez, retrasando por su complejidad. De nuevo, las diferencias procedimentales entre Estados podrán minimizar esta posibilidad.

Tanto el cumplimiento de los plazos para ordenar el retorno del menor como para, en su caso, ordenar lo contrario por haberse demostrado los malos tratos y la inconveniencia de que el menor regrese, dependerá de la existencia

---

53 Art. 24 Bruselas II ter.

54 Ver art. 27 ("Procedimiento de restitución de un menor"), art. 29 ("Procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980") del Reglamento Bruselas II ter.

55 El art. 52 relativo a "Autoridades competentes para la ejecución" señala que "La solicitud de ejecución se presentará ante la autoridad competente para la ejecución con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución comunicada por dicho Estado miembro a la Comisión en virtud del artículo 103".

56 Ver los ejemplos según los países de FORCADA MIRANDA, J., *Comentarios prácticos del Reglamento (UE) 2019/1111, Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 253-254.

57 A este respecto, el Reglamento Bruselas II ter ha establecido que a partir del 2 de agosto de 2025, los Estados miembros pondrán a disposición de la Comisión, previa solicitud, en la medida de lo posible, la información pertinente para la evaluación del funcionamiento y la aplicación del presente Reglamento sobre diversos aspectos, entre ellos, "*en relación con una solicitud de ejecución de una resolución a que se refiere el artículo 28, apartado 1, el número de casos en los que la ejecución no se ha producido en un plazo de seis semanas a partir del momento en el que se inició el procedimiento de ejecución*" (art. 101.2. b).

de un sólido marco de cooperación interestatal, que incluya una comunicación directa entre las autoridades y los tribunales de diferentes países[58]. Será muy relevante la asistencia de las autoridades centrales y el apoyo en las redes existentes de cooperación judicial, incluida la Red Internacional de Jueces de La Haya y jueces de enlace. Esto probablemente se vería reforzado por la concentración de la competencia en unos pocos jueces, como se sugiere en el considerando 41 del Reglamento Bruselas II ter[59]. En el caso de sustracciones cometidas en un contexto de violencia de género sería deseable, asimismo, la presencia de jueces y personal especializado en la materia.

4.1.2. La garantía de las medidas adecuadas de protección del menor tras la orden de retorno y, en su caso, de la madre sustractora

En general, y desde un punto de vista formal, las reglas sobre traslado ilícito de menores parecen haberse aclarado con Bruselas II ter y se habrían mejorado las reglas sobre el regreso del menor a través del capítulo III. Destaca, en particular, el reforzamiento de las medidas provisionales que pudieran adoptarse en el procedimiento de retorno del menor, incluida una mayor comunicación entre las autoridades judiciales y cooperación entre las Autoridades Centrales. Estas reglas promueven también el contacto entre el menor y la persona que solicita su retorno, teniendo en cuenta el mejor interés del menor. Cuestión delicada si ha habido una situación de malos tratos. Se ha potenciado, además, la posibilidad del menor de ser escuchado en juicio, aunque su alcance y procedimiento seguirá dependiendo del derecho nacional de los Estados miembros, lo que puede seguir produciendo problemas en la puesta en práctica de todas estas reglas.

El mayor problema en la práctica es reconocer efectos a las medidas de protección de la víctima al afrontar un "sistema jurídico arduo, complicado y en continua evolución, integrado por fuentes de diferente origen". En este sentido, la eficacia extraterritorial de las medidas de protección a las víctimas debe hacer frente a las dificultades derivadas de las diferencias entre los ordenamientos en lo que atañe a la regulación y tratamiento de la violencia de

---

58 Sobre dicho rol ver GOICOECHEA, I. y VAN LOON, H.,"The Key Role of Judges in the Development of Private International Law: Lessons Learned from the Work of the Hague Conference on Private International Law", en RUIZ ABOU-NIGM y NOODT TAQUELA, M.B. (Dirs.), *Diversity and Integration in Private International Law,* Edinburgh University Press, 2019, p. 295.

59 Según el cual "La competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando como punto de partida, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación y concentrando la competencia respecto de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un tribunal de apelación".

género[60]. La valoración de la excepción del art. 13.1.b. no debe limitarse a un análisis de las circunstancias anteriores o vigentes al momento del traslado o de la retención ilícitos. Por el contrario, "requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente[61]. El examen de la excepción de grave riesgo también debería comprender, si se estimare necesario y apropiado, la consideración de la disponibilidad de medidas de protección adecuadas y eficaces en el Estado de residencia habitual"[62].

Si finalmente se ordena la restitución del menor a pesar de los malos tratos hacia la madre, hay que tener en cuenta aspectos varios como: a) Si conviene dictar una medida de alejamiento; b) Si hay que prohibir el contacto con el menor o establecer que éste se realice con vigilancia; c) Si cabe adoptar otras medidas de protección no sólo para el menor sino para la madre sustractora, como prohibir la entrada en lugares en los que ésta decida residir o que frecuente o prohibir cualquier tipo de contacto con ella. d) Incluso, determinar si se prevén otras disposiciones de protección en relación con aspectos como la fijación de una vivienda separada y segura tras el retorno[63].

En la práctica, las diferencias entre los Estados sobre las medidas de protección y su modo de valorarlas y aplicarlas, sobre su propia naturaleza (civil, administrativa, cautelar o penal), su ámbito de protección o las autoridades competentes, se convierten en el principal obstáculo para garantizar la eficacia extraterritorial de tales medidas[64]. A ello se añade la disparidad entre legislaciones en la misma concepción y definición de la violencia de género, incluyendo aquéllas que ni siquiera incorporan un concepto de violencia de género, ni de violencia doméstica o familiar[65].

Pero, además, el hecho de que la orden de restitución, como también la norma sobre la competencia judicial de los Tribunales de la residencia habitual

---

60 Tal como indica BLANCO-MORALES LIMONES, P., "La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 8427, 24.11.2014 (D-390), p. 826, que alude a los cuatro ambiciosos compromisos de la Directiva 2012/29/UE en la lucha contra la violencia hacia las mujeres, esto es, prevención, protección, enjuiciamiento y políticas integrales.

61 A ello se refiere igualmente REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 185.

62 *Guía de Buenas prácticas, op. cit.*, p. 27.

63 *Proyecto de Guía de Buenas prácticas, op. cit.*, pp. 35 ss.

64 Ver FREIXES, T. y ROMÁN, L., *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Estudio preliminar de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección*, Tarragona, URV, UAB, 2014, pp. 14-17.

65 Ver MERINO, V., "La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados miembros", en FREIXES, T., y ROMÁN, L. (Dirs.), OLIVERAS, O. y VAÑÓ, R. (Coord.) *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 50-58.

anterior al acto ilícito, regulada en el art. 9 de Bruselas II ter[66], se convierte en realidad en una baza del maltratador, al colocar de nuevo a la víctima en su territorio –si decide regresar- y, de este modo, el Estado y los poderes públicos se convierten en cómplices de que se perpetúe la violencia[67].

En la mejora del régimen regulador de las medidas de protección del menor –y de la madre sustractora- en el Estado de residencia habitual del menor anterior a su traslado o retención será importante compatibilizar la aplicación del Reglamento Bruselas II ter con el Reglamento UE 606/2013 sobre la Orden Europea de Protección (OEP) en supuestos de violencia contra las mujeres (regulada por la Directiva 2011/99/UE)[68]. Sin olvidar las diferencias entre ambos textos (el primero sobre medidas dictadas de ámbito penal, y en la Directiva, en cambio, de ámbito civil). También otras normas como las mencionada Directiva 2012/29/UE, de 25 octubre, de protección de la víctima de delito[69] y en España la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima[70].

En la práctica, el Reglamento 606/2013 no debe interferir en la aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Las decisiones adoptadas conforme a este último se reconocerán y ejecutarán conforme a él. No obstante, la coordinación entre ambos reglamentos y la Directiva no será tan sencilla. La heterogeneidad de las medidas de protección en violencia de género entre los Estados miembros, reflejo de las tradiciones jurídicas y culturales, genera problemas a la hora de homologar la protección de las víctimas. Además, la diversidad existente entre las regulaciones penales y la complejidad del procedimiento de reconocimiento mutuo previsto por la Directiva restarán también efectividad

---

66 Al hilo del asunto *MCP* (STJUE de 24 de marzo de 2021, en el asunto C-603/20 PPU, *MCP* (ECLI:EU:C:2021:231), el TJUE ha recordado que este foro fue el resultado de un delicado equilibro por el legislador de la UE entre dos extremos que se encuentran en la atribución de la competencia en casos de sustracción internacional de menores, "por un lado, la necesidad de evitar que el sustractor obtenga un beneficio de su acto ilícito y, por otro lado, la conveniencia de permitir que el órgano jurisdiccional más próximo al menor conozca de las acciones relativas a la responsabilidad parental. Ver GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "Competencia judicial internacional ante un caso de sustracción internacional de menores de un Estado miembro de la UE a un Estado tercero: comentario a la STJUE de 24 de marzo de 2021", *RGDE,* nº 55, 2021, pp. 229-244. Asimismo, VAN LOON, H., "The Brussels IIa Regulation: towards a review?", en Parlamento Europeo, "Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee", *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2015, pp. 178-207 (version online en http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf, p. 185; CAMPUZANO DÍAZ, B., "La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?", GUZMÁN ZAPATER, M y ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.), Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 91 y ss.

67 Siguiendo a REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 185.

68 DO L 181, de 29.6.2013.

69 DO L 315, de 14.11.2012.

70 BOE 101, de 28.4.2015.

práctica a la OEP, que dependerá de la actitud y disposición a colaborar entre los Estados miembros y la coordinación ejercida desde la UE[71].

Habrá que evitar situaciones en las que se dicte una orden de retorno del menor por no haberse podido demostrar a tiempo, en el país en que el menor está retenido, la situación de violencia producida en el país de la residencia habitual anterior al acto ilícito y no se haya reconocido a tiempo una OEP emitida contra el supuesto maltratador. De ahí que sea fundamental, como ya se ha mencionado, establecer un marco reforzado y efectivo de cooperación interestatal, así como el uso coordinado, en su caso, de los citados reglamentos. Junto a ello, el fomento de la formación e intervención de profesionales especializados en violencia de género será esencial, como también campañas de sensibilización.

4.2. Segundo desafío respecto a un problema invisible pero arraigado

Por último, hay que referirse a un segundo desafío, más delicado, al que se enfrenta el combate de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la sustracción de menores, que alude a un problema aparentemente invisible, pero arraigado y difícil de eliminar. Nos referimos a la insensibilidad que se observa muchas veces en la actuación de las autoridades, organismos y, en general, operadores jurídicos en todo este contexto. Dicha actuación responde a una visión de la mujer anclada en estereotipos, que poco a poco debe desaparecer. Como ya se expuso, la violencia institucional es una modalidad más de violencia de género que debe evitarse por todos los medios.

La perspectiva de género, que reclamábamos al principio, es urgente. De lo contrario, pueden volver a producirse acusaciones como las que tuvieron lugar con ocasión del asunto *González Carreño c. España* en que el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) acusó a España de seguir un patrón de actuación que "obedece a estereotipos y minimiza la situación de las víctimas de violencia doméstica colocándolas en una situación de especial vulnerabilidad"[72].

---

71 FREIXES, T. y ROMÁN, L., *op. cit.,* p. 17.

72 Dictamen de 16 de julio de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comunicación número 47/2012), según el cual España ha incumplido las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte. Tales incumplimientos se refieren a las obligaciones de prevención de situaciones de violencia de género y a las obligaciones de reparación. A pesar del Dictamen, el Estado español no ha reparado a la víctima. Ver VAQUERO LÓPEZ, C., *op. cit.*, 464; El TJUE en su sentencia de 1.3.2011, asunto C-236/09, hizo constar que la diferencia de trato entre hombres y mujeres ya no es permisible y en la última sesión de La Haya en 2019 del Intituto de Derecho internacional se puso de relevancia la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el DIPr. En particular

De hecho, el pasado 9.12.2021, las Naciones Unidas reclamaron al Gobierno español que haga más, "para proteger a los niños de la violencia doméstica y los abusos sexuales, garantizar que sus tribunales superen los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género" [73].

Al hilo de dicha reclamación la *Asociación de Mujeres Juezas* ha requerido el 10.12.21 "que se adopten las medidas necesarias para asegurar el efectivo cumplimiento de la normativa de protección a la infancia y adolescencia contra cualquier forma de violencia, entre ellas la inclusión de la utilización del Síndrome de Alienación Parental como forma de violencia de género en la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en línea con la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (arts. 11.3 y 26.3.a) [74].

Se trata, en definitiva, de evitar respuestas judiciales en que la madre sustractora víctima de violencia de género es percibida como "hostil y manipuladora" [75] o como en el caso Rivas, "que no muestra haberse arrepentido" o que es "una madre indigna" [76].

Urge combatir estos problemas -visibles e invisibles- que acechan a la violencia de género en el ámbito de la sustracción internacional de menores, y más allá de éste. Sólo así "se podrá avanzar en situar la dignidad humana en el corazón de la ley desde un compromiso con la solidaridad social" [77]. En un contexto tan específico como el que hemos analizado dicho avance deberá propulsarse con el DIPr. como herramienta y con un compromiso desde y con el feminismo.

BASEDOW, J., "Droits de l'homme et droit international privé", en *Annuaire de L'institut de droit international, Session de La Haye, Travaux preparatoires*, París, 2019, p. 35.

73 Http://www.ohchr.org

74 Http://www.mujeresjuezas.es

75 Ver KAYE, M., op. cit., pp. 197-198 y REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, p. 185.

76 En Diario *El País*, 16.12.2021 "Cuatro catedráticos de penal diseccionan el auto de Juana Rivas: "Lo del Juez Piñar es gravísimo, supura veneno", en www.elpais.com Para un análisis del caso, PÉREZ MARTÍN, L.A., "Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas", en BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88.

77 Siguiendo a Henri Battifol, como recuerda MUIR WATTS, H., Batiffol, en BASEDOW, J. y Otros (eds.), *Encyclopedia of Private international law*, vol. 1, Cheltenham, UK, 2017, p. 170.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*

www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- Biblioteca Virtual
- Herramientas Salariales
- Calculadoras de tasas y pensiones
- Tirant TV
- Personalización
- Foros y Consultoría
- Revistas Jurídicas
- Gestión de despachos
- Biblioteca GPS
- Ayudas y subvenciones
- Novedades

* Según ranking del CSIC

96 369 17 28

96 369 41 51

atencionalcliente@tirantonline.com

www.tirantonline.com