

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 57/2017

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria especializada en el estudio de la Unión Europea desde un enfoque interdisciplinar. Su objetivo fundamental es difundir conocimientos sobre el proceso de construcción europea en sus diferentes dimensiones (histórica, política, jurídica, económica, social, cultural...), así como suscitar la reflexión y la valoración crítica de los diferentes factores que van determinando su evolución y transformación.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Acción Exterior de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Organización editorial:

Dirección:

Beatriz Pérez de las Heras (Universidad de Deusto, España)

Dirección-Adjunta:

M.ª Luz Suárez Castiñeira (Universidad de Deusto, España)

Consejo de Redacción:

Francisco Aldecoa Luzárraga (Universidad Complutense de Madrid, España)

Alberto Alemanno (HEC Paris, Francia)

Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto, España)

Steffen Bay Rasmussen (Universidad de Deusto, España)

Javier Bilbao Ubillos (Universidad del País Vasco, España)

Karolina Boronska-Hryniewiecka (Wroclaw University, Polonia)

Marta Casado Abarquero (Universidad de Deusto, España)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (Universidad de Sevilla, España)

Igor Filibi López (Universidad del País Vasco, España)

Peter Gjortler (Riga University, Letonia)

Inmaculada Herbosa Martínez (Universidad de Deusto, España)

Javier Larena Beldarrain (Universidad de Deusto, España)

Ainhoa Lasa López (Universidad de Alicante, España)

Enrique Linde Paniagua (UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, España)

Nerea Magallón Elosegui (Universidad de Deusto, España)

José Martín y Pérez de Nanclares (Universidad de Salamanca, España)

Oana Petrescu (Ministerul Justiției din Romania, Rumanía)

Francesco Ricci (Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima, Italia)

Mariola Urrea Corres (Universidad de la Rioja, España)

Consejo Asesor:

Joana Abrisketa Uriarte (Universidad de Deusto, España)

Ander Audikana Arriola (Universidad de Deusto, España)

Cristina Churruca Muguruza (Universidad de Deusto, España)

Juan Luis Crucelegui (UNCTAD, Suiza)

Augustin Fuerea (Nicolae Titulescu University of Bucharest, Rumanía)

Beatriz Iñarritu Ibarreche (Universidad de Deusto, España)

Nicolás Mariscal Berástegui (Universidad de Deusto, España)

María Nagore Casas (Universidad de Deusto, España)

José Palacio González (Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo)

Joaquín Roy (University of Miami, Estados Unidos)

Secretaría Técnica:

Noemí Angulo Garzaro (Universidad de Deusto, España)

David Fernández Rojo (Universidad de Deusto, España)

Administración y Secretaría:

estudios.europeos@deusto.es

Precios de suscripción:

| | 2 números año | Número suelto |
|-------------------|-------------------------|-------------------------|
| Zona euro | 44 euros (IVA incluido) | 28 euros (IVA incluido) |
| Otras zonas | 60 dólares | 39 dólares |

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en las bases de datos ISOC y EBSCO.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

ISSN-e: 2445-3587

Depósito legal: BI - 620-91

Revista Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

Contenido. La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.

Envío de originales. Los originales han de ser inéditos y escritos en castellano. También podrán admitirse originales en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea, así como en Euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en soporte electrónico al Instituto de Estudios Europeos a la dirección: estudios.europeos@deusto.es

Formato

—En la primera página se incluirá el título del artículo, en castellano y en inglés, nombre del autor, filiación académica, dirección de correo electrónico.

—La segunda página recogerá un sumario, un resumen en castellano y un *abstract* en inglés, de 200 palabras máximo cada uno, 3-5 palabras clave en castellano y en inglés.

—Extensión máxima: 25 páginas, tamaño Dina 4.

—Párrafos: interlineado 1,15, justificado y primera línea sangrada con tabulador.

—Tipo y tamaño letra: *Times New Roman* 12.

—Notas a pie de página: *Times New Roman* 10.

—Título del artículo: *Times New Roman* 14, mayúscula y negrita.

- Ejemplo: **LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE**

—Primer rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y negrita.

- Ejemplo: **La política energética en la UE**

—Segundo rango de apartado: *Times New Roman* 12, minúscula y cursiva.

- Ejemplo: *La posición de la UE en las negociaciones internacionales*

—Sumario:

- Ejemplo: **Sumario:** I. Introducción.—II. Marco jurídico-institucional de la política ambiental UE. 1. Marco Institucional. 2. Marco Jurídico—III. El papel de la UE en las negociaciones internacionales del régimen sobre cambio climático. 1. La posición de la UE en las negociaciones internacionales. 2. La política de la CE para combatir el cambio climático. 2.1. Antes de la reforma de Maastricht. 2.2 Después de la reforma de Maastricht—IV. Conclusiones.

—Párrafos: interlineado sencillo, justificado y primera línea sangrada en un tabulador.

- Ejemplo:

Sin embargo, este artículo hace comprender la ZEE no sólo la columna de agua suprayacente sino el lecho y el subsuelo de la marino, coincidiendo, en parte, con la plataforma continental, como luego veremos.

¿Estarían entre estas actividades económicas el almacenamiento de dióxido de carbono? En principio no parece que haya nada que lo impida...

Manual de estilo Chicago-Deusto

Para la incorporación de citas y referencias bibliográficas, los autores seguirán el sistema denominado «notas y bibliografía» del Manual de estilo Chicago-Deusto, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/chicago-es/chicago01-es-guiabreve>

Notas y bibliografía: ejemplos

- Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada.
- En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

- Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.
- Duch, *Mito...*, 15.
- Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.
- Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

- Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

- Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

- Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

—Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

—Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

—Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

—Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

18 Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

—Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

19 Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

—James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

—Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

—Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

—Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

- Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.
- Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.
- Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.
- Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

- María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.
- Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

2.2. Artículo en una revista en línea

- Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.
- Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo:

- Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.
- Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

- David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.
- Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

- Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.
- Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

- Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).
- Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

—«McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

—José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía:

—Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

—Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar:

—Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

—Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos:

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

—Asunto C-38/14, Mr. Jones versus Secretariat of State, Judgment of the Court of 23 June 2015, ECLI:EU:C:2015:222.

Norma jurídica

- Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (BOJA núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).
- Reglamento (UE) n.º 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores (DOUE L 241 de 27 de mayo de 2011).

Proceso de evaluación y publicación. Los trabajos dirigidos a las secciones de Estudios y Otros estudios se someterán a la previa evaluación por un miembro del Consejo de Redacción y por un experto independiente a la revista. Aparte de las cuestiones formales de presentación, se valorarán la coherencia de los trabajos con el enfoque de la revista, su carácter innovador, el rigor de análisis y metodológico y su aportación al conocimiento del proceso de construcción europea. El proceso de evaluación será absolutamente anónimo. La decisión sobre la publicación o no de los originales, así como su publicación con previas modificaciones será comunicada en un plazo no superior a 3 meses desde el momento en que se acepta su entrega.

Derechos de autor

El autor cede a la Universidad de Deusto los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción del trabajo que somete a publicación en *Cuadernos Europeos de Deusto* (CED) en cualquier tipo de soporte, incluida la cesión para su inclusión en las bases de datos en las que esta revista está indexada y en el repositorio institucional de la Universidad de Deusto.

El acceso al contenido digital de cualquier número de *Cuadernos Europeos de Deusto* es gratuito, en régimen de *open access*. Los trabajos podrán leerse, descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley inmediatamente después de la publicación de cada número.

Asimismo, los trabajos editados en *Cuadernos Europeos de Deusto* pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en CED, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Aviso legal

Es responsabilidad exclusiva de los autores el contenido de sus respectivos trabajos publicados en esta Revista. Los autores asumen la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios para la reproducción en sus manuscritos de cualquier texto, material o ilustración, proveniente de otro autor, institución o publicación. Las consecuencias que puedan derivarse de denuncias por publicación de artículos plagiados serán responsabilidad exclusiva de los autores.

Más información: <http://ced.revistas.deusto.es>

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 57/2017

La contribución de la UE a los grandes
desafíos de la sociedad internacional

Sumario

Presentación

Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, La contribución de la Unión Europea a los grandes desafíos de la sociedad internacional 17

Estudios monográficos

Ana Mercedes LÓPEZ RODRÍGUEZ, El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo 29

Belén BECERRIL ATIENZA, La Unión Europea ante el desafío de la diversidad cultural. La implementación de la Convención de la UNESCO en la Unión Europea, diez años tras su entrada en vigor 69

Carolina JIMÉNEZ SÁNCHEZ, La influencia del Programa «La mujer, la paz y la seguridad» en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea 101

Julia ROPERO CARRASCO, Inmigración, integración y diversidad: Un análisis crítico a partir del tratamiento de la mutilación genital femenina en la Unión Europea 133

Justo CORTI VARELA, Contribuciones de la Unión Europea a los desafíos que representa la protección del medio ambiente: La diplomacia europea en materia de lucha contra el cambio climático 167

| | |
|--|-----|
| Rosa GILES CARNERO, La contribución de la Unión Europea al desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático: el paquete europeo sobre clima y energía en el contexto de la acción internacional | 193 |
| Rafael RODRÍGUEZ PRIETO, De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red. Un análisis crítico de la política de la UE sobre internet y algunas propuestas de mejora | 217 |
| Jurisprudencia | |
| David ORDÓÑEZ SOLÍS, Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea | 249 |
| Crónica | |
| Beatriz IÑARRITU, Crónica Comunitaria: Actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea (junio de 2017) | 285 |

Presentación

La contribución de la Unión Europea a los grandes desafíos de la sociedad internacional

The European Union's contribution to great challenges of the international society

Pablo Antonio Fernández Sánchez

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Sevilla
pafernandez@us.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp17-25>

Resumen: Este monográfico recoge siete contribuciones sobre algunos de los temas abordados en el marco de la Red de Excelencia «Nuevos Desafíos del Derecho Internacional», del Plan Nacional de I+D+i, DER2015-69273-REDT y del Proyecto de Excelencia I+D «Las respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los nuevos riesgos y amenazas contra la seguridad humana», del Plan Nacional de I+D+i, DER2015-65906-P. Este ejemplar sobre «La Contribución de la Unión Europea a los grandes desafíos de la sociedad internacional» constituye en sí mismo uno de los resultados científicos de estos proyectos en los que participan investigadores de diversas universidades españolas coordinados por el Profesor Pablo Antonio Fernández Sánchez.

Abstract: *This monographic issue includes seven contributions on some of the topics covered by the Excellence Network «New Challenges of International Law», the National R & D & I Plan, DER2015-69273-REDT and the R & D Excellence Project «The responses of International and European Law to the new risks and threats against human security», of the National R & D & I Plan, DER2015-65906-P. This special issue on «The contribution of the European Union to the great challenges of international society» is in itself one of the scientific results of these projects in which researchers from several Spanish universities participate under the supervision of Professor Pablo Antonio Fernández Sánchez.*

En el marco de la Red de Excelencia «Nuevos Desafíos del Derecho Internacional», del Plan Nacional de I+D+i, DER2015-69273-REDT y del Proyecto de Excelencia I+D «Las respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los nuevos riesgos y amenazas contra la seguridad humana», del Plan Nacional de I+D+i, DER2015-65906-P decidimos ofrecer la posibili-

dad de realizar un monográfico en esta Revista sobre algunos de los temas que estamos abordando en estos dos proyectos.

De esta forma, se elaboró una llamada a presentación de propuestas y de todas ellas, fueron seleccionadas las que conforman este monográfico, una vez pasados los filtros correspondientes de preselección por parte del IP de los proyectos, de la Directora de la Revista y del Consejo de Redacción.

Todos los artículos pasaron por el sistema preceptivo de la Revista de *double blind peer-review*, que garantizaba su calidad y su adecuación a los estándares científicos de la Revista.

La selección de los siete artículos que se presentan en este número responde a la temática de investigación generada, tanto en la Red de Excelencia como en el Proyecto de Excelencia, ambas financiadas por el MINECO y los FEDER-UE.

La temática general de la contribución de la UE a los grandes desafíos de la sociedad internacional aconsejaba abordar una variada casuística, con la conciencia de que no se agotaban todas las oportunidades que eran posible, sobre todo, teniendo en cuenta la amplitud de los componentes de la Red que cuenta con más de 60 investigadores de doce universidades españolas y del Proyectos en el que están involucrados investigadores de Europa y América.

Consciente de esta situación, se vio conveniente analizar una de las grandes preocupaciones del Derecho Internacional y de la Unión Europea en el marco de una sociedad internacional tan interdependiente y global como la actual: el arbitraje de inversiones.

El Tratado de Lisboa otorgó competencias exclusivas a la UE en materia de inversiones extranjeras directas. Esta nueva carga competencial no sólo suponía un desafío en el marco de la política exterior de la UE sino que requería nuevos mecanismos que dieran soluciones a las controversias derivadas de la actividad inversora privada en Estados extranjeros.

Cuando en Derecho Internacional se habla de solución de controversias, siempre se tiene en mente el principio de libertad de medios. Sin embargo, cuando hablamos de la intervención de terceros privados, poco habituados a los medios internacionales de solución de controversias, por su imprecisión y sometimiento a los avatares políticos, hay una tendencia a la institucionalización del arbitraje como medio. Su carácter *ad hoc*, su facilidad de composición, su inmediatez, su formalidad ligera, su intervención directa de las partes en la selección de los árbitros o su preacuerdo de formalidades procesales, etc. le hacen idóneo. También resultan idóneos foros de elección como CIADI, UNCITRAL o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Ahora bien, también la conformación de Tribunales preconstituidos puede ser una solución, que revestiría a sus decisiones de mayor imparcialidad, si cabe. De esta forma, la Comisión Europea ha propuesto la creación

de un Tribunal Internacional de Inversiones, incluyendo un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelaciones. La composición, el sistema de elección de los jueces, las reglas aplicables, la multilateralidad son temas que deben ser analizados con sosiego. Por ello, entre los trabajos que se incluyen en este monográfico se ha aceptado el análisis que ha ofrecido la Prof.^a Dra. **Ana Mercedes López Rodríguez**, Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Loyola de Andalucía.

Otra cuestión que ha sido seleccionada es la complementariedad de las normas internacionales de protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, en el marco de la política cultural de la UE. De nuevo, pues, nos centramos en otra de las grandes contribuciones de la UE a los desafíos del Derecho Internacional.

Desde 2007 está en vigor la Convención de la UNESCO sobre la Protección y promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales que la UE impulsó con la idea de establecer un pilar cultural en la gobernanza internacional.

La UE no dispone de competencias exclusivas en la política cultural, por tanto, comparte con los Estados Miembros el diseño y la ejecución de esta política. De esta forma, el abordaje de esta materia resultaba de interés para el monográfico, a pesar de que su análisis afrontaba tan solo las situaciones *ad intra* y no *ad extra*. Ello, lejos de resultar un déficit para el objetivo central del monográfico, se convertiría en un importante revulsivo dado que conociendo el modelo de integración de las normas contempladas por la Convención de la UNESCO podría resultar de enorme utilidad para los emprendedores de los aspectos culturales en el marco de la gobernanza global.

La Prof. Dra. **Belén Becerril Atienza**, de la Universidad CEU San Pablo ha elaborado una artículo sobre este desafío tan importante.

Entre los temas propuestos se hallaba uno que englobaba dos aspectos de proyección estratégica que era el papel de la mujer en la Agenda de Seguridad y Defensa de la UE y el Programa de Naciones Unidas sobre «la mujer, la paz y la seguridad».

Son dos aspectos aparentemente diversos pero que la Prof.^a Dra. **Carolina Jiménez Sánchez**, de la Universidad de Málaga ha sabido abordar, de tal manera que resultara imprescindible para su incorporación en este monográfico.

En verdad se trata de analizar cómo se ha implementado el Programa de Naciones Unidas sobre «la mujer, la paz y la seguridad» que adoptó el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el año 2000, consciente de la necesidad de enfocar más adecuadamente el rol de la mujer en los procesos de paz, tanto como actores, como víctimas. Este nuevo enfoque permitiría una concepción global diferente de la seguridad.

La pretensión del Programa, como señala la propia Prof.^a Jiménez Sánchez, era servir de «fuerza transformadora... (que hagan)... evolucionar, ante todo, las «ideas», las concepciones patriarcales sobre la seguridad».

La UE, actor global en materia de seguridad, ha ido estableciendo marcos normativos, orientaciones generales, indicadores de mejoras, acciones proactivas, etc. De hecho, en las operaciones de gestión de crisis internacionales, la UE ha establecido asesores de género, que han ido analizando los casos de abuso y explotación sexual, la violencia contra las mujeres, etc. Igualmente, la UE ha establecido medidas en relación con las mujeres solicitantes de asilo y las buenas prácticas para su protección. Ha incluido a mujeres en los puestos de toma de decisiones, etc.

Obviamente, la política de seguridad y defensa tampoco es una política exclusiva de la UE por lo que se requiere el concurso de los Estados Miembros. Éstos han establecido planes de acción que han ido adoptando a medida que las exigencias de la propia UE eran más precisas.

Es verdad que no todos los Estados Miembros de la UE han adoptado Planes Nacionales. Todo ello es objeto de análisis en este artículo, con tablas de alto interés donde visualizar los Estados Miembros que han adoptado ya sus Planes Nacionales, los que no lo han adoptado, los que habiéndolo adoptado han sido objeto de reforma y actualización, etc.

España adoptó tempranamente el Plan Nacional, en 2007. Sin embargo no ha sido objeto de renovación y mejora. Por ello, el artículo recoge apartados específicos destinados al análisis de la cuestión en España.

Otro tema que suscitó el interés de la Revista, en cuanto a las propuestas recibidas, fue el tema del enfoque que se aportaba desde la UE para el tratamiento de la mutilación femenina. Este tema tenía mucho que ver con uno de los grandes desafíos de la comunidad internacional que es el de la integración de los inmigrantes, en el respeto de su diversidad. Evidentemente este desafío es especialmente interesante en el marco europeo, no sólo porque supone uno de los espacios geográficos más inclusivos del mundo sino porque la dimensión del respeto de los derechos humanos, especialmente en el caso de las niñas y las mujeres permitirán aflorar los problemas jurídicos subyacentes.

La reflexión que ofrecía la Prof.^a Dra. **Julia Ropero Carrasco**, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos resultaba idónea para conformar el grupo de artículos que visualizara la contribución de la UE a los grandes desafíos de la sociedad internacional. Los tres elementos: inmigración, integración y diversidad, a través de un caso específico pero significativo: la mutilación genital en su dimensión del tratamiento que hace la UE.

La Prof.^a Ropero Carrasco se pregunta si en el tema de la mutilación genital hay cabida para la integración. Sus respuestas son eminen-

temente penalistas pero también hace análisis integradores de otros derechos como el propio del Derecho Internacional, en su dimensión europea, como los supuestos del asilo y el refugio y el de la jurisdicción internacional.

Los cuestionamientos culturales, como si se tratara del velo islámico o el ayuno del Ramadán, son desterrados radicalmente porque la mutilación genital afecta a la integridad física y estas cuestiones son orden público europeo. Por tanto, su práctica es rechazada por la sociedad y, por tanto, entra dentro del ámbito penal.

El planteamiento de las contradicciones en materia de asilo y refugio ocupa una parte del análisis en este artículo, lo que me parece un acierto y el enfoque sistémico, en el marco internacional, europeo y nacional, así como sociológico, teniendo en cuenta elementos culturales, humanitarios, antropológicos, políticos, etc.

En un monográfico como éste, diverso pero integrador, no podían faltar los desafíos relacionados con la protección del medio ambiente, especialmente la lucha contra el cambio climático.

En este marco hemos aceptado dos propuestas, una que tiene que ver con las contribuciones de la UE a los desafíos que representa la protección del medio ambiente: la diplomacia europea en materia de lucha contra el cambio climático que aborda el Prof. Dr. **Justo Corti Varela**, Profesor Adjunto de Derecho Internacional y Europeo de la Universidad CEU San Pablo. El segundo, sobre la contribución de la UE al desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático: el paquete europeo sobre clima y energía en el contexto de la acción internacional, que desarrolla la Prof.^a Dra. **Rosa Giles Carnero**, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva. Ambos son experimentados expertos en los temas que desarrollan.

Partiendo de la necesidad de abordar un análisis profundo de los mecanismos utilizados por la diplomacia europea, a raíz de la irrelevancia de su papel en Copenhague (2009), el Prof. Corti Varela propone un análisis sobre la diplomacia interna de la UE y su rol en las distintas negociaciones internacionales en materia de cambio climático. Por tanto, su aspiración, más allá de detectar las razones de los éxitos y fracasos de la diplomacia europea en esta materia de gobernanza global, es comprender las vicisitudes del liderazgo europeo, en relación con las fuerzas centrípetas y centrífugas que han conformado todo el proceso.

Para influir en la agenda medioambiental internacional, la UE debe conocer mucho mejor los intereses particulares de sus propios socios y a sus contrapartes, sobre todo, EEUU y China para aunar esfuerzos y conciliar intereses.

Los éxitos relativos de París parecen éxitos circunstanciales. El propio autor ya se pregunta por las consecuencias en el desequilibrio de obligaciones que va a suponer la prometida retirada de Trump de los Acuerdos de París.

A los efectos internos también resulta bastante descorazonador la falta de comunitarización de la política energética, indisolublemente unida a la política climática. Los Estados Miembros, aun hoy día, disponen de intereses en materia de carbón, de petróleo, de energía nuclear, de energías renovables, etc. lo que dificulta el consenso interno. Si a ello unimos las reglas de la competencia, la estructuras de los mercados, el coste para los consumidores, etc. se comprenderán mejor las dificultades.

A los efectos externos, la exportabilidad del modelo no ha producido efectos significativos, aunque el modelo del comercio de emisiones, copiado de modelos interestatales de EEUU, si ha tenido efectos, al menos para confiarle a la UE un cierto liderazgo. Sin embargo, los modelos europeos no suponían intereses para los Estados emergentes que querían y quieren, a toda costa, no tocar su modelo productivo para no hacer peligrar su crecimiento económico.

La diplomacia europea se vio desbordada y no fue capaz de ofrecer soluciones imaginativas para la conciliación de todos los intereses en juego. Su nuevo rol de búsqueda de intermediación entre EEUU y China ha producido algunos elementos positivos, sin embargo, la posible retirada de EEUU de la diplomacia climática va a suponer más esfuerzos añadidos a la diplomacia europea.

En cuanto al paquete europeo sobre clima y energía, se analizan dos contextos secuenciales diferentes, aunque no distintos: el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto y la contribución determinada a nivel nacional en el Acuerdo de París.

El Protocolo de Kioto tuvo el privilegio de asegurar una sustancial disminución de las emisiones de gases de efectos invernadero, principalmente CO₂ por la imposición de obligaciones diferenciadas para los Estados más desarrollados. Es verdad que se establecieron dos periodos, uno que abarcaba desde la entrada en vigor del Protocolo de Kioto hasta el 31 de diciembre de 2012 y otro que debería negociarse para que entrara en vigor el 1 de enero de 2013 y que fuera de aplicación hasta 2020.

Es verdad que el Protocolo de Kioto no supuso un instrumento eficaz porque las medidas de mitigación que desarrolló no fueron ya suficientes para la situación del clima. El sistema del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas impidió la inclusión de Estados Unidos y las economías emergentes, como China, India, Brasil, etc quedaron también fuera del sistema.

A finales de 2012 no se consigue establecer un marco obligacional para el segundo periodo del Protocolo de Kioto, lo que supone la salida de algu-

nos Estados importantes del sistema y la aceptación de una Enmienda, la llamada Enmienda de Doha con la extensión de las obligaciones iniciales de Kioto pero que a día de día, aún no ha entrado en vigor.

Estados Unidos y China apostaron por un nuevo Acuerdo, por lo que se desarrolló un nuevo tratado internacional, ya en vigor, el Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015 (en vigor desde el 4 de noviembre de 2016).

La UE, a pesar de su fracaso diplomático de no encontrar compromisos internacionales al segundo periodo del Protocolo de Kioto, de 2013 a 2020, siguió su lucha climática, de forma unilateral, imponiendo a nivel interno un paquete de normas sobre clima y energía, con medidas para la mitigación de los efectos del cambio climático. Alcanzaría hasta el 30% de reducción del grado de emisiones hasta 2020, siempre y cuando hubiera estrategias comparables. También modificaría su sistema de mercado de emisiones.

La pretensión de la UE es servir de espejo global para establecer medidas en una economía post carbono, manteniendo la competitividad. De esta forma, pretende ser ejemplo de cómo un marco regional puede servir de interacción con el sistema internacional.

En el marco del Acuerdo de París, la UE se ha comprometido a la reducción del 40% de las emisiones para 2040 sobre la base de lo que emitía en 1990 y subir las renovables hasta el 27%. Se mantendrá el sistema del comercio de emisiones y establecería un nuevo paquete de acciones sobre clima y energía.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el Acuerdo de París, a los efectos de la UE, es un tratado mixto, firmado por la UE y por los Estados Miembros y, si bien la UE y muchos Estados Miembros lo han ratificado, hay otros Estados Miembros de la UE que aún no han presentado su consentimiento.

Por último, parecía de gran importancia aceptar la propuesta del Prof. Dr. **Rafael Rodríguez Prieto**, Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Se trata de una reflexión documentada y un análisis crítico sobre la neutralidad y la imparcialidad del mundo digital, de la red, teniendo en cuenta que este desafío es global porque el mundo cibernético no conoce fronteras y opera desde cualquier lugar del mundo. Por ello, el análisis del Prof. Rodríguez Prieto se debería centrar en la política de la UE sobre internet.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos vela por el tratamiento de la información personal y por la intimidad en el mundo cibernético, que son derechos fundamentales. Por otro lado había que considerar otros derechos como el de información, con las dificultades inherentes a los contenidos plurales y sin control que ofrece internet.

La idea de la UE es la regulación de la neutralidad de la Red, protegiendo y garantizando los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, las

vías por las que la UE trata de garantizar la neutralidad no son convincentes. De esta forma, habría que buscar una tercera vía que bien pudiera ser la concepción imparcial de la Red, más que la neutral. Ello se debe al proceso de concentración empresarial que permite la obtención y el intercambio de datos que traspasan, incluso, fronteras nacionales. Empresas como Google o Facebook suponen una concentración inimaginable hasta ahora, de todos los contenidos de la Red.

La regulación jurídica de estas cuestiones en la UE se han centrado en las reglas que salvaguardan el tráfico en la Red que «ha de tratarse de forma equitativa, sin discriminación, restricción o interferencia, independientemente del emisor, el receptor, el tipo, el contenido, el dispositivo, el servicio o la aplicación». Esta loable pretensión cuenta con tres excepciones para la intervención del tráfico de datos: la orden judicial, las garantías de seguridad en Internet y la gestión del tráfico de datos.

Ahora bien, la regulación europea permita que haya diferentes categorías de tráfico de datos cuando se produzca congestión y los operadores tendrían, entonces, la posibilidad de regular las redes de comunicación, con lo peligroso que supone que puedan desarrollarse ideas, amparadas por esta norma, que ofrezcan paquetes diferenciados de información. Esto haría peligrar la neutralidad de la Red.

Las críticas están servidas. Hay quienes consideran que la neutralidad de la Red es una intromisión ilegítima en los derechos del libre mercado y quienes consideran que esta regulación deja demasiadas lagunas, con deficiencias jurídicas importantes destinadas a interpretaciones interesadas, sobre todo de las operadoras de comunicaciones o compañías suministradoras de contenidos, con las consecuencias para una desregulación.

De cualquier manera este tema ha llegado y se va a quedar por mucho tiempo porque hay poca conciencia en cuanto a la forma de regularlo y la UE se debate, desgraciadamente, entre la protección de los derechos de los ciudadanos y los derechos corporativos.

Por último, este número de Cuadernos Europeos de Deusto cierra, como viene siendo habitual, con los comentarios de **David Ordóñez Solís** a la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con una Crónica de la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea elaborada por **Beatriz Iñarritu**.

Sobre el autor

Pablo Antonio Fernández Sánchez es Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla (España) y Titular de la Cátedra Jean Monnet de la Unión Europea.

Es Investigador Principal de Proyectos Internacionales, Europeos y Nacionales, centrando sus líneas de investigación en el marco del Derecho Europeo, en la protección europea de los derechos humanos, en política exterior europea y en seguridad medioambiental. Entre sus principales libros en temática europea, se pueden señalar: *Las Obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, ISBN 84-505- 5786-0, 1987; *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Atelier, Barcelona, ISBN: 978-84- 96354-68-5, 2006; *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (Coord. junto a Javier García Roca), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (ISBN: 978-84- 259-1463- 8), 2009; *La Obra Jurídica del Consejo de Europa* (Ed.), Gandulfo Ediciones, Sevilla (ISBN: 978-84-613-9549-1), 2010; *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (Coordinador junto a F. Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti y Raúl Canosa Usera), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012. (ISBN: 978-84-470-3969-2).

About the author

Pablo Antonio Fernández Sánchez is Professor of Public International Law and International Relations at the University of Seville (Spain) and holder of the Jean Monnet Chair of the European Union.

He is Principal Investigator of International, European and National Projects, concentrating his lines of research within the framework of European Law, European protection of human rights, European foreign policy and environmental security. Among his main books on European themes are: *Las Obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, ISBN 84-505- 5786-0, 1987; *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Atelier, Barcelona, ISBN: 978-84- 96354-68-5, 2006; *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (Coord. junto a Javier García Roca), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid (ISBN: 978-84- 259-1463- 8), 2009; *La Obra Jurídica del Consejo de Europa* (Ed.), Gandulfo Ediciones, Sevilla (ISBN: 978-84-613-9549-1), 2010; *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (Coordinador junto a F. Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti y Raúl Canosa Usera), Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012. (ISBN: 978-84-470-3969-2).

Estudios monográficos

El Sistema de Tribunales de Inversión. Posibles incompatibilidades con el Derecho europeo*,**

*The Investment Court System.
Potential incompatibilities with European Union Law*

Ana Mercedes López Rodríguez
Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Loyola Andalucía
amlopez@uloyola.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp29-68>

Sumario: I. Introducción.—II. Las particularidades del arbitraje de inversiones como método de resolución de controversias. Críticas a su actual configuración.—III. Hacia un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea.—IV. El Sistema de Tribunales de Inversión.—V. Análisis del Sistema de Tribunales de Inversión desde la perspectiva del Derecho europeo.—VI. Conclusiones.

Resumen: Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 la Unión Europea ha adquirido la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas (art. 207 TFUE), convirtiéndose junto a la política comercial común en uno de los principales pilares de la acción exterior de la misma. Esta circunstancia ha hecho que la Unión Europea haya interpretado esta nueva competencia como una oportunidad para intentar un tratamiento comprensivo de los temas de comercio e inversión a nivel europeo y para proponer una reforma profunda del sistema tradicional de protección de inversiones y de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado, conocidos en sus siglas anglosajonas de ISDS. Entre las reformas propuestas destaca la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones, propuesta no exenta de polémica y que encontraría posibles escollos desde el punto de vista del Derecho de la Unión.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, arbitraje de inversiones, Sistema de Tribunales de Inversión, Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP), Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA).

* Recibido el 10 de noviembre de 2016, aceptado el 11 de mayo de 2017.

** El presente estudio se enmarca dentro de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

Abstract: *With the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009 the European Union has taken an exclusive competence on foreign direct investments (art. 207 TFEU). Together with the common commercial policy, it is now one of the main pillars of the external action of the EU. The Union has seen this new competence as a good opportunity to undertake a comprehensive regulation of trade and investment issues at the European level, including a major reform of the traditional mechanisms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS). The proposed reforms include the creation of an International Investment Court, but this proposal is controversial and faces potential legal pitfalls from the point of view of EU law.*

Keywords: *Foreign investments, ISDS, International Investment Court, TTIP, CETA.*

I. Introducción

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 la política comercial se ha convertido en uno de los pilares de la acción exterior de la Unión Europea (art. 207 TFUE) y ésta ha adquirido la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas.² Como consecuencia de esta nueva competencia la Unión ha adoptado nuevos reglamentos destinados a articular la transición del antiguo modelo de Acuerdos bilaterales de inversión (BITs) firmados por los Estados Miembros² y a clarificar de la responsabilidad financiera entre los Estados Miembros y la Unión Europea en caso de conflicto.³ Asimismo ha puesto en marcha la negociación de una serie de acuerdos de inversión con otros Estados, como Canadá, Estados Unidos, Vietnam o Singapur ya como titular de la capacidad para su firma⁴ y

¹ Francisco José Pascual Vives, «El Subsistema Regional Comunitario ante el Régimen Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 36 (2010): 467-495.

² Reglamento (UE) 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, DOUE L 351, 20 diciembre de 2012.

³ Reglamento (UE) 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, DOUE L 257, 28 agosto de 2014.

⁴ «Investment», European Commission. <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>, acceso el 23 de junio de 2016.

es en este último contexto donde se está produciendo un intenso debate sobre la conveniencia de incluir en los nuevos tratados que se firmen referencias al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias. Y es que los Acuerdos de inversión suelen incorporar en su clausulado el consentimiento arbitral de los Estados contratantes respecto a las disputas de inversión que puedan surgir entre éstos y los inversores de la otra parte contratante, constituyendo por tanto, la base jurídica sobre la que se asienta la competencia de los árbitros. Por consiguiente, la atribución a la Unión Europea de la competencia para celebrar Acuerdos de inversión el art. 207 TFUE supone la irrupción de la misma en el ámbito del arbitraje de inversiones.⁵

El rechazo a los mecanismos tradicionales de resolución de controversias inversor-Estado es especialmente patente en algunos Estados Miembros y ciertos sectores de la sociedad civil. E incluso en el Parlamento Europeo, donde se hubieron de suspender las votaciones sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión con Estados Unidos (en adelante, en sus siglas anglosajonas, TTIP) en junio de 2015 por la oposición de un número importante de sus miembros.⁶ En este contexto la Comisión Europea ha publicado un proyecto detallado de propuestas para el capítulo sobre inversiones destinado al TTIP y al acuerdo bilateral de libre comercio ya celebrado con Canadá (en adelante, CETA) que incluye la creación un Sistema de Tribunales de Inversión, en sustitución de los mecanismos tradicionales de resolución de controversias inversor-Estado. Queda por ver si el Sistema de Tribunales de Inversión es finalmente bienvenido por los EEUU en las negociaciones del TTIP. Además, el futuro de dicho Tratado⁷ y del Acuerdo

⁵ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado». *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 4/ 1 (2011): 117-136.

⁶ *EP vote and debate on TTIP recommendations postponed: what's next?*, *European Parliament*. http://www.europarl.europa.eu/us/en/news_events/news/news_2015/news_june_2015/ttip_recommendations.html, acceso el 23 de junio de 2016.

⁷ Una de las primeras adoptadas por el Presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, fue declarar la retirada del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP), habiéndose opuesto públicamente a la celebración de nuevos tratados comerciales. En la Unión Europea, la Comisión se comprometió a concluir las negociaciones del TTIP antes de finalizar el 2016, pero en Estados miembros como Francia y Alemania políticos destacados han anunciado el fracaso de las negociaciones del TTIP. «Trump and Clinton's free trade retreat: a pivotal moment for the world's economic future», *The Guardian*, 20 de agosto de 2016, último acceso el 14 de octubre de 2016, <https://www.theguardian.com/us-news/2016/aug/20/trump-clinton-free-trade-policies-tpip>; «TTIP has failed – but no one is admitting it, says German Vice-Chancellor Sigmar Gabriel», *Independent*, 28 agosto 2016, último acceso 14 de octubre de 2016, www.independent.co.uk/news/world/europe/ttip-trade-deal-agreement-failed-brexit-latest-news-eu-us-germany-vice-chancellor-a7213876.html.

con Canadá parecen estar pendiente de un hilo.⁸ Pero, en cualquier caso y, como requisito inicial, el modelo de Tribunal de Inversiones propuesto debe ser conforme con los ordenamientos jurídicos de las partes intervinientes. Sin embargo, dicha cuestión ha pasado prácticamente desapercibida para la Comisión.

Este trabajo se propone analizar en las siguientes líneas la propuesta del Sistema de Tribunales de Inversión y su compatibilidad desde el punto de vista del Derecho europeo. En último término permitirá formular una reflexión más general sobre su viabilidad como método alternativo de resolución de conflictos inversor-Estado, distinto e independiente del arbitraje de inversiones, mecanismo cuya conformidad con el Derecho europeo ya ha sido cuestionada.⁹

II. Las particularidades del arbitraje de inversiones como método de resolución de conflictos. Críticas a su actual configuración

La propuesta del Sistema de Tribunales de Inversión parte de un enfoque distinto e innovador de la Unión Europea respecto de la protección de la inversión y la resolución de conflictos entre inversores extranjeros y Estados, los denominados mecanismos ISDS (por sus siglas anglosajonas, *Investor-State Dispute Settlement*). Como se examinará en los apartados que siguen, la propuesta pretende la sustitución del arbitraje de inversiones por un sistema judicial (*Investment Court System*) estructurado en dos niveles, uno de primera instancia y otro de apelación. Ello no ha hecho sino reavivar el debate doctrinal sobre la legitimidad del arbitraje de inversiones y su necesidad de reforma.

⁸ Tras su veto inicial al CETA, el Parlamento de Valonia finalmente rectificó y permitió su aprobación a nivel europeo. El 15 de febrero de 2017 el Parlamento Europeo dio su visto bueno al CETA, pero tal como la Comisión Europea declaró el pasado 5 de julio de 2016, dicho acuerdo tiene una naturaleza mixta por lo que no solo basta la aprobación del Consejo y del Parlamento Europeo sino que necesita la ratificación de al menos 36 parlamentos nacionales y provinciales de los Estados miembros. En cualquier caso, puede ser provisionalmente aplicado, excluyendo las disposiciones de protección de inversiones, a la espera del voto de los Parlamentos de los Estados miembros, Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra COM (2016) 470 final, 5 julio de 2016, <<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-470-ES-F1-3-ANNEX-12.PDF>>.

⁹ Inge Govaere, *TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order*, *Research Papers in Law*, 1/2016, Department of Legal Studies, College of Europe, [www.hdl.handle.net/1854/LU-8031969](http://hdl.handle.net/1854/LU-8031969), acceso el 17 de mayo de 2017.

1. *El arbitraje de inversiones*

El arbitraje de inversiones surge con especial vigor a mediados del siglo XX como mecanismo de resolución de conflictos para proteger la seguridad jurídica del inversor extranjero ante los riesgos políticos de cambios normativos y frente a la posible falta de neutralidad e imparcialidad de los jueces y tribunales domésticos del Estado receptor de la inversión, bajo el contexto de un marco jurídico neutral, el derecho internacional de inversiones, adaptado a los contenciosos entre inversores extranjeros y Estados, y con base en los Tratados Bilaterales o Multilaterales de Inversión.¹⁰ En realidad estamos ante instrumentos de control del respeto por parte de los Estados de la legalidad en el ámbito económico, del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales. Y esta protección, que el inversor extranjero antes no tenía, ha hecho que proliferen las cláusulas compromisorias en los Tratados Bilaterales y Multilaterales de inversión.¹¹

Aunque presenta una vinculación estrecha con el arbitraje comercial internacional, el arbitraje de inversiones posee características propias, como la de ser un arbitraje sin vínculo contractual, el reconocimiento de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento o la ejecutabilidad directa de algunos laudos. En efecto, el arbitraje de inversiones, al reposar en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversor, ha sido caracterizado, en términos generales, como un «arbitraje sin vínculo contractual».¹² Se trata un procedimiento arbitral de carácter internacional y mixto, esto es, que otorga legitimación activa al inversor para solicitar un arbitraje de inversiones contra el Estado receptor como consecuencia de la violación del Tratado de Inversión, e incluso de un incumplimiento contractual en virtud de una cláusula de cobertura o paraguas (*umbrella clause*).¹³ El consentimiento del Estado es general porque no se limita a un inversor específico, proyecto de inversión, disputa o serie de conflictos derivados de un evento determinado. En cambio, el consentimiento autoriza la iniciación de un arbitraje obligatorio por parte de cualquier miembro de una clase indeterminada de reclamantes

¹⁰ Enrique Fernández Masiá, «Arbitraje Inversor-Estado: de “Bella Durmiente” a “León en la jungla”». *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), 26 (2013).

¹¹ *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByApplicableLaw>, acceso el 23 de junio de 2016.

¹² José Carlos Fernández Rozas, «Internacionalismo vs Mercatorismo en la Especialización del Arbitraje Internacional», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 5/ 1 (2012): 37-90, 70.

¹³ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «Contract claims and treaty claims: relación entre las cláusulas *umbrella* y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva». *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3/ 3 (2010): 797-811.

potenciales en relación con una muy amplia gama de conflictos, lo que ha llevado a comparar estas cláusulas compromisorias, con la emisión de un «cheque en blanco que se puede hacer efectivo por una cantidad incierta, en una fecha futura, aunque todavía desconocida.»¹⁴

Las cláusulas arbitrales de muchos Tratados de Inversión permiten al inversor elegir entre dos o más métodos de resolución de conflictos, siendo el foro más común el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), que es una institución del Banco Mundial con sede en Washington creado como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigor en 1966. Todos los Estados Miembros de la UE, a excepción de Polonia, son parte de este Convenio.¹⁵ El régimen de arbitraje del CIADI es aplicable a la resolución de disputas entre nacionales de Estados Contratantes del CIADI y otros Estados Contratantes del CIADI, donde los primeros han realizado una inversión. Se trata de un arbitraje realmente deslocalizado, en el sentido de que está sujeto a los preceptos del Convenio CIADI y normas que son totalmente independientes de cualquier derecho estatal. Pues bien, los laudos arbitrales que se dicten son directamente ejecutables en los Estados Contratantes del CIADI, estando los recursos limitados a un solo mecanismo de revisión del procedimiento en el mismo seno del CIADI.¹⁶ Otros foros ampliamente aceptados en el arbitraje de inversiones, aunque en menor medida, son los tribunales ad-hoc siguiendo el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (en adelante, UNCITRAL)¹⁷ o el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.¹⁸ En términos procedimentales, los arbitrajes de inversión realizados en estos últimos foros son distintos en muchos aspectos de los arbitrajes CIADI, pues los laudos necesitan el respaldo de los mecanismos tradicionales de ejecución, tales como Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sen-

¹⁴ Gus Van Harten y Martin Loughlin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *The European Journal of International Law*, 17/1 (2006): 121-150, 126 ss.

¹⁵ <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/Lista%20de%20Estados%20Contratantes%20y%20Signatarios%20del%20Convenio-%20Latest.pdf>, a 12 de abril de 2016,

¹⁶ Art. 52 del Reglamento de Arbitraje del Convenio del CIADI.

¹⁷ Clyde Croft, Christopher Kee y Jeff Waincymer, «A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules». *Cambridge: Cambridge University Press* (2013).

¹⁸ Karl Guterstam, *et al.*, «SCC Arbitration Rules». Mistelis (ed.) *Concise International Arbitration*, Segunda Edición, Kluwer Law International (2015): 709 y ss; Nils Eliasson, «Stockholm as a Forum for Investment Arbitration». Martin Wallin, *et al.* (eds.) «International Arbitration in Sweden: A Practitioner's Guide». *Kluwer Law International* (2013): 25-52.

tencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958). Así pues, los laudos fuera del régimen del CIADI pueden ser anulados bajo los mismos supuestos que los laudos de arbitraje comercial y quedan sujetos a la apreciación de jueces y tribunales nacionales.¹⁹

Si bien el procedimiento arbitral es esencialmente el mismo que en el arbitraje comercial, incluyendo la constitución del tribunal, principios aplicables al proceso, emisión del laudo etc., la controversia se dirime conforme a un tratado internacional sometido al derecho internacional que cuenta con principios propios destinados a proteger al inversor, como como el de trato justo y equitativo o los del trato nacional, trato de nación más favorecida o plena protección y seguridad.²⁰ Se trata de principios e instituciones creados al amparo de una jurisprudencia arbitral cada vez más amplia ya que la protección del inversor viene recogida normalmente en términos abiertos y elásticos, por lo que en muchos casos los árbitros deben actuar como pseudolegisladores. En la realización de esta tarea los árbitros se suelen remitir a la redacción literal del Tratado de Inversión aplicable, así como sobre la orientación que el precedente arbitral puede proporcionar, jugando éste un papel más prominente que en el arbitraje comercial. En cualquier caso, los tribunales arbitrales no están obligados por el principio de *stare decisis*, es decir, no tienen ningún deber de decidir el caso basándose en el contenido de las decisiones anteriores sobre temas similares; por lo tanto, existe un riesgo potencial de inconsistencia de los laudos arbitrales, que podrían decidir casos análogos diferentemente.

2. El debate sobre la legitimidad del arbitraje de inversiones

Es innegable que el arbitraje de inversiones resulta muy atractivo para los inversores extranjeros, quienes encuentran a su disposición un ámbito en el que los Estados se despojan de sus privilegios y litigan «entre iguales» con las empresas privadas para resolver sus controversias. Desde otra perspectiva, sin embargo, ha sido objeto de muchas críticas que cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones precisamente por situar en un

¹⁹ Albert Jan Van Der Berg (ed.), «New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond». *ICCA Congress Series Set* (Book 12), Kluwer Law International (2005): 188 y ss.

²⁰ Enrique Fernández Masiá, «Atribución de competencia a través de la cláusula de nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras». *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), 13 (2007) <http://www.reei.org/index.php/revista/num13/articulos/atribucion-competencia-traves-clausula-nacion-mas-favorecida-lecciones-extraidas-reciente-practica-arbitral-materia-inversiones-extranjeras>.

mismo plano intereses de naturaleza estrictamente privada con intereses de carácter general.

Casi todas las críticas apuntan a la tensión resultante de la fusión en el arbitraje de inversiones de fuentes del Derecho internacional clásico con un arbitraje de estilo comercial para resolver lo que son esencialmente controversias públicas acerca de la conformidad del ejercicio de la potestad normativa y administrativa del Estado de acogida bajo la óptica del Derecho internacional.²¹ Se aduce que el arbitraje de inversiones es una privatización intolerable de la justicia puesto que las controversias de inversión no se originan en una relación de reciprocidad sino en un contexto regulatorio.²² A este respecto, la resolución de este tipo de controversias se asemeja más al control judicial de la actividad de la Administración pública que al arbitraje comercial, donde solo se atiende a los intereses de las partes.

Ciertamente, al igual que en arbitraje comercial, son las partes quienes deciden el nombramiento de los árbitros, quienes pueden actuar como abogados en otras controversias y provocar con ello conflictos de interés, reales o aparentes. Además, la naturaleza ad-hoc de la designación arbitral puede llegar a percibirse como un incentivo económico para que se multipliquen los conflictos y las demandas de arbitraje.

La naturaleza privada del arbitraje de inversiones se manifiesta además, en su poca transparencia, que queda en mano de lo que decidan las partes, sobre todo los arbitrajes UNCITRAL, que son confidenciales.²³ No así las controversias decididas en el régimen del CIADI, que publica todos sus casos. Pero a menudo las disputas se acaban resolviendo amistosamente en hoteles, a puerta cerrada, sin que se hagan públicos los documentos que reflejan los acuerdos. Esta opacidad se considera intolerable cuando se trata de controversias que implican cuestiones de interés público legítimo como el control y prohibición de sustancias nocivas, la protección de bienes culturales etc. que requieren en todo caso una supervisión pública.²⁴

²¹ Josefa Cantero Martínez, «Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP». *Revista Española de Derecho Europeo*, 58 (2016): 13-45.

²² Susan Franck, «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*, 73 (2005): 1521-1625, <www.ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol73/iss4/10>.

²³ Enrique Fernández Masía, «¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje de inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado». *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, 19/1 (2007): 1-14.

²⁴ Stephan Schill, «Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator». *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010): 401-430, 412.

A todas las críticas anteriores se añade la complejidad de los procedimientos, la falta de consistencia de soluciones,²⁵ el riesgo de enfriamiento regulatorio²⁶ y la existencia de un mecanismo externo y paralelo al sistema judicial estatal, vetado a los inversores nacionales y de facto, por su elevado coste, a las pequeñas y medianas empresas.²⁷

3. Propuestas de reforma

Como reacción a las críticas descritas anteriormente se han planteado una serie de reformas materiales y de carácter procesal, sobre todo desde instancias doctrinales, aunque también de la práctica arbitral, al objeto de inspirar al legislador en la renovación del sistema de arreglo de diferencias inversor-Estado.

Desde un plano sustantivo, se ha apuntado a que la resolución de las controversias de inversión ha de tener necesariamente en cuenta las implicaciones de carácter público e impregnar las motivaciones del adjudicador con razonamientos dirigidos no solamente a las partes sino a terceros interesados (otros inversores, otros Estados) y a la opinión pública en general.²⁸ Desde este punto de vista se propone, junto a una mayor precisión en definición de los estándares de protección de los inversores extranjeros,²⁹ la creación de un Derecho administrativo global de inversiones, una suerte de *lex mercatoria publica*,³⁰ que tenga en cuenta las particularidades del derecho de inversiones y equilibre todos los intereses en presencia.

Desde un plano procesal, algunos tribunales arbitrales, motivados por la reforma de las reglas del CIADI en 2006, han reaccionado a algunas de las críticas ajustando el procedimiento en un mayor grado a consideraciones de derecho público como la transparencia y la aceptación de la intervención de *amicus curiae*.³¹ En este contexto es relevante mencio-

²⁵ Susan Franck, *op.cit.*, nota 22.

²⁶ *Vid. infra*, 5.3.

²⁷ Josefa Cantero Martínez, *op.cit.*, nota 21.

²⁸ Stephan, Schill, *op.cit.*, nota 24.

²⁹ Jan Kleinheisterkamp, «Financial Responsibility in European International Investment Policy», *International and Comparative Law Quarterly*, 63 (2014): 449-476, 471.

³⁰ Término mencionado en Caroline Foster, «A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as Internationalized Public Law», *International and Comparative Law Quarterly*, 64 (2015): 461-485, 465, en referencia a las tesis de Stephan Schill.

³¹ Ciaran Cross y Christian Schliemann-Radbruch, «When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space: Consistent Solutions through Amicus Curiae Submissions by Regional Organisations», *Law and Development Review*, 6/ 2 (2013): 67-110.

nar la adopción en 2013 del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado junto con la aprobación de un nuevo artículo, el artículo 1, párrafo 4, del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (según el texto revisado de 2010). El Reglamento sobre Transparencia introduce un grado importante de publicidad de las actuaciones arbitrales, estableciendo, entre otras cosas, la divulgación pública de los laudos y otros documentos clave (artículos 2 y 3), determinando el carácter público de las audiencias (artículo 6) y admitiendo la presentación de escritos por terceros y partes en el Tratado que no sean litigantes (artículos 4 y 5). El Reglamento sobre Transparencia se aplica automáticamente a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa (artículo 1.1). Respecto a los arbitrajes entablados de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, el Reglamento sobre Transparencia solamente se aplica si las partes litigantes en un arbitraje convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o cuando las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014. A este respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio) adoptada el 10 de diciembre de 2014, es un instrumento para obtener el consentimiento de las partes en los alrededor de 3000 tratados celebrados antes de la adopción del Reglamento sobre Transparencia.³² Dieciocho países han firmado la Convención, incluyendo los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Suecia, Finlandia y Alemania. Hasta ahora sólo Canadá y Mauricio lo han ratificado, pero una vez se obtengan tres ratificaciones, entrará en vigor.

El riesgo de inconsistencia en las decisiones también está presente como uno de los problemas a corregir, aunque los intentos de establecer un mecanismo de apelación en el CIADI no han llegado a buen puerto. Ello entronca con la propuesta de creación de un Tribunal Internacional de Inversiones que aporte consistencia y garantice la neutralidad e imparcialidad de las decisiones en las controversias inversor-Estado que lleva reali-

³² Stephan Schill, «The Mauritius Convention on Transparency». *The Journal of World Investment & Trade*, 16/2 (2015): 201-204; James Fry, «Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency». *New York University Journal of International Law and Politics*, 48 (2016): 796-865.

zando desde hace algún tiempo algún sector doctrinal.³³ Precisamente esta postura doctrinal ha cobrado recientemente especial importancia por ser el mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado por el que aboga la Comisión Europea y que ha incluido en el Borrador de la posición europea en la última ronda negociadora del TTIP (en adelante, Borrador TTIP)³⁴ y también forma parte del CETA³⁵ y del Acuerdo de Libre Comercio con Vietnam.³⁶

III. Hacia un Tribunal de Inversiones en la Unión Europea

Como ya se ha apuntado, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 la Unión Europea ha adquirido la competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas (art. 207 TFUE), convirtiéndose junto a la política comercial común en uno de los principales pilares de la acción exterior de la misma.³⁷ Esta circunstancia ha hecho que la Unión Europea haya interpretado esta nueva competencia como una oportunidad para intentar un tratamiento comprensivo de los temas de comercio e inversión a nivel europeo y para proponer una reforma profunda del sistema tradicional de protección de inversiones y de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado.³⁸ Como idea subyacente destaca el desafío de alcanzar un equilibrio entre la protección de la inversión y la potestad regulatoria de la Unión Europea y de los Estados Miembros, necesaria para la realización de políticas públicas y sobre todo, poner en pie un sistema de resolución de controversias justo e independiente.³⁹

³³ Gus Van Harten, «A Case for an International Investment Court». *Society for International Economic Law, Online Proceedings, Working Paper*, 22/08, <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html>

³⁴ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

³⁵ http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm.

³⁶ <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>.

³⁷ Luis Miguel Hinojosa Martínez, «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52 (2015): 871-907.

³⁸ El primer paso lo constituyó la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Hacia una política global europea en materia de inversión internacional» de 7 de julio de 2010, COM (2010) 343 final, donde se establecen los objetivos y estrategias para una futura política europea sobre inversiones a través de negociaciones y celebración de Acuerdos con terceros países.

³⁹ Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, acceso el 23 de junio de 2016.

La nueva visión de la Unión Europea respecto a las inversiones extranjeras ha sido introducida en los acuerdos bilaterales de libre comercio concluidos por la Unión Europea con Canadá,⁴⁰ Singapur⁴¹ y Vietnam⁴², así en como Borrador de la posición europea sobre el TTIP, incluyendo novedades en cuando al fondo (normas sobre protección de la inversión) y al procedimiento (mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado).

Respecto al fondo, en estos últimos acuerdos la Unión Europea ha reafirmado el derecho a regular,⁴³ ha definido conceptos clave como «tratamiento justo y equitativo» y «expropiación indirecta» para prevenir abusos. Ello supone un avance respecto a la formulación tradicional de los tratados de inversión en los que la protección del inversor viene recogida normalmente en términos muy abiertos y elásticos.⁴⁴ En cuanto al procedimiento, la Unión Europea ha incluido por primera vez un código de conducta arbitral que asegure los más altos estándares éticos y profesionales; un sistema de inadmisión temprana de demandas infundadas o frívolas; el principio de que el perdedor paga las costas del proceso y la prohibición de procedimientos paralelos ISDS-tribunales nacionales.⁴⁵ Cabe mencionar la referencia expresa al Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia. El nuevo modelo propuesto quiere ir incluso más allá del Reglamento de la CNUDMI, exigiendo que muchos documentos, incluyendo todas las actuaciones ante el Tribunal de Apelación, se hagan siempre públicos (por ejemplo, tal como recoge el art. 18 Borrador TTIP). Igualmente, se permite la presentación de escritos del tipo *amicus curiae*, con mayor acceso a la documentación procesal por parte de estos terceros (por ejemplo, el art. 23 Borrador TTIP). Con ello, el modelo planteado por la Comisión Europea

⁴⁰ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, «La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global». *La Ley Unión Europea*, 42 (2016).

⁴¹ «EU-Singapore Free Trade Agreement. Authentic text as of May 2015». European Commission. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>, acceso el 11 de mayo de 2017.

⁴² «EU-Vietnam Free Trade Agreement: Agreed text as of January 2016». European Commission. <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>, acceso el 11 de mayo de 2017.

⁴³ Josefa Cantero Martínez., *op.cit.*, nota 21.

⁴⁴ Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press (2011): 21.

⁴⁵ La nueva visión de la Unión Europea se detalla en *European Commission, EU Finalises Proposal for Investment Protection and Court System for TTIP*, Press Release, Bruselas, 12 de noviembre de 2015, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm.

parece tener en cuenta que la resolución de controversias inversor-Estado trasciende a los intereses de las partes implicadas.

Pero sobre todo, la Unión Europea ha apostado por un nuevo mecanismo para la resolución de controversias inversor-Estado, un «Sistema de Tribunales de Inversión» (*Investment Court System*) con el objetivo de garantizar la coherencia y previsibilidad del sistema.

En un primer momento la Comisión Europea era partidaria de remitir al arbitraje de inversiones en los acuerdos concluidos post-Lisboa: «La relación entre el inversor y el Estado es una característica tan consolidada de los acuerdos de inversión que la ausencia de dicho mecanismo disuadiría a los inversores y haría perder atractivo a una economía con respecto a otras. Por estos motivos, los futuros acuerdos de la UE que incluyan protección de las inversiones deberían contener un mecanismo de resolución de litigios entre el inversor y el Estado».⁴⁶ Sin embargo, en las negociaciones del TTIP, se puso de manifiesto la reacción contraria de una parte importante de la opinión pública europea⁴⁷ apuntando a la posible pérdida de derechos sociales, laborales y medioambientales como consecuencia de la liberalización de mercados y armonización de legislaciones, pero centrando gran parte de las críticas en el sistema de resolución de disputas entre los inversores y los Estados. Las críticas incidían en muchos de los argumentos doctrinales que cuestionan la legitimidad del arbitraje de inversiones en tanto que discriminatorio y de naturaleza privada.⁴⁸ En opinión de algunos, además, no era lógico remitir al arbitraje de inversiones en Acuerdos entre la UE y EEUU o Canadá, países que tienen un sistema judicial perfectamente capacitado para dirimir controversias con inversores extranjeros sobre la base de la legislación aplicable al resto de la sociedad.⁴⁹

El rechazo de la opinión pública encontró el apoyo, entre otros, de políticos destacados en países como Francia o Alemania,⁵⁰ del Comité Económico

⁴⁶ *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*, COM (2010) 343 final (2010): 10.

⁴⁷ *Public Consultation on Modalities for Investment Protection and ISDS in TTIP*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf, Casi 150.000 personas respondieron de las cuales un 97% mostró su rechazo al arbitraje de inversiones, <https://euobserver.com/opinion/132504>, acceso el 28 de junio de 2016.

⁴⁸ *Behind closed doors; Investment, arbitration and secrecy*, *The Economist*, 25 abril 2009, <http://www.economist.com/node/13527961>, acceso el 28 de junio de 2016. *Los movimientos sociales de rechazo al TTIP tienen fuerte presencia también en el ciberespacio*. <http://www.noalttip.org/que-es-el-ttip/#51>; <https://stop-ttip.org/es/>, acceso el 28 de junio de 2016.

⁴⁹ <http://www.s2bnetwork.org/statement-isds-ics/>, acceso el 28 de junio de 2016.

⁵⁰ Cécile Barbière, «France and Germany to form united front against ISDS», *Euractiv.com*, <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/france-and-germany-to-form-united-front-against-isds/>, acceso el 28 de junio de 2016.

y Social, quien en su dictamen de 27 de mayo de 2015 sugirió la introducción, entre otras reformas, un mecanismo de apelación y un tribunal internacional multilateral de inversiones a largo plazo⁵¹ y del Parlamento Europeo quien, tras aplazar una votación al respecto al TTIP por falta de consenso, planteó en su sesión de 8 de julio de 2015 reemplazar el arbitraje privado previsto por el mecanismo ISDS por un nuevo sistema judicial, gestionado por jueces nombrados de manera pública y sujetos a reglas de control y transparencia.⁵² Precisamente el Parlamento Europeo ha jugado un papel crucial en el cambio de posición de la Comisión Europea respecto al arreglo de controversias inversor-Estado. Ello propiciado en gran medida porque la política comercial común se rige por el procedimiento legislativo ordinario (art. 207.2 TFUE), lo que implica que el Parlamento Europeo ha de dar su consentimiento como requisito previo a la conclusión de los Acuerdos. La posibilidad de veto ha influenciado, por tanto, las decisiones de la Comisión.⁵³

Así pues, la Comisión Europea a fin de neutralizar las críticas vertidas en el sistema tradicional de ISDS, modificó su posición inicial lanzando el 16 de septiembre de 2015 un proyecto detallado de propuestas para el capítulo sobre inversiones destinado al TTIP,⁵⁴ que incorporaba la propuesta de creación de un Sistema de Tribunales de Inversión, cuyas características más destacables son su permanencia y la introducción de un recurso de apelación. Este nuevo modelo fue con posterioridad introducido en el Acuerdo de Libre Comercio con Vietnam y en la revisión del CETA que tuvo lugar en febrero de 2016. Justamente el CETA es el primer Acuerdo en el que el nuevo mecanismo para el arreglo de controversias inversor-Estado se ha materializado, incluyéndose en el texto final firmado el 30 de octubre de 2016 entre la UE y Canadá. No obstante, las disposiciones de protección de inversiones, entre las que se encuentran las referentes al Sistema de Tribunales de Inversión, han sido excluidas de la aplicación provisional del Acuerdo, a la espera del voto de los Parlamentos de los Estados miembros.⁵⁵

⁵¹ REX/411 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la protección de los inversores y la resolución de controversias entre inversores y Estados en los acuerdos de la UE con terceros países en materia de comercio e inversión.

⁵² *Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, que contiene las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión Europea relativas a las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI), Parlamento Europeo.* <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//ES>, acceso el 28 de junio de 2016.

⁵³ Davor Jančić, «The Role of the European Parliament and the US Congress in Shaping Transatlantic Relations: TTIP, NSA Surveillance, and CIA Renditions». *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, 4 (2016): 896-912, 902.

⁵⁴ *Transatlantic Trade and Investment Partnership.* http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf, acceso el 28 de abril de 2017.

⁵⁵ *Vid. supra*, nota 9.

IV. El Sistema de Tribunales de Inversión

La estructura y principales características del Sistema de Tribunales de Inversión siguen unas pautas parecidas en el Borrador de la posición europea sobre el TTIP, en el CETA y en el Acuerdo con Vietnam, habiéndose analizado y evaluado con detalle, entre otros, por el Grupo de Trabajo sobre Tratados de Inversión del Comité de Arbitraje Internacional, de la sección de Derecho internacional de la *American Bar Association*, a cuyas conclusiones remitimos.⁵⁶ El objetivo este trabajo no es analizarlo exhaustivamente en tanto que mecanismo alternativo al arbitraje de inversiones, aunque a efectos de su posterior estudio desde la perspectiva del Derecho europeo, creemos oportuno explicarlo brevemente como sigue:

El Sistema de Tribunales de Inversión es un mecanismo permanente y a dos instancias compuesto por un Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Inversiones) y por un Tribunal de Apelaciones. El Tribunal estará conformado por 15 miembros (que no jueces o árbitros) designados conjuntamente por la UE y el gobierno de la otra parte, quienes nombrarán dos tercios de los mismos de la nacionalidad de cada una de las partes (5 nacionales de Estados Miembros de la UE y 5 de la otra parte); el restante tercio serán nacionales de terceros Estados. La designación se hará por un periodo de seis años, renovable una sola vez y debiendo hacerse entre profesionales que tengan unas cualificaciones comparables a aquellas que se exigen para formar parte de los tribunales nacionales o internacionales como puede ser el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya o el Órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio.

Tal como ocurre en los tribunales nacionales e internacionales las partes no podrán elegir a los miembros del Tribunal y para el enjuiciamiento de cada caso concreto, se formará un tribunal compuesto de tres miembros, designados al azar, uno de la nacionalidad de cada una de las partes y un tercero de entre los nacionales de terceros Estados, que actuará como presidente. Las partes, sin embargo, podrán acordar que el Tribunal fuera unipersonal, siendo siempre en este caso el juez nacional de un tercer país. Según la Comisión, este sistema de designación de jueces al azar evitará cualquier riesgo de interferencia por parte de cualquiera de las partes en conflicto lo que supone un cambio fundamental respecto al arbitraje de inversiones que opera *ad hoc* con árbitros designados por las partes. Una vez constituido el Tribunal, la controversia habrá de resolverse

⁵⁶ Task Force Report on the Investment Court System Proposal, Investment Treaty Working Group of the International Arbitration Committee, American Bar Association Section on International Law, 14 octubre 2016, www.americanbar.org/aba.html. Respecto al Acuerdo con Canadá *vid.* Iñigo Iruretagoiena, *op.cit.*, nota 40.

en el plazo de 18 meses desde la presentación de la demanda actuando de acuerdo con las reglas procesales elegidas, ya fueran las del CIADI, las de UNCITRAL o cualesquiera otras.

Por su parte, el Tribunal de Apelaciones operará siguiendo los mismos principios que el Tribunal de Apelaciones de la OMC. Estará compuesto por seis miembros designados conjuntamente por la UE y la otra parte, de los cuales dos serían nacionales de la UE, dos de la otra parte y dos de terceros Estados, actuando estos últimos como Presidente y Vicepresidente de este órgano de apelación. Los miembros del Tribunal de Apelaciones también estarán sujetos a estrictos requisitos éticos y profesionales, siendo su mandato de seis años, renovables por otros seis. En opinión de la Comisión de esta forma se eliminará cualquier duda en cuanto a la corrección legal de las decisiones, proponiéndose, además, en el interés de los inversores y los Estados, límites estrictos de tiempo para asegurar una decisión rápida. Así, se establece un plazo estricto de 90 días para la presentación del escrito de apelación desde la emisión de la sentencia, contemplándose igualmente un plazo breve para la resolución de la controversia —180 días desde la notificación de la apelación, aunque sujeto a un periodo suplementario que nunca podrá superar conjuntamente con el anterior la cifra de los 270 días.

Un aspecto significativo de la propuesta de la Comisión es que prohíbe tanto a los miembros del Tribunal como a los miembros del Tribunal de Apelaciones actuar como abogados en otras disputas de inversión, hecho que reduce considerablemente el número de personas que podrían ser designadas como miembros del Sistema. Teniendo en cuenta que los mejores expertos en ejercicio ganan una media superior a los 7.000 euros al mes que establece el Borrador de TTIP como honorario de los miembros del Tribunal de Apelaciones, la lista de profesionales dispuestos a formar parte del Sistema se limitaría a académicos, antiguos jueces o abogados retirados.⁵⁷

La visión de la Unión Europea va más allá y tanto el Borrador del TTIP, el CETA y el Tratado de Libre Comercio EU-Vietnam incluyen el compromiso de aunar esfuerzos con otros socios comerciales para crear un Tribunal permanente y multilateral de inversiones con un mecanismo permanente de apelación, que conllevaría una utilización de recursos más eficiente y tendría más legitimidad. Por ello la Comisión Europea está actualmente colaborando con expertos de varias organizaciones internacionales en este campo, con el objetivo de reemplazar en un futuro el modelo bilateral de

⁵⁷ *Task Force Paper regarding the proposed International Court System (ICS) European federation for Investment Law and Arbitration*, http://efila.org/wpcontent/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf, acceso el 28 de junio de 2016.

Sistema de Tribunales de Inversión.⁵⁸ No está claro, sin embargo, cuál va a ser el modelo a seguir para multilateralizar el Sistema de Tribunales de Inversión. El modelo propuesto por la Comisión con jueces provenientes de la UE y Estados Unidos/Canadá/Vietnam a partes iguales y solo un tercio de jueces nacionales de terceros países no parece ser un modelo que pueda funcionar como punto de partida para la constitución de un Tribunal multilateral de inversiones. Además, los defectos percibidos en el sistema actual de resolución de controversias inversor-Estado como la dispersión de soluciones, inconsistencias etc. se derivan en parte de los más de 3.000 tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio que están en vigor. El Tribunal multilateral, a menos que incluyese a todos los Estados parte de esos Tratados no cambiaría la situación de dispersión a nivel global.

En este punto podemos concluir que el Sistema de Tribunales de Inversión refleja el esfuerzo de la Comisión Europea por contrarrestar las críticas a los mecanismos tradicionales de arreglo de controversias inversor-Estado asegurando la coherencia de soluciones, mediante un Tribunal de Apelaciones y la permanencia del Sistema, a objeto de evitar potenciales conflictos de interés. Además, se ha intentado elevar el grado de publicidad de los procedimientos para garantizar un sistema transparente y equitativo y facilitar el acceso de los pequeños y medianos inversores a los mecanismos de ISDS. En este último punto, sin embargo, la solución propuesta por la Comisión no ha sido del todo satisfactoria, pues como se verá más adelante, no parece haber eliminado la percepción por gran parte de la opinión pública de que el Sistema de Tribunales de Inversión sigue constituyendo un privilegio de los inversores extranjeros, al margen del sistema judicial del Estado.⁵⁹

V. Análisis del Sistema de Tribunales de Inversión desde la perspectiva del Derecho europeo

Hasta la fecha la opinión pública y la academia se han centrado en un análisis de oportunidad y legitimidad del Sistema de Tribunales de Inversión, dejando prácticamente a un lado el análisis de los posibles escollos legales desde el punto de vista del Derecho de la UE. Dicha circunstancia no deja de sorprender, teniendo en cuenta la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la relación jurídica entre este y otros tribunales y órganos jurisdiccionales internacionales. De igual forma, cuestiones directamente relacionadas con el Derecho de la Unión Europea tales como la garantía

⁵⁸ *EU finalises proposal for investment protection and Court System for TTIP*, European Commission. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6059_en.htm, a 11 de mayo de 2017.

⁵⁹ Iñigo, Iruretagoiena, *op.cit.*, nota 40.

del principio de autonomía del ordenamiento jurídico europeo, la competencia exclusiva del TJUE para dirimir recursos por responsabilidad extracontractual o la exclusión del efecto directo en los acuerdos de comercio e inversión, requieren un análisis más exhaustivo que el realizado hasta el momento.

1. *La autonomía del ordenamiento jurídico de la UE*

El TJUE ha declarado en relación a la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes (Dictamen 1/09)⁶⁰ y a la Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (Dictamen 2/13)⁶¹ la incompatibilidad con el Derecho europeo de instrumentos legales en los que otros órganos jurisdiccionales internacionales puedan poner en jaque los principios de autonomía y primacía y la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión. En efecto, el mencionado Dictamen 2/13 emitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), reitera e incluso agudiza las reticencias expresadas anteriormente en los Dictámenes 1/91⁶², 1/00⁶³ y 1/09, al sostener que la Unión Europea no podría acceder al CEDH, porque las competencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) socavarían a las del TJUE, en contradicción con los Tratados constitutivos de la UE.⁶⁴ Algunos de los principales argumentos en los que se basa este Dictamen son, resumiendo, los siguientes:⁶⁵ a) Respeto a los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE y a la competencia exclusiva del TJUE para interpretar y aplicarlo (párrafo 184); b) Exigencia de preservar la com-

⁶⁰ Dictamen del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes – Tribunal europeo y comunitario de patentes, ECLI:EU:C:2011:123.

⁶¹ Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014 sobre la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁶² Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991 sobre la creación del Espacio Económico Europeo, ECLI:EU:C:1991:490.

⁶³ Dictamen del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2002 sobre la creación del espacio Europeo Aéreo Común, ECLI:EU:C:2002:231.

⁶⁴ José Carlos Fernández Rozas, «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia». *La Ley Unión Europea*, 23 (2014): 40-56.

⁶⁵ Ricardo Alonso García, «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014». *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR, 26 (2015), <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2015-11-25-Binder1.pdf>, acceso el 10 de mayo de 2017.

petencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la UE de conformidad con el art. 344 TFUE para conocer las controversias entre Estados Miembros relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados (párrafos 201-214); c) Necesidad de garantizar que ningún otro órgano jurisdiccional pueda decidir sobre la distribución de responsabilidad entre la UE y los Estados Miembros, así como determinar quién puede actuar como parte demandada en cualquier controversia relacionada con un presunto incumplimiento de una disposición de un acuerdo internacional (párrafos 215-235) y d) Obligación de evitar que la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, inclusive del derecho derivado, mediante un procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia quede sujeta a la revisión del TEDH o de cualquier otro tribunal internacional (párrafos 236-248).

Los argumentos esgrimidos por el TJUE sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos pueden ser extrapolables a otros campos, toda vez que se centran en la relación genérica entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, así como entre el TJUE y otros tribunales y órganos jurisdiccionales internacionales. Por ello, son de utilidad para analizar la legalidad del propuesto Tribunal Internacional de Inversiones desde la perspectiva del Derecho de la UE.

La doctrina ya ha avanzado que algunos obstáculos serían fácilmente salvables, como por ejemplo, la referencia al art. 344 TFUE, que solo se aplica a controversias entre los Estados Miembros,⁶⁶ dejando fuera a las controversias entre inversor-Estado, como las que serían objeto del Sistema de Tribunales de Inversión.⁶⁷

También se ha afirmado que la necesidad de garantizar que ningún otro órgano jurisdiccional pueda decidir sobre la distribución de responsabilidad entre la UE y los Estados miembros, así como determinar quién puede actuar como parte demandada, objeto de regulación interna en la UE por el Reglamento sobre Responsabilidad Financiera,⁶⁸ se puede solven-

⁶⁶ Philip Strik, «Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment». *Oxford and Portland*, Oregon: Hart Publishing (2014): 240 ss.

⁶⁷ Stephan Schill, «Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?». *The Journal of World Investment & Trade*, 16 (2005): 379-388, 384; C. Hillion and R.A. Wessel, «The European Union and International Dispute Settlement: Mapping Principles and Conditions». M. Cremona, et al. (Eds.), «The European Union and International Dispute Settlement». *Oxford: Hart Publishing* (2017), <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wessel118.pdf>.

⁶⁸ Reglamento (UE) No 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (DOUE L 257/221 de 28 de agosto de 2014).

tar incluyendo una norma al respecto en el Acuerdo de Inversión correspondiente.⁶⁹ De hecho, el artículo 5.3 del Borrador TTIP presentada por la Comisión Europea en noviembre de 2015 establece que corresponde a la Unión Europea determinar quién va a actuar como demandado —si la Unión Europea o un Estado miembro de la Unión— debiendo informar al demandante en este sentido dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la notificación de la intención de iniciar un procedimiento, quedando el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Apelaciones vinculados por dicha determinación (art. 5.6). Sin embargo, la solución propuesta por la Comisión no es del todo satisfactoria, pudiendo acarrear más problemas que soluciones. Por ejemplo, se puede dar el caso de que el Tribunal concluya que ha habido una violación de los derechos protegidos del inversor que da lugar a una indemnización, pero que no pueda conceder daños y perjuicios sobre la base de que el demandado no es responsable del daño sufrido. Además, como tanto el Tribunal de Primera Instancia como el de Apelaciones estarían obligados a seguir la determinación de la UE sobre quién es la parte demandada, la situación no podría ser resuelta. Y en esta misma línea, otra consecuencia evidente de la solución propuesta por la Comisión sería la importante limitación de las posibilidades de ejecución por parte del inversor, ya que si la UE determina que ella es el demandado apropiado en lugar de un Estado miembro, el Convenio del CIADI no sería de aplicación, al no ser la UE parte contratante del dicho Convenio, privando al inversor de la ejecutabilidad directa de la decisión prevista en el artículo 54 de dicho Convenio y obligándolo a seguir un proceso mucho más largo y más engorroso.⁷⁰

Un obstáculo más difícil de superar es la salvaguarda los principios de autonomía y primacía del Derecho de la UE garantizando que ningún otro órgano jurisdiccional pueda vincular a la Unión Europea y a sus instituciones mediante una determinada interpretación del Derecho de la UE. Respecto a los mecanismos de ISDS la Comisión Europea ya alegó en su intervención como *amicus curiae* en *Achmea c. Eslovaquia* que el tribunal de arbitraje debía inhibirse en favor del TJUE porque los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado no eran compatibles con la

⁶⁹ Stephan Schill, «The proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?». *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/the-proposed-ttip-tribunal-and-the-court-of-justice-what-limits-to-investor-state-dispute-settlement-under-eu-constitutional-law/>, acceso el 19 de octubre de 2016.

⁷⁰ Louise Woods, «Fit for Purpose? The EU's Investment Court System». *Kluwer Arbitration Blog*, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/03/23/to-be-decided/>, acceso el 23 de marzo de 2016.

competencia exclusiva del TJUE respecto a reclamaciones en las que ha de aplicarse la legislación comunitaria, aunque sólo fuera tangencialmente.⁷¹ El mismo argumento sería extrapolable al Sistema de Tribunales de Inversión y así, la Comisión Europea ha articulado mecanismos en su propuesta para mantener una separación total entre el DUE y el derecho de inversiones. Dichos mecanismos incluyen: a) limitar la competencia del Tribunal de Inversiones exclusivamente a demandas por posibles incumplimientos del tratado de inversión correspondiente, excluyendo cualquier violación del Derecho de la UE; b) considerar cualquier interpretación del derecho interno como cuestión accidental; c) limitar la consideración del derecho interno como una cuestión meramente fáctica y d) la declaración de que cualquier interpretación realizada por el Tribunal de Inversiones no vinculará en ningún caso a los tribunales nacionales. En efecto, los artículos 8.31, apartado 2 CETA o los artículos 13.3 y 13.4 Borrador TTIP, proclaman lo siguiente:

Art. 8.31, apartado 2 CETA: *«El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.»*

Art. 13.3 Borrador TTIP: *«Para mayor certeza, [...] el derecho interno de los contendientes no será parte de la legislación aplicable. Cuando el Tribunal deba conocer el significado de una disposición de derecho interno de una de las partes como cuestión de hecho, deberá seguir la interpretación que prevalece de dicha disposición por los órganos jurisdiccionales o autoridades de esa parte».* Art. 13.4: *«Para mayor certeza, el significado dado a la legislación nacional hecha por el Tribunal no será obligatoria en los tribunales o las autoridades de cualquiera de las partes. El Tribunal no tendrá competencia para determinar la legalidad de una medida, que presuntamente constituye una violación de este acuerdo, de conformidad con el derecho interno de la parte contendiente.»*⁷²

⁷¹ *Achmea B.V. c. República Eslovaca*, UNCITRAL, PCA Asunto Núm. 2008-13 laudo sobre competencia de 7 diciembre 2012, párr. 193, www.italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf.

⁷² La traducción es mía.

La solución propuesta para mantener el DUE y el derecho de inversiones totalmente separados no está exenta, sin embargo, de posibles influencias mutuas. Por ejemplo, el Tribunal de Inversiones habrá de limitarse a analizar si una medida concreta adoptada por la UE o un Estado miembro ha infringido o no el Acuerdo bilateral correspondiente, con independencia de que la medida en cuestión sea compatible o no con el Derecho de la UE. Dicha solución, se argumenta, permite establecer un mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado al margen de la intervención del TJUE.⁷³ Pero podemos pensar en situaciones donde el Tribunal de Inversiones tendría que analizar la legalidad de una medida interpretando el Derecho de la UE, como a la hora de dirimir si un contrato fue terminado legalmente o la legalidad de una modificación regulatoria, para poder descartar si persisten derechos susceptibles de expropiación. Teniendo en cuenta, además, que dentro de la nueva visión de la UE respecto a su política comercial se han definido conceptos clave como «tratamiento justo y equitativo» y «expropiación indirecta» en relación con el derecho a regular — se entiende que legalmente— de la UE, más tarde o más temprano podrían sucederse interpretaciones paralelas y potencialmente divergentes del Derecho europeo.

Tanto el CETA como el Borrador TTIP incluyen un mecanismo adicional de protección de la autonomía y primacía del DUE mediante el que se establece que toda interpretación del derecho interno ha de ser tratada como una cuestión simplemente incidental en relación al asunto principal de violación de los derechos sustantivos de los inversores conforme al Acuerdo correspondiente.⁷⁴ En otras palabras, el Tribunal de Inversiones, no podrá decidir a título principal que el demandado infringió la legislación interna. Pero la potencial existencia de interpretaciones paralelas y potencialmente del DUE, aún con carácter incidental, todavía sería posible.

Para limitar aún más el efecto de superposición de interpretaciones del DUE, tanto el CETA como el Borrador TTIP dejan claro que cualquier interpretación del derecho interno por parte del Tribunal de Inversiones no será vinculante para los tribunales o las autoridades de cualquiera de las partes y solo será considerada como cuestión meramente fáctica.⁷⁵ Esta posición parece seguir el dictado del Tribunal Permanente de Justicia Inter-

⁷³ Stephan Schill, «Editorial: Opinion 2/13», *op.cit.*, p. 387.

⁷⁴ *Vid.* Art. 13.4 Borrador TTIP.

⁷⁵ Art. 13.3 Borrador TTIP: «Where the Tribunal is required to ascertain the meaning of a provision of the domestic law of one of the Parties as a matter of fact [...]»; Art. 8:31, sec. 2 CETA: «Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho.»

nacional según el cual «Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte que es su órgano, las leyes municipales son simplemente hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera como lo hacen las decisiones judiciales o las medidas administrativas».⁷⁶ Además, las normas procesales internas generalmente consideran el derecho extranjero como una cuestión de hecho.⁷⁷ Pero cabe preguntarse si esta tentativa de la Comisión destinada a aislar el derecho nacional, incluyendo la legislación comunitaria, del derecho de inversiones, destacando que «para mayor certeza» el derecho interno ha de ser considerado como cuestión de hecho, tendría consecuencias reales en la práctica. La forma normal de juzgar es aplicando la ley a los hechos subyacentes; no es totalmente lógico aplicar hechos a hechos. Los tribunales de arbitraje y otras cortes internacionales tienen a menudo que interpretar y aplicar el derecho interno y excepto en lo que se refiere a la obligación de aplicarlo o no de oficio, no está claro que su tratamiento como cuestión fáctica cambie el proceso de razonamiento del Tribunal en cuestión.⁷⁸ Según lo expresado por el Tribunal de SPP c. Egipto, el argumento de que «[...] el derecho municipal debe tratarse como un «hecho» no es útil. [Cuando] las partes están en desacuerdo fundamental en cuanto a lo que [una disposición de derecho interno] significa [...] el Tribunal debe interpretar [esa disposición] y determinar sus efectos jurídicos».⁷⁹ En consecuencia, aunque en la propuesta de la Comisión se considere como cuestión puramente fáctica, la interpretación y aplicación del derecho nacional, incluyendo el DUE, que lleve a cabo Tri-

⁷⁶ La traducción es mía. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, (Merits) (1926) PCIJ, ser. A Núm.7, 19. Vid. NOLLKAEMPER, A., «The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice», *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, 2006, pp. 301-322, p. 303.

⁷⁷ En el Derecho español el principio *iura novit curia* no rige para el derecho extranjero. El art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil indica que: «También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. (...) El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación». En la tradición y práctica del *common law*, el derecho extranjero es considerado como una cuestión puramente fáctica, *Sussex Peerage Case*, 11 Cl. & Fin. 85, 8 Eng. Rep. 1034 (H.L. 1844) o la Regla 44.1 de las Normas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. En países como Alemania, sin embargo, la regla general comúnmente aceptada es que el derecho extranjero ha de ser tratado como Derecho y no como hecho, art. 293 ZPO. Vid. HAUSMANN, R., «Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis», *The European Legal Forum*, Vol. 1, 2008, pp. 1-14.

⁷⁸ Jarrod Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause*, www.ejiltalk.org/cetas-new-domestic-law-clause. Acceso el 9 de agosto de 2016.

⁷⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3 www.italaw.com/cases/3300#sthash.kfmsEyRu.dpuf (Decision on Jurisdiction, 58). Parafraseado en Jarrod Hepburn, *CETA's New Domestic Law Clause*, *ibid*.

bunal de Inversiones puede llegar a influir en la toma de decisiones y convertirse, en caso de reiteración, en una suerte de precedente.

La situación se agrava además por la circunstancia de que aunque el Tribunal de Inversiones habría de seguir la interpretación predominante del derecho interno establecida por los tribunales o autoridades de las partes firmantes del Acuerdo, no estaría directamente obligado a solicitar ni tendría competencia para someter al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación. Claramente, esto plantea dudas sobre la legalidad del Sistema de Tribunales de Inversión, puesto que no garantiza una intervención preliminar y predominante del TJUE en la interpretación del DUE, de conformidad con el art. 19 TUE y tal como ha apuntado el TJUE en el Dictamen 2/2013, en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (paras. 236-248).

2. *La competencia exclusiva del TJUE respecto a la responsabilidad patrimonial de la UE*

A excepción del TJUE, los particulares no pueden generalmente reclamar daños y perjuicios ante instancias internacionales como consecuencia de un pretendido incumplimiento por parte del Estado del derecho internacional. Lejos de esta posición tradicional, los tratados de inversión establecen, en cambio, un régimen individualizado de responsabilidad estatal por daños y perjuicios causados en el ejercicio de potestades públicas que incluso es más amplio y está sujeto a menores restricciones que el articulado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Francovich*.⁸⁰

Respecto a la responsabilidad de la UE, a tenor de lo establecido en el Art. 268 TFUE, el TJUE ostenta la competencia exclusiva para conocer de los litigios relativos a la indemnización por los daños a los que se refiere el Artículo 340 del TFUE. Esto es, si un particular quiere demandar a la Unión Europea por daños y perjuicios, el TJUE es el único órgano jurisdiccional con competencia para resolver. Dicha competencia está fundada en el completo respeto al imperio de la ley y en el acceso no discriminatorio a la justicia y como tal no parece existir razón aparente, para excluir a los inversores, ya sea extranjeros o nacionales, de su ámbito de aplicación.⁸¹ Por otra parte, la remisión al arbitraje de inversiones en un tratado celebrado por la UE concede a los inversores extranjeros derechos especiales de ca-

⁸⁰ Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991, ECLI:EU:C:1991:428.

⁸¹ Inge Govaere, *op.cit.*, nota 9, p. 14.

rácter procesal para dirimir la posible responsabilidad financiera de la UE resultante de la adopción de medidas contrarias al tratado de inversión correspondiente. Es frecuente, además, que estos tratados establezcan un sistema de *fork in the road* o «bifurcación de caminos», concediendo una alternativa procesal a los inversores extranjeros, que es excluyente de cualquier otra instancia jurisdiccional, tal como reflejan los art. 14.2 del Borrador TTIP y el art. 8.22.1 f) y g) del CETA.

Bajo la legislación de la UE las reclamaciones patrimoniales constituyen un recurso autónomo y limitado,⁸² excluyéndose recursos encubiertos de anulación u omisión y en las que a tenor de la jurisprudencia del TJUE es muy complicado, si no imposible, reclamar daños y perjuicios por actos lícitos.⁸³ En efecto, el TJUE ha intentado evitar cualquier riesgo de enfriamiento regulatorio consecuencia de una excesiva facilidad a la hora de admitir recursos por daños, sosteniendo que «la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que, en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación, indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades [...]».⁸⁴

El enfoque del Tribunal de Justicia contrasta con el contexto del arbitraje de inversiones, donde son frecuentes las reclamaciones de daños y perjuicios con montantes bastante considerables como consecuencia de la adopción de medidas normativas internas, incluidas las adoptadas legalmente. El caso de la demanda iniciada por la compañía farmacéutica *Elli Lilly* contra Canadá⁸⁵ tras la anulación de dos de sus patentes por tribunales federales canadienses y el la demanda interpuesta por *Philip Mo-*

⁸² Aranceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la UE*, 9.ª Edición Madrid: Tecnos (2016): 455 y ss.

⁸³ Asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) y otros contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas* ECLI:EU:C:2008:476, paras. 164-169.

⁸⁴ *Ibid*, párrafo 174.

⁸⁵ *Eli Lilly and Company c. Canada* (Caso CIADI Núm. UNCT/14/2), <www.icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=UNCT/14/2>.

rris contra Australia⁸⁶ con posterioridad a la adopción por ésta de la legislación sobre empaquetado genérico del tabaco a fin de proteger la salud pública son ilustrativos de este problema.⁸⁷ A nivel europeo también destaca la demanda iniciada por la compañía sueca *Vattenfall* contra Alemania en relación con el Tratado de la Carta de Energía, en la que reclama entre 4 billones de euros y 6 billones de dólares como compensación por la decisión de Alemania de adoptar un *opt-out* nuclear después del desastre nuclear de Fukushima en marzo del 2011.⁸⁸ No es difícil anticipar el problema que puede suponer la admisión de reclamaciones por daños ante tribunales distintos al TJUE, menos recelosos de conceder indemnizaciones por la responsabilidad financiera resultante del ejercicio de una actividad normativa. Además de suponer una clara ventaja para los inversores extranjeros, podría originar una perversa presión competitiva a la hora de admitir recursos por daños.⁸⁹ Y en este aspecto no habría diferencia entre el arbitraje de inversiones y Sistema de Tribunales de Inversión, a menos que este último alineara sus decisiones con la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Art. 268 TFUE.

Pero incluso si el riesgo de enfriamiento regulatorio y la presión competitiva no resulten ser una amenaza real (de los dos casos significativos mencionados, *Eli Lilly* está pendiente de resolución y *Philip Morris* ha sido decidido a favor de Australia, condenándose a P. Morris al pago de las costas⁹⁰) la inserción de cláusulas arbitrales en tratados de inversión celebrados por la UE o la remisión al Sistema de Tribunales de Inversión plantean la cuestión más fundamental de una posible infracción de la jerarquía de normas en el Derecho europeo. A este respecto los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea sólo tienen prioridad sobre la legislación derivada y las leyes de los Estados miembros en virtud del Artículo 216(2) del TFUE. Además, de conformidad con el Artículo 218(11) TFUE los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea están sujetos al Dere-

⁸⁶ *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. The Commonwealth of Australia*, La Haya, 16 mayo 2016, <www.pcacases.com/web/sendAttach/1713>.

⁸⁷ Kyla Tienhaara, Chester Brown y Kate Miles, «Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science». *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press (2011), <https://ssrn.com/abstract=2065706>.

⁸⁸ *Vattenfall AB y otros contra la República Federal Alemana* (CIADI, Caso Núm. ARB/12/12), www.icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/12/12&tab=PRO.

⁸⁹ Laurens Ankersmit, «Is ISDS in EU Trade Agreements Legal under EU Law?». www.iisd.org/itn/2016/02/29/isisdsineutradeagreementslegalundereulawlaurensankersmit.

⁹⁰ Laudo de 17 de diciembre de 2015, de la Corte Permanente de Arbitraje, www.pcacases.com/web/sendAttach/1711, Caso núm. 2012-12.

cho originario de la Unión, por lo que han de ser necesariamente conformes con los Tratados Constitutivos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En este contexto normativo, parece evidente que cualquier remisión en un tratado de inversiones celebrado por la UE a un tribunal distinto del TJUE entra en conflicto con la competencia exclusiva de éste para conocer los litigios por daños, conforme al Art. 268 TFUE. Obstáculo al que habría que añadir la ya mencionada estricta interpretación del TJUE respecto a la relación jurídica entre este y otros tribunales y órganos jurisdiccionales internacionales.

3. *La obligación de indemnizar monetariamente las infracciones a los derechos de los inversores*

Parece también oportuno analizar las posibles interferencias del arbitraje y del Sistema de Tribunales de Inversión en el funcionamiento del mercado interior. En particular, no podrían descartarse efectos indirectos como consecuencia de la obligación de indemnizar monetariamente las violaciones de los derechos sustantivos de los inversores. Un inversor extranjero, por ejemplo, podría impugnar ante el Tribunal de Inversiones una decisión de la Comisión por la que se le multa por abuso de posición dominante, sin que la Comisión haya probado un efecto perjudicial real para el mercado. La Comisión no fija las multas mediante criterios económicos y estas pueden llegar a constituir el 30% de las ventas anuales de una empresa, pero un mayor escrutinio al respecto por el ICS podría impedir la efectividad de las competencias de ejecución de la Comisión y quizás distorsionar el buen funcionamiento del mercado interior.⁹¹ Bien es verdad que ante un laudo condenatorio el demandado solo estaría obligado en principio a indemnizar por daños y perjuicios y no a realizar una prestación específica que pusiera en liza el Derecho de la UE, tal como establece el art. 28.1 Borrador TTIP o el art. 8.39 CETA, lo que permitiría seguir aplicando en el contexto europeo normas de Derecho de la UE contrarios a un determinado tratado de inversiones, a cambio de pagar la indemnización correspondiente, situación similar a la que ocurre con el Derecho de la OMC.⁹² Pero hasta así podría darse el caso de que el pago de una indemnización monetaria fuera económicamente equivalente a una prestación específica, como por ejemplo, el reembolso de una subvención concedida infringiendo el Derecho de la UE. De he-

⁹¹ Laurens Ankersmit, *op.cit.*, nota 89.

⁹² Stephan Schills, «Editorial: Opinion 2/13», *op.cit.*, p. 385.

cho, esa alegación fue aducida por Rumanía y por la Comisión Europea, actuando como *amicus curiae*, en el caso *Micula*⁹³ subrayando que un laudo arbitral que ordenara a Rumanía pagar una multa por retirar determinados incentivos en violación de las expectativas legítimas y la protección debida de los inversores bajo el Tratado Bilateral de Inversión Rumanía-Suecia iría contra la prohibición de ayudas estatales recogida en el art. 107 TFUE. Incluso con posterioridad a la emisión del laudo, en diciembre de 2013,⁹⁴ cuando los inversores lograron que el Tribunal de Bucarest concediera la ejecución del laudo arbitral solicitada y ordenara el embargo de 36.484.232 de leus (unos 8,1 millones de euros) al Ministerio de Hacienda de Rumanía destinado al pago de las indemnizaciones y costas de ejecución, la Comisión requirió a Rumanía que no ejecutara la decisión arbitral,⁹⁵ hasta no emitir una Decisión final sobre la compatibilidad de la misma con el mercado interior. Entretanto, la Comisión incoó un procedimiento de infracción contra Rumanía que culminó en mayo de 2015 considerando dicho pago, junto con las deducciones de los impuestos adeudados por uno de los inversores demandantes a Rumanía, como ayuda estatal.⁹⁶ En opinión de la Comisión, mediante la ejecución del laudo arbitral se estaría concediendo a los inversores extranjeros una cantidad monetaria equivalente a las ventajas económicas previstas en virtud del programa derogado previo a la adhesión de Rumanía a la Unión Europea. Tales ventajas, de las que no dispondrían en condiciones normales de mercado, constituirían una concesión indirecta de ayuda estatal considerada ilegal e incompatible con el mercado interior.⁹⁷ Para la Comisión Europea resultaba irrelevante que la obligación de Rumanía de abonar esas cantidades resultase de un tratado internacional, ya que un tratado concluido entre dos Estados miembros de la Unión Europea no

⁹³ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.c. European Food s.a, s.c. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20, Laudo Final, 11 diciembre 2013.

⁹⁴ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20. <<http://www.italaw.com/cases/697>>, último acceso 5 de febrero de 2017.

⁹⁵ Decisión C (2014) 3192 final de la Comisión, de 26 de mayo de 2014, en el asunto sobre ayudas de Estado SA.38517 (2014/NN) — *Micula v Rumanía* (laudo arbitral del CIADI), por la que se ordena a Rumanía la suspensión de cualquier actuación con vistas a la ejecución o a la aplicación del laudo arbitral de 11 de diciembre de 2013.

⁹⁶ Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía Laudo arbitral *Micula/Rumanía* de 11 de diciembre de 2013.

⁹⁷ En consonancia con lo decidido en el Asunto T-384/08, *Elliniki Nafpigokataskevastiki AE Chartofylakeiou/Comisión*, EU:T:2011:650, y Asunto T-565/08, *Corsica Ferries/Comisión*, EU:T:2012:415, apartados 23, 114 y 120 a 131. Véase también, por analogía, el asunto C-111/10, *Comisión/Consejo*, EU:C:2013:785, apartado 44.

puede aplicarse cuando con ello se impida la aplicación del Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado.⁹⁸

La Decisión de la Comisión está recurrida ante el Tribunal General mediante un recurso de anulación interpuesto por algunos de los inversores afectados, pero en cualquier caso, aunque el fallo sea favorable a la Comisión Europea, sus efectos tendrían un carácter limitado. En primer lugar, los laudos arbitrales condenatorios al pago de una cantidad monetaria pueden ser susceptibles de ejecución fuera del territorio de la Unión Europea, por tribunales que no están obligados a respetar el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado. Así por ejemplo, cuando el demandante quiso ejecutar el laudo en los Estados Unidos, Rumania alegó que no podía pagar por los daños y perjuicios porque la Comisión le prohibía hacerlo, argumento que fue, sin embargo, rechazado por un tribunal del Estado de Nueva York señalando que los laudos CIADI no pueden ser revisados en cuanto al fondo.⁹⁹ Y en segundo lugar, aunque se falle a favor de la Comisión Europea, la obligación impuesta a un Estado miembro de suprimir una ayuda considerada incompatible con el mercado interior está diseñada para restablecer la situación previamente existente, objetivo que se consigue cuando el receptor reembolsa los importes concedidos en concepto de ayuda ilegal, perdiendo así la ventaja de la que había disfrutado sobre sus competidores en el mercado y se restablece la situación anterior. Pero es que, en este sentido, ejecutar la orden de la Comisión sería impracticable, ya que no existe ningún mecanismo para recuperar importes efectivamente pagados por Rumanía de conformidad con el Derecho internacional.

Las conclusiones no son diferentes si extrapolamos el panorama anterior al contexto de los tratados de inversión celebrados directamente por la UE en ejercicio de su competencia exclusiva. En efecto, el reconocimiento del pago de indemnizaciones monetarias como remedio exclusivo frente a las violaciones de los derechos sustantivos de los inversores recogido en los nuevos tratados negociados y celebrados por la UE tales como reflejan el Art. 28.1 Borrador TTIP o el Art. 8.39 CETA, no parece poder evitar posibles injerencias de las decisiones arbitrales en el funcionamiento del mercado interior. La única diferencia respecto al caso *Micula* es que en este caso, cualquier posible incompatibilidad con el Derecho de la Unión estaría siendo rubricada por la Unión Europea como actor principal.

⁹⁸ Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, *supra*, párrafo 104.

⁹⁹ «[t]o do otherwise would undermine the ICSID Convention's expansive spirit on which many American investors rely when they seek to confirm awards in the national courts of the Convention's other member states.» *Micula v. Romania*, United States District Court, Southern District of New York, No. 15 Misc. 107, Decisión de 5 agosto de 2015.

4. Exclusión del efecto directo y discriminación por razón de nacionalidad

Además de considerar el derecho interno como una cuestión meramente fáctica, se ha excluido de forma expresa, al menos en el caso del Acuerdo con Canadá (art. 30.6), el efecto directo sus normas al objeto de evitar su integración en el Derecho de la Unión Europea.¹⁰⁰ En realidad ello no es más que la confirmación oficial de la práctica habitual respecto a la negación del efecto directo en los acuerdos internacionales celebrados por la UE.¹⁰¹ Aunque el efecto directo no ha sido totalmente descartado, el TJUE ha reiterado en este sentido que, en principio, el derecho del GATT o de la OMC no se pueden invocar en la revisión la legalidad de los actos internos, porque son demasiado flexibles e imprecisos.¹⁰² Así pues, ni los tribunales nacionales ni el TJUE podrían aplicar las normas CETA en procedimientos internos ni los particulares invocarlas, excluyéndose cualquier impacto en el Derecho de la UE por esa vía. Es de esperar que el TTIP incluya un precepto parecido,¹⁰³ de manera que tanto CETA como TTIP recibirían el mismo tratamiento que el otorgado por el TJUE al Derecho de la OMC, que tampoco tiene efecto directo, ni siquiera en situaciones en las que el órgano de apelación confirma que la legislación interna es incompatible con las normas de la OMC.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Artículo 30.6 CETA: Derechos privados: 1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes. 2. Ninguna de las Partes podrá prever un derecho de recurso con arreglo a su Derecho interno contra la otra Parte aduciendo que una medida de la otra Parte es incompatible con el presente Acuerdo.

¹⁰¹ Gerhard Bebr, «Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg», *Common Market Law Review*, 20 (1983): 35-73. Asuntos acumulados 21-24/72, *International Fruit Company NV y otros c. Produktschap voor Groenten en Fruit*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1972, ECLI:EU:C:1972:115; Asunto C-280/93, *Alemania c. Consejo*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, ECLI:EU:C:1994:367; Asunto C-149/96, *República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999, ECLI:EU:C:1999:574. Críticamente, GRILLER, S. «Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, Annotation to Case C-149/96, Portugal v Council.» *Journal of International Economic Law*, Vol. 3/ 3 (2000):441-472.

¹⁰² C-149/96. Asunto C-149/96, República Portuguesa contra Consejo de la Unión Europea, *op.cit.*

¹⁰³ *Legal Implications of the TTIP for the Acquis Communautaire in ENVI Relevant Sectors*, IP/A/ENVI/ST/2013-09, Directorate General for Internal Policies, p. 13.

¹⁰⁴ Pieter Jan Kuijper and Marco Bronckers, «WTO Law in the European Court of Justice». *Common Market Law Review*, 42 (2005): 1313-1355.

La falta de reciprocidad se menciona generalmente como el argumento que justifica la exclusión del efecto directo en el CETA o TTIP, puesto que ni el Derecho de los Estados Unidos ni el de Canadá permiten a los tribunales el conocimiento de demandas de particulares directamente basadas en acuerdos comerciales.¹⁰⁵ Como argumento contrario se aduce que aunque no haya reciprocidad con los Estados Unidos y Canadá respecto al TTIP y CETA, cada Estado miembro tiene la libertad constitucional básica de elegir el sistema mediante el que prefiere de dar efecto al derecho internacional público, tal como dictaminó el Tribunal de Justicia en *Kupferberg*.¹⁰⁶ Así, la falta de reciprocidad en dichos Estados no constituye un problema insalvable para reconocer el efecto directo de los acuerdos comerciales que concluya la UE.¹⁰⁷ En este sentido se subraya que la posibilidad de invocar disposiciones del CETA o TTIP en procedimientos judiciales internos no solo atendería a los intereses estadounidenses o canadienses, sino también a los de los ciudadanos de la UE, cuyos tribunales nacionales podrían controlar la actividad interna de la UE a la luz de los principios de buen gobierno del TTIP, CETA y otros acuerdos similares.¹⁰⁸

Cualquiera que sea la razón última que ha impulsado a la exclusión del efecto directo en el CETA y TTIP no deja de sorprender que la Unión Europea haya reforzado la existencia de este mecanismo paralelo y externo de resolución de controversias pues precisamente los Servicios Jurídicos de la Comisión criticaron en *Euram c. Eslovaquia* que «El tribunal arbitral no es una corte o un tribunal de un Estado miembro, sino un mecanismo de solución de controversias paralelo totalmente externo el marco institucional y judicial de la Unión Europea. Tal mecanismo priva a los tribunales de los Estados miembros de sus competencias en relación con la interpretación y aplicación de las normas de la UE que imponen obligaciones a los Estados

¹⁰⁵ Oona Hathaway et al., «International Law at Home: Enforcing Treaties in U.S. Courts», *Yale Journal of International Law*, 37 (2012): 51-106. Tal como declaró el portavoz de la Comisión Europea, John Clancy, el 20 diciembre de 2013 respecto a la introducción de mecanismos de ISDS en el TTIP:

«The reason ISDS is needed in TTIP is that the US system does not allow companies to use international agreements like TTIP as a legal basis in national courts. So European companies —and especially SMEs—will only be able to enforce the agreement through an international arbitration system like ISDS», 20 diciembre 2013, DG Comercio, News archive, www.trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1008.

¹⁰⁶ Asunto C-104/81, *Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 1982, ECLI:EU:C:1982:362.

¹⁰⁷ Marco Bronckers, «Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) superior to litigation before domestic courts?», *Journal of International Economic Law*, 18/ 3 (2015): 655-677, 666.

¹⁰⁸ *Ibid.*

miembros». ¹⁰⁹ Paradójicamente, al excluir el efecto directo del TTIP, CETA o de otros Acuerdos que celebre, la UE estaría reforzando el tratamiento especial y externo que se le otorga a los inversores extranjeros en el ISDS y que tanto está siendo criticado por sectores de la opinión pública europea. Así, asociaciones como el *Deutscher Richterbund*,¹¹⁰ la Asociación de Jueces Alemanes, o la Asociación de Jueces para la Democracia en España¹¹¹ claman que es inadmisibles que la protección jurídica a los inversores sea resuelta por un tribunal arbitral al margen del organigrama judicial estatal y europeo, lo que supone una usurpación de las funciones judiciales estatales, caracterizadas por su independencia e imparcialidad, para adjudicarlas a un organismo vinculado a las grandes corporaciones económicas y a los gobiernos más importantes del mundo.

De ser así, el pretendido Tribunal de Inversiones no solo arrojaría dudas sobre su compatibilidad con el organigrama judicial estatal y europeo sino que podría chocar de frente con el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Ciertamente, el Tribunal de Inversiones, tal como propone la Comisión, daría a los inversores extranjeros derechos especiales de protección judicial de los que carecen de los inversores nacionales, reforzado por el hecho de que a los primeros se les permitiría acudir a dicho Tribunal sin antes de recurrir a los recursos judiciales internos.¹¹² Según el art. 218.11 TFUE los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea deben cumplir con el Derecho originario de la Unión, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. En este sentido, si un acto de la UE afecta por igual a un inversor extranjero y a un inversor europeo, permitir solo al primero activar un sistema de judicial paralelo y externo al organigrama judicial estatal y europeo no parece encajar bien en el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que prescribe que «todo

¹⁰⁹ Escrito de *amicus curiae* de la Comisión Europea en *European American Investment Bank AG (EURAM) c. Slovak Republic* (13 octubre 2011) SJ.i.dir (2011) 1154556.

¹¹⁰ *Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission vom 16.09.2015 und 12.11.2015* http://www.drj.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf (acceso 29 junio de 2016).

¹¹¹ «JpD sobre el TTIP y la creación de un tribunal especial», Jueces para la democracia. <http://juecesparalademocracia.blogspot.com.es/2016/05/jpd-sobre-el-ttip-y-la-creacion-de-un.html>, a 11 de mayo de 2017.

¹¹² Respecto al arbitraje de inversiones, el caso de los recortes a las energías renovables en España constituye un claro ejemplo. Miles de inversores nacionales han visto cómo sus demandas han sido sistemáticamente rechazadas por los tribunales nacionales mientras que los inversores extranjeros han interpuesto demandas millonarias, con visos de prosperar, ante tribunales arbitrales de inversión. *Vid.*, Ana M. López-Rodríguez y Pilar Navarro, «Investment Arbitration and EU Law in the Aftermath of Renewable Energy Cuts in Spain», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 25, 2016, pp. 2-10.

el mundo es igual ante la ley» o en el art. 21, también de la Carta, que contiene una clara prohibición de la discriminación basada en la nacionalidad.¹¹³

En 2014 la Comisión Europea solicitó un Dictamen consultivo al TJUE respecto a la competencia para firmar y ratificar el Tratado de Libre Comercio con Singapur.¹¹⁴ Queda por ver si el TJUE aprovechará esta oportunidad para dar su opinión sobre la compatibilidad de los mecanismos tradicionales de resolución de controversias inversor-Estado con el DUE. Quizás tendremos que esperar a la solicitud de un dictamen independiente en relación al TTIP y CETA, como el que se prevé en la «Declaración del Reino de Bélgica relativa a las condiciones aplicables a los plenos poderes del Estado Federal y las Entidades Federadas para la firma del AECG».¹¹⁵ Atendiendo a la misma Bélgica solicitará al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la compatibilidad del Sistema de Tribunales de Inversión con el Derecho de la UE, de conformidad con el artículo 218, apartado 11, del TFUE, esencial para que el Gobierno valón abandone su veto contra CETA. Pero a la luz de lo analizado en las líneas que preceden podemos anticipar que existen poderosos obstáculos que cuestionan la legalidad del Sistema de Tribunales de Inversión y no hay ninguna razón para creer que el TJUE, de ser consultado al respecto, vaya a ser más condescendiente con el mencionado Tribunal que con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen 2/2013.

VI. Conclusiones

El objetivo principal del presente trabajo ha sido analizar el modelo de Sistema de Tribunales de Inversión propuesto por la Comisión Europea a la luz del Derecho europeo. Entre los varios obstáculos que se han analizado y que habría que sortear destaca la necesidad de garantizar los

¹¹³ Si bien es verdad que al abordar algunos aspectos de la llamada «discriminación inversa», es decir, cuando un Estado miembro trata a sus propios ciudadanos menos favorablemente que a cualquier otro ciudadano de la Unión, el TJUE ha reiterado que es una consecuencia inevitable y normal de la división de competencias entre la Unión y sus Estados miembros según lo establecido por los tratados. *Vid.* Hanf, Dominik, «Reverse Discrimination in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, or Judicial Choice?» *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 18, 2011, pp. 29-61.

¹¹⁴ Dictamen 2/2015, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170868&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=387569>.

¹¹⁵ L. Doue, 11, 14 enero 2017, [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114\(02\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017X0114(02)&from=ES).

principios de autonomía y primacía, asegurando que ningún otro órgano jurisdiccional pueda vincular a la Unión Europea y a sus instituciones mediante una determinada interpretación del Derecho de la UE. La respuesta de la Comisión Europea ha sido la exclusión de la competencia del Tribunal de Inversiones para determinar la legalidad de una medida bajo el derecho interno y la consideración de este como mera cuestión incidental y fáctica. No obstante, como se ha argumentado en este trabajo, no está claro que el tratamiento del derecho interno como cuestión fáctica vaya a cambiar el proceso de razonamiento del Tribunal en cuestión, persistiendo el riesgo de interpretaciones paralelas del DUE, que en caso de reiteración, podrían llegar a convertirse en una suerte de precedente *de facto*. Las circunstancias mencionadas se agravan porque aunque el Tribunal de Inversiones habría de seguir la interpretación predominante del derecho interno establecida por los tribunales o autoridades de las parte firmantes del Acuerdo, dicho Tribunal no estaría directamente obligado a solicitar ni tendría competencia para someter al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación. Con ello surgen dudas sobre la legalidad de la propuesta, puesto que no garantiza una intervención preliminar y predominante del TJUE en la interpretación del DUE, de conformidad con el art. 19 TUE y en línea con la doctrina del TJUE en relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Dictamen 2/2013, paras. 236-248).

Además, la creación de un Sistema de Tribunales de Inversión para el arreglo de controversias por la infracción de las normas de protección de los inversores puede cuestionar la competencia exclusiva del TJUE establecida en el artículo 268 TFUE para conocer de los litigios relativos a la indemnización por los daños ex artículo 340 del TFUE. No es difícil anticipar el problema que podría suponer la admisión de reclamaciones por daños ante tribunales distintos al TJUE, más dispuestos a conceder indemnizaciones por la responsabilidad financiera resultante del ejercicio de una actividad normativa. Y en este aspecto no habría diferencia entre el arbitraje de inversiones y el Sistema de Tribunales de Inversión propuesto por la Comisión, a menos que este último alineara sus decisiones con la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Art. 268 TFUE.

De igual forma se presentan tensiones entre el arbitraje y el Sistema de Tribunales de Inversión, por una parte y la competencia reguladora de la Unión Europea respecto al funcionamiento del mercado interior, por otro. Entre otras cuestiones, la consolidación del pago de indemnizaciones monetarias como remedio exclusivo frente a las violaciones de los derechos sustantivos de los inversores, como reflejan los arts. 28.1 Borrador TTIP y 8.39 CETA, no parece poder paliar esas posibles injerencias, por resultar en algunas ocasiones equivalentes a una prestación específica.

Por último, el nuevo modelo introducido por la Comisión excluye también de forma expresa el efecto directo de las normas del CETA y, posiblemente, del TTIP, por lo que ni los tribunales nacionales ni el TJUE podrán aplicar sus normas en procedimientos internos ni los particulares invocarlas, excluyéndose cualquier impacto del derecho de inversiones en el Derecho de la UE por esa vía. Pero este planteamiento de la Comisión no hace sino reforzar el tratamiento especial y externo que se le otorga a los inversores extranjeros que tanto está siendo criticado por sectores de la opinión pública europea y la doctrina y que puede incluso ser contrario a los arts. 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por discriminatorio.

La Comisión Europea, originariamente partidaria de la inclusión de mecanismos de ISDS en los acuerdos comerciales post-Lisboa, ha dado un giro a su posición inicial y ahora propone un Sistema de Tribunales de Inversión, para salir al paso de las críticas en algunos sectores de la opinión pública europea. Es cierto que el Sistema de Tribunales de Inversión introduce importantes ventajas en términos de transparencia, independencia y consistencia de soluciones por su carácter permanente y la introducción de un recurso de apelación. Pero sigue sin justificar el porqué del trato privilegiado a inversores extranjeros sobre otros inversores nacionales o los ciudadanos en general. En realidad la cuestión de fondo es la conveniencia o no de mantener mecanismos especiales para la resolución de controversias inversor-Estado. Para un sector importante de la sociedad civil es inadmisibles que la protección jurídica a los inversores sea resuelta por un Tribunal al margen del organigrama judicial estatal y europeo, lo que supone una usurpación de las funciones judiciales estatales, caracterizadas por su independencia e imparcialidad, para adjudicarlas a un organismo vinculado a las grandes corporaciones económicas y a los gobiernos más importantes del mundo. En opinión de algunos, además, no es lógico remitir a un Tribunal especial en los Acuerdos entre la UE y EEUU o Canadá, por tratarse de países que tienen un sistema judicial perfectamente capacitado para dirimir controversias con inversores extranjeros sobre la base de la legislación aplicable al resto de la sociedad. A favor del Sistema de Tribunales de Inversión se puede argumentar, sin embargo, que la exclusión de mecanismos de arreglo de diferencias inversor-Estado puede ser perfectamente entendible —que no necesariamente plausible— en las relaciones con los Estados Unidos y Canadá, pero abandonar los mecanismos de resolución de controversias de inversión y remitir a órganos judiciales estatales quizás no sea del todo pertinente en Acuerdos con China, Rusia u otros Estados más alejados de nuestras tradiciones jurídicas. Y esta circunstancia ha de ser tenida en cuenta si la idea es que tanto el CETA como el TTIP se conviertan en el

gold standard, es decir, en el modelo a seguir por la UE en los acuerdos comerciales que celebre en el futuro.

En cualquier caso, lo que sí está meridianamente claro es que el modelo propuesto por la Comisión Europea necesita ser revisado. No se ha prestado mucha atención a cuestiones jurídicas de base que pueden constituir verdaderos escollos desde el punto de vista del DUE. Cuestiones de legalidad, que por otra parte, también se plantean en relación al arbitraje de inversiones. También se ha de superar la tensa relación entre el TJUE y otros tribunales internacionales, asunto que parece de difícil solución ya que aunque el TJUE no rechaza *a priori* la existencia de los mismos, su doctrina demuestra una posición extremadamente defensiva.

El primer Dictamen consultivo sobre a la competencia de la UE para firmar y ratificar el Tratado de Libre Comercio con Singapur está a punto de ser publicado. Queda por ver si el TJUE aprovechará esta oportunidad para dar su opinión sobre la compatibilidad de los mecanismos tradicionales de resolución de controversias inversor-Estado con el DUE, pero con respecto al Sistema de Tribunales de Inversión seguramente tendremos que esperar a la solicitud de un Dictamen independiente, como el que se prevé en la Declaración del Reino de Bélgica relativa a las condiciones aplicables para la firma del CETA.

Una vez que se fijen las condiciones de compatibilidad, se deberán sortear los posibles obstáculos marcando una línea clara a seguir en el arreglo de controversias inversor-Estado. La remisión a los tribunales nacionales no parece ser una solución apropiada, sobre todo a nivel mundial, pero la existencia de tribunales externos, como el Sistema de Tribunales de Inversión, solo abierto a inversores extranjeros y donde no se les puede exigir responsabilidad por infracciones a la normativa medioambiental, laboral etc. tampoco parece convencer a los sectores críticos de la doctrina y de la opinión pública.¹¹⁶ Representantes de la Comisión Europea han llegado a afirmar que el ISDS está muerto («ISDS is dead»),¹¹⁷ pero la solución que propone la Comisión debilita la credibilidad general del arbitraje de inversiones como mecanismo legítimo de resolución de controversias, al mismo tiempo que se aferra a muchas de sus característi-

¹¹⁶ Gus Van Harten, «Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP». *Osgoode Legal Studies Research Paper 16*, 12/4 (2016), <http://ssrn.com/abstract=2692122>. N. Cingotti (ed.), *Investment Court System: ISDS in Disguise*, Friends of the Earth Europe, www.foeeurope.org/sites/default/files/eu-us_trade_deal/2016/investment_court_system_isds_in_disguise_10_reasons_why_the_eus_proposal_doesnt_fixed_a_flawed_system_english_version_0.pdf.

¹¹⁷ Daniela Vicenti, «Pittella: ISDS is dead, EU-Canada trade deal must be reopened». *EurActiv.com*, 3 julio (2015).

cas como, por ejemplo, haciendo referencia al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o a la Convención CIADI.¹¹⁸ Si el objetivo es crear un verdadero Tribunal de Inversiones, se deberá soltar el lastre del arbitraje. Y sobre todo, si la idea es mantener un sistema externo y paralelo para el arreglo de controversias inversor-Estado, la Unión Europea habrá de hacer más esfuerzos explicativos.

Bibliografía

- Bronckers, Marco. «Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) superior to litigation before domestic courts?». *Journal of International Economic Law*, 18/3 (2015): 655-677, 666.
- Cantero Martínez, Josefa. «Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los estados: el nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP». *Revista Española de Derecho Europeo*, 58 (2016): 13-45. Croft ET AL., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Cross, Ciaran y Christian Schliemann-Radbruch, C. «When Investment Arbitration Curbs Domestic Regulatory Space: Consistent Solutions through Amicus Curiae Submissions by Regional Organisations». *Law and Development Review*, 6/2 (2013): 67-110.
- Fach Gómez, Katia. «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado». *Revista Española de Derecho Internacional*, 69/1 (2017): 295-302.
- Fernández Masiá, Enrique. «¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado». *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesalata arbitraia euskal aldizkaria*, 19/1 (2007): 1-14.
- Fernández, Enrique. «Atribución de competencia a través de la cláusula de nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 13 (2007)
- Fernández, Enrique. «Arbitraje Inversor-Estado: De “Bella Durmiente” A “León En La Jungla”». *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 26 (2013).
- Fernández Rozas, José Carlos. «Internacionalismo vs Mercatorismo en la Especialización del Arbitraje Internacional», *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 5/ 1 (2012): 37-90, 70.

¹¹⁸ Katia Fach Gómez, «Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado». *Revista Española de Derecho Internacional*, 69/1 (2017): 295-302.

- Fernández Rozas, José Carlos. «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia». *La Ley Unión Europea*, 23 (2014): 40-56.
- Foster, Caroline. «A New Stratosphere? Investment Treaty Arbitration as Internationalized Public Law». *International and Comparative Law Quarterly*, 64 (2015): 461-485.
- Franck, Susan. «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions». *Fordham Law Review*, 73 (2005): 1521-1625.
- Fry, James. «Towards a New World for Investor-State Arbitration through Transparency». *New York University Journal of International Law and Politics*, 48 (2016): 796-865.
- Govaere, Inge. TTIP and Dispute Settlement: Potential Consequences for the Autonomous EU Legal Order, Research Papers in Law, 1/2016, *Department of Legal Studies, College of Europe*.
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel. «El alcance de la competencia exterior europea en materia de inversiones». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52 (2015): 871-907.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. «Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado». *Arbitraje, Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 4/1 (2011): 117-136.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. «Contract claims and treaty claims: relación entre las cláusulas umbrela y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva». *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3/3 (2010): 797-811.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, Iñigo. «La firma del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá: un primer y decisivo paso hacia el establecimiento de un renovado marco legal para las inversiones extranjeras en el ámbito europeo y global». *La Ley Unión Europea*, 42 (2016).
- Jančić, Davor. «The Role of the European Parliament and the US Congress in Shaping Transatlantic Relations: TTIP, NSA Surveillance, and CIA Renditions». *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, 4 (2016): 896-912, 902.
- Kläger, Roland. *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press (2011): 21.
- Kleinheisterkamp, Jan. «Financial Responsibility in European International Investment Policy». *International and Comparative Law Quarterly*, 63 (2014): 449-476.
- Kuijper, Pieter Jan and Bronckers, Marco. «WTO Law in the European Court of Justice». *Common Market Law Review*, 42 (2005): 1313-1355.
- Mangas Martín, Aranceli y Liñán Noguerras, Diego. *Instituciones y Derecho de la UE*, 9.ª Edición Madrid: Tecnos (2016): 455 y ss.
- Pascual Vives, Francisco José. «El Subsistema Regional Comunitario ante el Régimen Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 36 (2010): 467-495.

- Schill, Stephan. «Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?». *The Journal of World Investment & Trade*, 16 (2005): 379-388.
- Schill, Stephan. «The Mauritius Convention on Transparency». *The Journal of World Investment & Trade*, 16/2 (2015): 201-204.
- Schill, Stephan. «Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator». *Leiden Journal of International Law*, 23 (2010): 401-430, 412.
- Strik, Philip. «Shaping the Single European Market in the Field of Foreign Direct Investment». *Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing* (2014): 240 ss.
- Tienhaara, Kyla, Brown, Chester y Miles, Kate. «Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science». *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, Cambridge: Cambridge University Press* (2011).
- Van Harten, Gus y Martin Loughlin, «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *The European Journal of International Law*, 17/1 (2006): 121-150.
- Van Harten, Gus «A Case for an International Investment Court». *Society for International Economic Law, Online Proceedings, Working Paper*, 22/08.
- Van Harten, Gus «Key flaws in the European Commission's proposals for foreign investor protection in TTIP». *Osgoode Legal Studies Research Paper 16*, 12/4 (2016).

Sobre el autor

Ana Mercedes López Rodríguez es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Loyola Andalucía (España) y pertenece al Cuerpo Superior de Administradores Generales de la Junta de Andalucía (en excedencia). Ha participado en Proyectos europeos y nacionales, centrandose sus investigaciones en los campos del Derecho Internacional Privado Europeo, el Derecho de la Unión Europea y Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones. Entre sus principales publicaciones en temática europea, destacan: *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003 (ISBN 87-574-0947-1); «Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? – the Link between Law, Language and Culture», 29 *Brooklyn Journal of International Law*, n. 3, 2004, pp. 1195-1220; «EU-retens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv», *Ugeskrift for Retsvæsen*, Vol. 14, n.º 3, 2004, pp. 115-121; «El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I», *La Ley Unión Europea*, vol. 13, 2014, pp. 37-44; «Los pac-

tos de exclusiva en los contratos de abanderamiento y suministro a estaciones de servicio y el Derecho europeo de la competencia», *La Ley Unión Europea*, vol. 24, 2015, pp. 62-71; «Investment Arbitration and EU Law in the Aftermath of Renewable Energy Cuts in Spain», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 25, 2016, pp. 1-10 (junto a Pilar Navarro Rodríguez).

About the author

Ana Mercedes López Rodríguez is Associate Professor of Private International Law at the University Loyola Andalusia (Spain). Member of the Higher Corps of Civil Administrators of the autonomous region of Andalusia (on leave). She has participated in different European and Spanish research projects. Her main lines of research are Private International Law of the European Union, European Union Law and Commercial and Investment Arbitration. Selected publications in the field of European Law: *Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003 (ISBN 87-574-0947-1); «Towards a European Civil Code without a Common European Legal Culture? – the Link between Law, Language and Culture», *29 Brooklyn Journal of International Law*, n. 3, 2004, pp. 1195-1220; «EU-rettens påvirkning af formueretten – det formelle og det faktiske perspektiv», *Ugeskrift for Retsvæsen*, Vol. 14, n.º 3, 2004, pp. 115-121; «El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I», *La Ley Unión Europea*, vol. 13, 2014, pp. 37-44; «Los pactos de exclusiva en los contratos de abanderamiento y suministro a estaciones de servicio y el Derecho europeo de la competencia», *La Ley Unión Europea*, vol. 24, 2015, pp. 62-71; «Investment Arbitration and EU Law in the Aftermath of Renewable Energy Cuts in Spain», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. 25, 2016, pp. 1-10 (co-written with Pilar Navarro Rodríguez).

La Unión Europea ante el desafío de la diversidad cultural. La implementación de la Convención de la UNESCO en la Unión Europea, diez años tras su entrada en vigor*. **

*The European Union facing the Challenge of Cultural Diversity.
The Implementation of the UNESCO Convention in the
European Union, Ten Years After its Entry into Force*

Belén Becerril Atienza
Universidad CEU San Pablo
becati@ceu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp69-100>

Sumario: I. Introducción.—II. Aproximación a la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. 1. El contexto y los objetivos de la Convención. 2. Las obligaciones de las Partes y la relación de la Convención con otros instrumentos internacionales.—III. La implementación de la Convención en la política cultural de la Unión Europea. 1. El marco político y regulatorio de la política cultural. 2. Los programas de apoyo al sector cultural y creativo. 3. La regulación de los servicios audiovisuales.—IV. Conclusiones.

Resumen: En el mes de marzo de 2017 se han cumplido diez años de la entrada en vigor de la Convención de la UNESCO sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, un instrumento normativo internacional que la Unión Europea había promovido, negociado por vez primera en el seno de la UNESCO y ratificado. Es por tanto un buen momento para valorar en qué medida la Unión ha contribuido a la protección y promoción de la diversidad cultural en este período y, más allá de la retórica, se ha convertido efectivamente en el relevante valedor de la Convención que se anunciaba en 2007. Con este fin, este artículo aborda inicialmente la Convención, para recordar el contexto de su aprobación y sus objetivos, y señalar en particular las obligaciones que de la misma se derivan para las Partes, así como su relación con otros instrumentos internacionales. Se examina a continuación la contribución

* Recibido el 12 de enero de 2017, aceptado el 11 de mayo de 2017.

** El presente estudio se enmarca dentro de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

de la Unión Europea a su implementación en su dimensión interna. Para ello se valora en qué medida se ha tenido en cuenta el espíritu y la letra de la Convención desde el año 2007 en el marco político regulatorio de la política cultural, en los programas de apoyo al sector cultural y creativo y en la regulación de los servicios audiovisuales.

Palabras clave: Convención Diversidad Cultural, UNESCO, Unión Europea.

***Abstract:** In March 2017, ten years have passed since the entry into force of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, an international normative instrument promoted, negotiated and ratified by the European Union. It is therefore a good time to assess to what extent the Union has contributed to the protection and promotion of cultural diversity in this period and whether, beyond rhetoric, it has indeed become the relevant supporter of the Convention announced in 2007. To this end, this article initially addresses the Convention, in order to recall the context of its adoption and its objectives, and to examine in particular the obligations arising for the Parties, as well as its relationship with other international instruments. This paper examines the contribution of the European Union to the implementation of the Convention in its internal dimension. To that end, it assesses the extent to which the spirit and the letter of the Convention have been taken into account since 2007 in the regulatory framework of the European cultural policy, in the support programs for the cultural sector, and in the regulation of audiovisual services.*

Keywords: Convention on Cultural Diversity, UNESCO, European Union.

I. Introducción

En octubre de 2005 la 33.^a Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) aprobaba la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales¹ (en adelante, la Convención de la Diversidad Cultural o simplemente, la Convención). Culminaba así un proceso que se había iniciado en 2001 con la aprobación de la Declaración Universal de la Diversidad Cultural², y que la UNESCO se había comprome-

¹ Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, París, 20 de octubre de 2005, acceso el 10 de noviembre de 2016:

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

² Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, 2 de noviembre de 2001, acceso el 10 de noviembre de 2016:

http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

tido a llevar a término mediante la aprobación de una Convención³. Tras dos años de negociaciones, la Convención de la Diversidad Cultural recibía un amplísimo apoyo de la comunidad internacional, con el voto favorable de 148 Estados, cuatro abstenciones —Australia, Honduras, Nicaragua y Liberia— y los votos en contra de Estados Unidos e Israel. Tras un rápido proceso de ratificación⁴, la nueva Convención entraba en vigor en marzo de 2007.

La Unión Europea impulsó la idea de aprobar un instrumento normativo internacional sobre la diversidad cultural, señalando la necesidad de establecer un pilar cultural en la gobernanza internacional⁵. A continuación, la Unión participó de modo novedoso en las negociaciones de la UNESCO. Por vez primera, su Consejo Ejecutivo invitaba con carácter excepcional a la Comunidad Europea a participar activamente en los trabajos de la Convención⁶, a pesar de gozar formalmente tan sólo de un estatuto de observador, que normalmente implica una restringida participación en las reuniones. La UNESCO respondía así a la solicitud de los Estados miembros de la Unión que, siguiendo la recomendación de la Comisión⁷, habían reclamado para la Comunidad un rol activo en las negociaciones, considerando el impacto directo que algunas disposiciones de la Convención tendrían en sus competencias.

La Comunidad obtenía así, con cierto retraso debido a las reticencias iniciales en la UNESCO, un estatuto de observador reforzado, similar al de los miembros salvo en lo que a la exclusión del derecho de voto se refiere. La Comisión participaría en las negociaciones, en nombre de la Comunidad, junto con los Estados miembros, de acuerdo con la distribución de responsabilidades recogida en un código de conducta que determinaba cuidadosamente los cometidos de la Presidencia y los

³ Resolución 32 C/34, UNESCO, aprobada, previo informe de la Comisión IV, en la 21.ª sesión plenaria, París, 17 de octubre de 2003: 68.

⁴ La Convención ha sido ratificada por 143 Estados así como por la Unión Europea. El listado puede consultarse en la página web de la UNESCO, acceso el 10 de noviembre de 2016:

<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?order=alpha&language=S&KO=31038>.

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Hacia un instrumento internacional sobre la Diversidad Cultural», COM (2003) 520 final, 27 de agosto de 2003.

⁶ Decisión 171 EX/60, UNESCO, Decisiones adoptadas por el Consejo Ejecutivo en su 171.ª reunión (2-28 de abril de 2005), París, 25 de mayo de 2005: 78.

⁷ Recomendación de la Comisión al Consejo para que autorice a la Comisión a participar, en nombre de la Comunidad, en las negociaciones de la UNESCO en relación con la Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, SEC (2004) 1062 final, 1 de septiembre de 2004.

de la Comisión⁸. Como resultado, la Comunidad Europea adquirió en las negociaciones una visibilidad inusual⁹. En esta ocasión, logró hablar con una sola voz, y en parte como consecuencia de este hecho, la mayor parte de sus propuestas serían incorporadas al texto final¹⁰. La Comisión se congratulaba, al término del proceso, de «la unidad ejemplar de la Comunidad Europea, que le permitió actuar como uno de los motores de las negociaciones»¹¹.

Esta Convención de la UNESCO fue también la primera de esta organización en contener una disposición que permitía la adhesión de organizaciones de integración económica regional (art. 27). En virtud de la misma, la Unión Europea depositaba, el 18 de diciembre de 2006, su instrumento de adhesión¹², acordándose que en aquellos ámbitos que fuesen de competencia exclusiva de la Comunidad, la Comisión la representaría en los órganos creados por la Convención, en particular, en la Conferencia de las Partes. Se informaba también¹³ sobre las responsabilidades respectivas de los Estados y la Comunidad en el marco de la Convención, destacándose las competencias de la Comunidad en lo que respecta a la política comercial común, la política de cooperación al desarrollo, la política de cooperación con los países industrializados, la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales, la competencia y el mercado interior, incluida la propiedad intelectual, así como la obligación de tener en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del Tratado.

A partir de ese momento la Convención se consolidó como un elemento primordial en la formulación de la política cultural de la Unión. El Consejo manifestó su apoyo señalando que la Convención constituía «un pilar perti-

⁸ Consejo de la UE, Proyecto de código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión, relativo a las negociaciones en el marco de la UNESCO de una Convención internacional sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, doc. 5518/05, 28 de enero de 2005. Véase también Delia Ferri, «EU Participation in the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Some Constitutional Remarks», *European Diversity and Autonomy Papers*, n.º 3 (2005): 1-34.

⁹ Lucia Cavicchioli, «The European Community at UNESCO: an exceptionally active observer?», en *The United Nations and the European Union: an ever stronger partnership*, ed. por Jan Wouters, Frank Hoffmeister y Tom Ruys (The Hague: Asser, 2006): 136.

¹⁰ Evangelia Psychogiopoulou, *Integration of Cultural Considerations in European Union Law and Policies* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007): 120.

¹¹ Comisión Europea: IP/05/676, Bruselas, 6 de junio de 2005.

¹² El 18 de mayo de 2006 el Consejo adoptaba la decisión relativa a su celebración, declarando aprobada, en nombre de la Comunidad, la Convención y autorizando al presidente del Consejo a designar a la persona habilitada para depositar el instrumento de adhesión ante la UNESCO. Decisión n.º 515/2006/CE del Consejo de 18 de mayo de 2006.

¹³ Véase, en el anexo 1.b) de dicha Decisión, la Declaración de la Comunidad Europea en aplicación del artículo 27, apartado 3, letra c) de la Convención.

nente y eficaz para la promoción de la diversidad cultural»¹⁴. La Comisión, que precisamente en 2007 realizaba el ejercicio de reflexión más sistemático y ambicioso emprendido hasta entonces sobre la relación de la Unión Europea con la cultura y sus prioridades para el futuro, otorgaría a esta Convención de la UNESCO un lugar destacado en el documento resultante, la Agenda Europea para la Cultura¹⁵.

La nueva Convención entraba en vigor en marzo de 2007, hace ahora diez años. Es por tanto un buen momento para valorar en qué medida la Unión ha contribuido, más allá de su formulación, a la protección y promoción de la diversidad cultural en este período. Para ello, se abordará en primer lugar la Convención, con el fin de recordar el contexto de su aprobación y sus objetivos, y señalar en particular las obligaciones que de la misma se derivan para las Partes así como su relación con otros instrumentos internacionales. Seguidamente, se examinará la contribución de la Unión Europea a la implementación de la Convención en su dimensión interna. Se analizará en qué medida se ha tenido en cuenta el espíritu y la letra de la Convención desde el año 2007 en el marco político y regulatorio de la política cultural, en los programas de apoyo al sector cultural y creativo, y en la regulación de los servicios audiovisuales. Con este fin se realizará un análisis de los actos aprobados en la materia por las instituciones europeas, así como un estudio crítico de la literatura académica.

Es preciso notar que se excluyen de este análisis otras políticas internas europeas con una dimensión cultural. También, las medidas adoptadas por la Unión Europea para implementar la Convención en su dimensión externa, como los programas culturales de cooperación internacional, que se han fortalecido desde 2007¹⁶, o la firma de protocolos culturales anejos a los acuerdos comerciales, una práctica iniciada en 2008. Conviene al menos mencionar la novedad de estos protocolos, con los que la Unión quería situarse en primera línea en la implementación de la Convención y promover los intercambios culturales en particular en favor de los países en desarro-

¹⁴ Decisión n.º 515/2006/CE del Consejo de 18 de mayo de 2006.

¹⁵ Comunicación de la Comisión relativa a una Agenda Europea para la Cultura en un Mundo en vías de Globalización, COM (2007) 242 final, de 10 de mayo de 2007. Véase también la Resolución del Consejo relativa a una Agenda Europea para la Cultura, de 16 de noviembre de 2007 (2007/C 287/01).

¹⁶ Carmina Crusafón concluye del estudio de los casos de América Latina y el Mediterráneo que la dimensión cultural está crecientemente presente en las relaciones externas de la Unión desde la firma de la Convención, aunque señala que es demasiado pronto para concluir si ello resulta en una verdadera promoción cultural. «EU Cultural Cooperation with third countries: The Cases of Latin America and the Mediterranean», en *Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*, ed. por Evangelia Psychogiopoulou (Palgrave Macmillan, 2015): 235.

llo¹⁷. Constituyen pues una manifestación relevante del esfuerzo por implementar la Convención, si bien han resultado particularmente controvertidos y sus efectos han sido limitados pues sólo afectan a un pequeño número de Estados y sólo alteran marginalmente el *status quo*¹⁸.

El presente estudio se limita pues a la implementación de la Convención por parte de la Unión en su dimensión interna. Ello se debe a que, dada la vaguedad y la ausencia de carácter coactivo de la mayor parte de las disposiciones de la Convención, su implementación dependerá en gran medida de la voluntad de las Partes y en particular, de las medidas adoptadas para su implementación dentro de sus fronteras. Por ello se ha señalado que, habiendo sido la Unión Europea un actor clave en las negociaciones, y habiendo hecho de la promoción de la diversidad cultural y de la Convención una prioridad de su política cultural, el modelo de implementación de la Unión podría constituir un ejemplo relevante para la comunidad internacional¹⁹. Cabe también mencionar que la Unión tiene una larga experiencia en la búsqueda de un equilibrio entre el principio de libre circulación de bienes y servicios culturales y el respeto a las políticas culturales nacionales, experiencia que podría resultar útil en el camino emprendido por la Convención para atender a los aspectos culturales en la gobernanza global.

II. Aproximación a la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales

1. El contexto y los objetivos de la Convención

La tensión entre el comercio internacional y la diversidad cultural, a la que frecuentemente se hace referencia con los términos «comercio versus cultura», late desde su origen tras la firma de la Convención de la Diversi-

¹⁷ Comisión Europea, *Argumentaire on the Title on Cultural Cooperation in future EU trade agreements*, Bruselas, mayo de 2007, acceso el 10 noviembre de 2016:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/may/tradoc_134655.pdf

¹⁸ Jan Loisen, «Mainstreaming Culture in EU External Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?», en *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, ed. por Karen Donders, Caroline Pawels y Jan Loisen (Palgrave Macmillan, 2014): 522. Véase también: Jordi Baltà, «Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales», solicitado por la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo: http://www.diversitystudy.eu/ms/spanish_study_version_10_10_2010.pdf. Acceso 10 de noviembre 2016.

¹⁹ Mira Burri, «Business as Usual? An Appraisal of the Implementation of the UNESCO Convention on Cultural Diversity into EU's Media Law and Policies», *European Law Review* n.º 3 (2003): 803.

dad Cultural. Si bien ésta se refiere de una manera general a la diversidad de las expresiones culturales, su objetivo fue desde el inicio responder a una preocupación relativa al desigual intercambio internacional de bienes y servicios culturales, y de manera muy particular, los de carácter audiovisual²⁰. Esta cuestión había sido objeto de desencuentros entre la Unión Europea y los Estados Unidos desde mediados de los años ochenta. En las negociaciones de la Ronda de Uruguay, los Estados Unidos habían propuesto la inserción del sector cultural, incluido el audiovisual, en el proceso liberalizador, de modo que recibiese el mismo tratamiento que los demás servicios. La Comunidad Europea solicitó en cambio que la cultura fuera incluida como una excepción general, equiparándola a otros intereses generales como la seguridad o el orden público. El acuerdo de Marrakech llegó a una solución de compromiso: la cultura no quedaba recogida como una excepción general, pero en la práctica el audiovisual no se liberalizaría pues pocos Estados asumirían compromiso alguno en este sector. No obstante, la dura confrontación habida explica que, finalizada la Ronda, algunos Estados como Francia y Canadá planteasen la necesidad de establecer un instrumento internacional que abordase esta cuestión desde otra perspectiva y en otro foro²¹.

Los trabajos comenzaron en la UNESCO en el año 2003. Los miembros acordaron centrar su acción normativa en «La protección de la diversidad de los contenidos culturales y de la expresión artística», con el fin de proteger «la diversidad de los contenidos culturales y de las formas de expresión artística vehiculadas por la industria de la cultura, aspectos que parecen correr especial peligro en el contexto actual de mundialización»²². En aquel momento, ya se habían aprobado las dos declaraciones que constituirían los antecedentes más directos de la Convención: la Declaración sobre la Diversidad Cultural del Consejo de Europa, del año 2000²³ y la mencionada Declaración Universal de la Diversidad Cultural de la UNESCO, de 2001.

²⁰ El valor total de las exportaciones de servicios culturales a nivel mundial en 2012 fue de 128.5 mil millones de dólares. El porcentaje de los países en desarrollo representa un 1.6%. El 52.4% corresponden a los Estados Unidos de América. Datos del Instituto de Estadística de la UNESCO recogidos en el informe *Repensar las Políticas Culturales*, UNESCO, 2015: 121-133.

²¹ Carol Balassa, «The Impact of the US Position in the Trade and Culture Debate», *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, ed. por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel (Cambridge: Intersentia, 2012): 84.

²² 166 EX/28 «Estudio preliminar de los aspectos técnicos y jurídicos relacionados con la conveniencia de elaborar un instrumento normativo sobre la diversidad cultural» de 12 de marzo de 2003: 5-7.

²³ Adoptada por el Comité de Ministros el 7 de diciembre del 2000 en el 733.º encuentro de Ministros.

La primera de ellas constituía una manifestación temprana del nuevo énfasis en el concepto de diversidad cultural y del particular interés de los países europeos por esta cuestión. La declaración reconocía que «el respeto por las diversidades culturales es una condición esencial de la sociedad humana» y afirmaba que el desarrollo de las nuevas tecnologías de información, la globalización y el comercio multilateral tienen un impacto sobre la diversidad cultural. Disponía por ello, que «las políticas culturales y audiovisuales, que promueven el respeto de la diversidad cultural, son un complemento necesario a las políticas comerciales» (art.2.). La Declaración manifestaba a su vez la centralidad del sector audiovisual, al que se refería repetidamente, en este debate.

La Declaración Universal de la Diversidad Cultural de la UNESCO de 2001 reconocía, por vez primera, que la diversidad cultural «constituye el patrimonio común de la humanidad» y «debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras» (art.1). También se refería a tres cuestiones que, como se verá, cobrarían especial relevancia en la posterior Convención: en primer lugar, el carácter específico de los bienes y servicios culturales «que, por ser portadores de identidad, de valores y sentido, no deben ser considerados mercancías o bienes de consumo como los demás» (art.8); en segundo lugar, ante los desequilibrios en los flujos e intercambios a escala mundial, se señalaba la necesidad de «reforzar la cooperación y la solidaridad internacionales para que todos los países, especialmente los países en desarrollo y los países en transición, puedan crear industrias culturales viables y competitivas» (art.10); y en tercer lugar, se enfatizaba el papel de las políticas públicas: «las fuerzas de mercado por sí solas no pueden garantizar la preservación y promoción de la diversidad cultural, claves para un desarrollo humano sostenible. Desde este punto de vista, se debe reafirmar la preeminencia de las políticas públicas, en colaboración con el sector privado y la sociedad civil» (art.11).

Si bien la declaración de la UNESCO, al igual que la del Consejo de Europa, carecía de carácter vinculante, ambas eran expresión de la creciente relevancia de esta cuestión. Como señalaba la Comisión Europea en 2003, la diversidad cultural se había convertido en una de las principales cuestiones debatidas a escala internacional entre las organizaciones internacionales y regionales²⁴.

Ambas declaraciones manifestaban también la consolidación del concepto mismo de diversidad cultural. La preocupación por el desequilibrio en los intercambios internacionales de bienes y servicios culturales venía

²⁴ Comunicación de la Comisión «Hacia un instrumento internacional sobre la Diversidad Cultural»: 2.

de muy lejos, habiéndose manifestado en los años ochenta tanto en las negociaciones en la Ronda de Uruguay como en el seno de la UNESCO. En esta organización, la iniciativa «*New World Information and Communication Order*» y el informe *MacBride*²⁵ generaron una tensión que explica el abandono temporal de la organización por parte de los Estados Unidos y el Reino Unido. Sin embargo, tanto en la UNESCO como en la Organización Mundial de Comercio (en adelante, OMC) hasta el nuevo siglo, la resistencia a avanzar en la liberalización de bienes y servicios culturales se realizaba en nombre de la controvertida *excepción cultural*²⁶. Tras la aprobación de las Declaraciones del Consejo de Europa y de la UNESCO, un nuevo concepto de diversidad cultural, más complejo y abierto, se consolidaba. Un concepto que incide en la necesidad de preservar cierto equilibrio en los intercambios y reivindica el derecho de los Estados a adoptar políticas con ese fin, pero que también enfatiza que la diversidad cultural se fortalece mediante la circulación de ideas e intercambios²⁷.

Con estos antecedentes, la nueva Convención de la Diversidad Cultural aprobada en 2005 partía de la afirmación de que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad, un patrimonio común que debe valorarse y preservarse. A continuación, recogía un primer objetivo de carácter general consistente en proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales. A este se sumaban ocho objetivos más concretos, seguidos de ocho principios rectores, que se referían a la creación de condiciones para que las culturas puedan prosperar, al fomento del diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios más equilibrados, al fomento de la interculturalidad, a la importancia del vínculo existente entre la cultura y el desarrollo... Cabe destacar en particular los tres últimos objetivos, que venían a confirmar y fortalecer, en unos términos más precisos, unas ideas que estaban ya presentes en Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural:

- Reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de portadores de identidad, valores y significado;
- Reiterar los derechos soberanos de los Estados a conservar, adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios;

²⁵ Informe Mac Bride, *Un solo Mundo, voces múltiples*, puede consultarse en su edición en español del Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

²⁶ Una buena recopilación de los argumentos de los partidarios de la excepción cultural puede consultarse en Serge Regourd, *L'exception culturelle* (París: Puf, 2003).

²⁷ Sobre el concepto de diversidad cultural: Jesús Prieto de Pedro, *Excepción y diversidad cultural* (Madrid: Alternativas, 2005): 29.

- Fortalecer la cooperación y solidaridad internacionales en un espíritu de colaboración, a fin de reforzar, en particular, las capacidades de los países en desarrollo.

Estos fueron de hecho los tres elementos que la Comunidad acentuó en las negociaciones²⁸, junto con la adecuada articulación del Convenio con otros instrumentos internacionales y el énfasis en los derechos humanos y las libertades fundamentales que quedaría recogido en su artículo segundo, en virtud del cual nadie podrá invocar las disposiciones de la Convención para atentar contra los mismos. La inclusión de los objetivos mencionados en la versión final de la Convención explica la satisfacción expresada por la Comisión al término del proceso²⁹.

2. *Las obligaciones de las Partes y la relación de la Convención con otros instrumentos internacionales*

Si bien la sección IV de la Convención se refiere a los derechos y obligaciones, un análisis detallado del texto pone de manifiesto la parquedad de las obligaciones allí recogidas. Bien al contrario, a lo largo del texto parece primar el objetivo de reiterar «los derechos soberanos de los Estados a conservar, adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios» (art.1.h). Este es en efecto, un objetivo expresado hasta la saciedad pues se vuelve a recoger en forma de principio rector (art. 2.2.), de norma general relativa a los derechos y obligaciones (art. 5.1.), y aún de nuevo (art. 6.1.) bajo el epígrafe «Derechos de las Partes en el plano nacional».

La Convención enfatiza los derechos por encima de las obligaciones³⁰. El artículo 6.2. contiene un listado abierto de medidas que *podrán* ser adop-

²⁸ *Communication of the European Community and its Member States to UNESCO on the preliminary draft UNESCO Convention on the protection of the diversity of cultural contents and artistic expressions*,

Paris, 15 noviembre 2004. Puede consultarse en la siguiente página web, acceso el 10 de noviembre de 2016: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/december/tradoc_120449.pdf.

²⁹ La nota de prensa enfatizaba precisamente los tres objetivos señalados. Comisión Europea: IP/05/676.

³⁰ Evangelina Psychogiopoulou, «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions and the European Union», en *The UNESCO Convention...*, editado por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel: 367. En el mismo sentido, Mira Burri, «Business as Usual? An Appraisal of the Implementation of the UNESCO Convention on Cultural Diversity into EU's Media Law and Policies»: 804; Rachael Craufurd Smith, «The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Building a New World Information and Communication Order?», *International Journal of Communication*, n.º 1 (2007): 37.

tadas por las Partes, pero no impone obligación alguna. Entre las mencionadas se recogen medidas reglamentarias encaminadas a la protección y promoción de la diversidad, medidas para conceder asistencia financiera pública, para crear y apoyar las instituciones de servicio público... Se citan tanto medidas de promoción, que previsiblemente adoptarán la forma de ayudas y subsidios, como medidas de protección, de carácter más controvertido y más susceptibles de incompatibilidad con las normas de la OMC. Conviene señalar que el artículo 6 no precisa en modo alguno los límites de tales medidas, ni se refiere a los principios de eficacia o proporcionalidad en su aplicación.

El artículo 7 recoge, bajo el epígrafe «Medidas para promover las expresiones culturales», que las Partes *procurarán* crear un entorno que incite a las personas y a los grupos a crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales y tener acceso a ellas. También dispone que las Partes *procurarán* que se reconozca la contribución de artistas y personas que participan en los procesos creativos. En ambos casos el uso verbo *procurar* descarta obligatoriedad alguna. En la misma línea, el artículo 8, sobre las «Medidas para proteger las expresiones culturales», dispone que una Parte *podrá* determinar si hay situaciones especiales en que las expresiones culturales en su territorio corran riesgo de extinción o sean objeto de una grave amenaza. De nuevo, dispone que los Estados *podrán* entonces adoptar cuantas medidas consideren necesarias para proteger y preservar las expresiones culturales.

En las siguientes disposiciones la Convención utiliza unos términos más coactivos en relación con algunas obligaciones que podríamos denominar auxiliares³¹. El artículo 9 establece que las partes *proporcionarán* cada cuatro años a la UNESCO información apropiada acerca de las medidas que hayan adoptado. El artículo 10 establece que las Partes *deberán* promover el entendimiento de la importancia que revisten la protección y fomento de la diversidad mediante programas de educación y sensibilización. El artículo 11 dispone que las Partes *fomentarán* la participación activa de la sociedad civil. Alguna obligatoriedad parece también desprenderse de las disposiciones que siguen, referidas a la cooperación internacional. El artículo 16 dispone que los países desarrollados facilitarán un trato preferente a los trabajadores, bienes y servicios culturales de los países en desarrollo y el 17 establece que las Partes se prestarán asistencia mutua en situaciones de grave peligro para las expresiones culturales cuya naturaleza, no obstante, no se precisa.

³¹ Ivan Bernier, «The Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, a Cultural Analysis», en *The UNESCO Convention...* ed. por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel: 106.

Pocas obligaciones concretas parecen pues desprenderse de esta Convención, lo que parece confirmar la idea de que el objetivo primordial de sus promotores fue más bien afirmar el derecho de las Partes a desarrollar sus propias políticas culturales, es decir, conceder a los Estados más espacio político y legitimidad para desarrollar tales políticas, y de este modo, contrarrestar la presión a favor de la liberalización de servicios audiovisuales que tiene lugar en el marco del comercio internacional. Esta cuestión invita pues a plantearse uno de los asuntos que fueron más controvertidos en las negociaciones: la relación de las disposiciones de la Convención con otros instrumentos internacionales. El artículo 20 establece a este respecto los principios de potenciación mutua, complementariedad y no subordinación. Las Partes disponen que sin subordinar esta Convención a los demás tratados, la tendrán en cuenta cuando los interpreten y apliquen y fomentarán su potenciación mutua (art.20.1). No obstante, se establece también que «ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte» (art.20.2).

Esto significa que, a pesar de ese énfasis tan pronunciado en el derecho de las Partes a desarrollar sus políticas culturales, nada en la Convención podrá impedir que las medidas adoptadas en virtud del mencionado artículo 6 con el fin de proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales sean consideradas incompatibles con otros instrumentos internacionales, y muy en particular con los Acuerdos de la OMC. En efecto, esto quedó fuera de toda duda tras la decisión de su Órgano de Apelación en el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*³². En este contexto, no es de extrañar que se haya señalado la debilidad de la respuesta de la Convención al principal motivo que llevó a su negociación³³. Esta limitación, junto con la ausencia de un mecanismo de solución de conflictos que supere la mera conciliación, explica que algunos se hayan planteado si después de todo, el resultado de la Convención no ha consistido en poco más que sensibilizar sobre la diversidad de las expresiones culturales y aportar un glosario útil para futuros debates³⁴.

³² Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS36321/AB/R, 21 de diciembre 2009.

³³ Lilian Richieri Hanania (ed.), *Cultural Diversity in International Law, The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions* (Abingdon: Routledge, 2014): 299.

³⁴ Rostam J. Neuwirth, «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A critical Analysis of the provisions», *The UNESCO Convention...*, ed. por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel: 69.

En todo caso conviene considerar que, dado el apoyo casi unánime que recabó, la Convención tiene un notable valor político y fortalece la posición de los Estados a la hora de resistir la liberalización de servicios culturales en la OMC³⁵. Además, si bien no pondrá en cuestión las obligaciones derivadas de las disposiciones de otros Tratados, puede ejercer un efecto indirecto y afectar su interpretación pues, como se ha señalado, las Partes deberán tener en cuenta la Convención cuando interpreten y apliquen los demás tratados. También los órganos de resolución de conflictos de la OMC deberán interpretar los Tratados teniendo en cuenta las normas relevantes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes, tal y como requiere el artículo 31.3 c) de la Convención de Viena³⁶.

Por último, en lo que respecta a la relación de la Convención con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, esta formuló una Declaración unilateral en virtud de la cual los Estados miembros «aplicarán en sus relaciones mutuas las disposiciones de la Convención de conformidad con las normas internas comunitarias y sin perjuicio de las modificaciones que, según convenga, se hagan de esas normas»³⁷. Esta cláusula se asemeja a las denominadas «cláusulas de desconexión» introducidas por los Estados miembros en la práctica del derecho internacional con el fin de asegurar la posibilidad de respetar las obligaciones impuestas por el derecho de la Unión Europea al implementar sus obligaciones internacionales³⁸. No obstante, como se verá más adelante, en el asunto *UTECA*³⁹ el Tribunal de Justicia ha sugerido que tomará en consideración la Convención, en el sentido del art.20.1., a la hora de aplicar el Derecho de la Unión. Una posición bien distinta a la que se puso de manifiesto en la OMC en el mencionado asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, en el que, en la lógica del art.20.2., se descartó la aplicación de la Convención.

³⁵ Así se considera que efectivamente ha ocurrido en: Richieri Hanania, *Cultural Diversity...*: 299.

³⁶ Rachael Craufurd Smith, «The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Building a New World Information and Communication Order?»: 45-52.

³⁷ Véase la Declaración unilateral en nombre de la Comunidad en relación con el depósito del instrumento de adhesión en el anexo 2 de la Decisión n.º 515/2006/CE del Consejo.

³⁸ Magdalena Licková, «The CDCE in the European Union – a mixed agreement and its judicial application», en *Cultural Diversity in International Law...*, ed. por Lilian Richieri Hanania: 229.

³⁹ Sentencia de 5.3.2009, *UTECA*, asunto C-222/07.

III. La implementación de la Convención en la política cultural de la Unión Europea

La relación de la Unión Europea con la cultura es un asunto especialmente sensible y complejo, debido en parte a la confusión que rodea al polisémico término cultura y a la relación de la misma con las diversas dimensiones y políticas de la Unión. Desde los años cincuenta, cuando los Tratados apenas mencionaban la cultura⁴⁰, hasta nuestros días, se ha recorrido un largo y difícil camino, al término del cual podríamos decir que la Unión dispone hoy de una política cultural⁴¹.

En dicho camino destacan dos momentos cruciales. El primero, 1992, vino marcado por la inclusión en el Tratado de Maastricht de la nueva disposición cultural (hoy, art. 167 TFUE). Se formalizaba así una acción cultural que se había desarrollado de manera dispersa pero creciente, envuelta en cierta nebulosa jurídica. Una acción que inicialmente se centraba en los aspectos económicos de la cultura, más estrechamente vinculados al mercado interior, y en la protección del patrimonio, pero que progresivamente fue abarcando otras materias como la promoción de la industria audiovisual, del libro y la lectura, y otras formas de expresión cultural. El segundo momento, 2007, vino marcado por la aprobación de la Agenda Europea para la Cultura. Esto se produjo tras la aprobación de la Convención de la UNESCO y poco antes de su entrada en vigor. Con la Agenda, la Unión daba un gran paso en su discurso programático, aportando mayor orientación y coherencia a lo que en el pasado había sido poco más que una serie de iniciativas aisladas, una acción cultural más que una verdadera política.

A lo largo de este camino se ha mantenido una cierta continuidad. Ninguno de los dos momentos señalados significó una total reordenación de las prioridades y los programas, sino que más bien cada paso se construyó sobre el anterior. La Convención de la UNESCO no rompió tampoco esa continuidad. Por ello, para valorar en qué media la Unión ha implementado la Convención es necesario contemplar algunos elementos que se habían desarrollado anteriormente en su acción cultural. Así lo hacía de hecho la Comisión en su informe relativo a la implementación de la Convención de 2012⁴².

⁴⁰ Tan sólo el art. 131TCEE (hoy, 198 TFUE), sobre la asociación de los países y territorios de ultramar.

⁴¹ Belén Becerril Atienza, *Hacia una política Cultural de la Unión Europea* (Cizur Menor: Aranzadi, 2015): 386.

⁴² Commission Staff Working document, *Quadrennial Report on behalf of the European Union on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the*

Por otra parte, conviene señalar la diversidad de las políticas de la Unión que de un modo u otro tienen un efecto en el sector cultural. Esta transversalidad queda subrayada en la llamada cláusula horizontal del artículo 167.4.TFUE, que precisa que «La Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas». Esta cláusula constituyó una de las más relevantes novedades de esta disposición pues si bien, como señaló la Comisión, esa exigencia se había puesto en práctica a lo largo de la historia de la Comunidad, teniéndose en cuenta consideraciones culturales en el establecimiento de los actos comunitarios, con la cláusula horizontal esta exigencia se volvía «obligatoria y sistemática»⁴³.

En su primer informe sobre la implementación de la Convención⁴⁴, la Comisión recogía el conjunto de políticas europeas con un impacto en la diversidad de las expresiones culturales. Incluía así, tanto las medidas adoptadas específicamente para el sector cultural y audiovisual, como las medidas que afectan el entorno en el que operan estos sectores, como la sociedad de la información, el mercado interior —incluyendo los derechos de propiedad intelectual—, la política industrial y de innovación, el derecho de la competencia incluyendo lo relativo a las ayudas de estado, la fiscalidad, la política de cohesión, la política comercial común, la cooperación al desarrollo y la cooperación económica, financiera y técnicas con terceros Estados. Por la imposibilidad de abordar a continuación tan diversas políticas, limitaremos este estudio, en lo que a las políticas internas se refiere, a las medidas más relevantes adoptadas específicamente en el sector cultural y audiovisual.

1. *El marco político y regulatorio de la política cultural*

En primer lugar, cabe recordar que desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, la disposición fundamental sobre la política cultural es el artículo 167 TFUE. En virtud de esta disposición, la cultura queda definida como un ámbito en el que la Unión puede llevar a cabo accio-

Framework of the 2005 UNESCO Convention, SWD (2012) 129 final, de 23 de febrero de 2012. Dicho informe acompaña al documento: Commission, *Report on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the Framework of the UNESCO Convention*, C(2012) 3186 final, de 23 de mayo de 2012.

⁴³ *Primer informe sobre la consideración de los aspectos culturales*. COM (96) 160 final, de 17 de abril de 1996.

⁴⁴ *Quadrennial Report on behalf of the European Union on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the Framework of the 2005 UNESCO Convention*, 6.

nes de apoyo, coordinación o complemento, de acuerdo con el principio de subsidiariedad. La Unión puede pues actuar para apoyar y complementar la acción de los Estados, pero nunca en detrimento de la misma. Esta disposición ha sido modificada en una ocasión tras la entrada en vigor de la Convención de la UNESCO, con motivo del Tratado de Lisboa. Dicha reforma hizo posible la adopción por mayoría cualificada de las medidas de fomento de la cultura, eliminando la unanimidad que había prevalecido hasta entonces⁴⁵.

Conviene mencionar que el énfasis en la diversidad del art.167 TFUE es previo a la firma de la Convención. El párrafo primero dispone que la Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros «dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común», y el párrafo cuarto establece que la Unión tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, a lo que la reforma de Ámsterdam añadió: «en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas». Ello pone de manifiesto la continuidad del énfasis europeo en la diversidad cultural, antes y después de la Convención.

En segundo lugar, es preciso destacar la Agenda Europea de la Cultura, el documento que recoge, más allá de lo dispuesto por el art. 167 TFUE, los objetivos y prioridades de la política cultural de la Unión. Si bien las instituciones europeas comenzaron a financiar acciones culturales desde los años setenta, y las dotaron de una base jurídica firme con ocasión de la reforma de Maastricht, llama la atención el hecho de que hasta quince años después la Unión no realizase una reflexión sistemática sobre su relación con la cultura en sus múltiples dimensiones, definiendo sus prioridades y objetivos y proponiendo un nuevo método de trabajo. Como la propia Comisión Europea ha señalado⁴⁶, fue a raíz de la Convención de la UNESCO cuando la Unión dio el paso más relevante en la definición de su política cultural al adoptar en 2007 la Agenda Europea para la Cultura.

La Agenda establecía tres grupos de objetivos. En primer lugar, proponía fomentar la diversidad cultural y el diálogo intercultural. Para ello, hacía referencia especial al fomento de la movilidad de artistas y profesio-

⁴⁵ Belén Becerril Atienza, «La disposición cultural de los Tratados. Estudio del artículo 167 TFUE y de las modificaciones realizadas por el Tratado de Lisboa», en *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, ed. por Cástor Díaz Barrado y Carlos Fernández de Liesa (Pamplona: Civitas, 2011): 391-423.

⁴⁶ *Quadrennial Report on behalf of the European Union on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the Framework of the 2005 UNESCO Convention*, 7.

nales, de obras de arte, de trabajadores culturales... En segundo lugar, establecía el objetivo novedoso de promover la cultura como catalizador para la creatividad en el marco de la estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo. En este sentido, se hacía énfasis en el creciente papel de las industrias culturales en el dinamismo y competitividad de la UE y se proponían objetivos más concretos como reforzar las capacidades organizativas del sector cultural y desarrollar asociaciones eficaces entre el sector cultural y otros, como la investigación o el turismo, para aumentar el impacto de las inversiones en la cultura. En tercer y último lugar, la Agenda establecía el objetivo de reforzar la dimensión cultural como elemento de las relaciones exteriores de la Unión. Para ello se proponía integrar sistemáticamente la cultura en todas las políticas con una dimensión exterior y promover los intercambios culturales con terceros países así como el acceso a los mercados mundiales de los bienes y servicios de los países en desarrollo. Tanto el énfasis prioritario en la diversidad cultural como el fortalecimiento de la dimensión cultural en la política exterior de la Unión, con especial mención de los países en desarrollo, ponían de manifiesto el alineamiento de la Agenda con la Convención.

Otra de las novedades de la Agenda se refería a los nuevos métodos de trabajo. Se consideraba llegado el momento de que los Estados diesen un paso más en la cooperación cultural y utilizarasen el método abierto de coordinación, un marco intergubernamental no vinculante en el que los Estados tratan de acordar objetivos, seguir sus progresos e intercambiar buenas prácticas. En el marco de este método se definieron cinco prioridades en el Plan de Trabajo para el período 2008-2010⁴⁷, entre las que se encontraba la promoción y aplicación de la Convención de la Diversidad. Esta prioridad se ha mantenido como una constante, recogándose de nuevo en el Plan de Trabajo 2011-2014⁴⁸ y en el de 2015-2018⁴⁹, que se está desarrollando en la actualidad. Por último, la Agenda marcó también el inicio de un diálogo

⁴⁷ Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el plan de trabajo en materia cultura (2008-2010), DO C 143 de 10.6.2008.

⁴⁸ Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, sobre el plan de trabajo en materia de cultura (2011-2014), DO C 325 de 2.12.2010. Las seis prioridades específicas se alineaban con las del plan previo. En aquel se subrayaba la promoción de la Convención UNESCO, mientras que ahora se destacaba «La cultura en las relaciones internacionales», dentro de la que a su vez se contempla la promoción de la Convención.

⁴⁹ Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el Plan de trabajo en materia de cultura (2015-2018) DO C 463 de 23.12. 2014. La prioridad D se refería a la Promoción de la diversidad cultural, cultura en las relaciones exteriores de la UE y movilidad, y en primer lugar, a la Convención de la UNESCO.

más estructurado con el sector cultural. A este respecto, el artículo 11 de la Convención disponía que las Partes fomentarían la participación activa de la sociedad civil.

2. Los programas de apoyo al sector cultural

Tras el impulso que supuso la entrada en vigor, con el Tratado de Maastricht, de la nueva disposición cultural, los programas de los años noventa, *Calidoscopio*, *Ariane* y *Rafael*⁵⁰ reorganizaron la acción cultural en torno a tres líneas: apoyo a las actividades artísticas y culturales, apoyo al libro y la lectura, incluida la traducción, y apoyo a la conservación del patrimonio. Estos tres ámbitos de actuación se consolidarían más tarde con el programa Cultura 2000⁵¹ que permitiría al fin contar con un planteamiento global, un instrumento financiero único y una dotación de 236,5 millones de euros para el período comprendido desde el inicio de 2000 hasta el fin de 2006⁵². Las líneas desarrolladas con esos programas se mantendrían también, en gran medida, tras la entrada en vigor de la Convención de la UNESCO, con los nuevos programas culturales. El programa Cultura (2007-2013)⁵³, aprobado tras la firma de la Convención pero antes de su entrada en vigor, constituiría de nuevo un instrumento único de financiación y programación para la cooperación cultural, con una dotación de 400 millones de euros.

La promoción de la diversidad cultural sería un elemento fundamental del nuevo programa Cultura, a pesar de lo cual debe notarse que la Decisión no se refiere expresamente a la Convención. También destaca el énfasis del nuevo programa en la ciudadanía europea. En unos años difíciles para el proyecto de integración, el programa vinculaba la acción cultural al concepto de la ciudadanía, estableciendo como objetivo general «impulsar un espacio cultural compartido por los europeos y basado en una herencia

⁵⁰ Decisión del Parlamento Europeo y el Consejo 719/96, por la que se aprueba el programa de apoyo a las actividades artísticas y culturales de dimensión europea, DO L 99 de 20.4.96, 20. Decisión del Parlamento Europeo y el Consejo 2085/97, DO L 291 de 24.10.97, 19. Decisión del Parlamento Europeo y el Consejo 2228/97, DO L 305 de 8.11.97, 31.

⁵¹ El programa *Cultura 2000* fue aprobado mediante la Decisión 508/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO L 63 de 10. 3. 2000, 1.

⁵² Se estableció una dotación de 167 millones de euros para el período comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2004. Posteriormente fue prorrogado a los años 2005 y 2006 sin modificarse su contenido, estableciéndose una dotación financiera global de 236,5 millones de euros para la totalidad del programa. Decisión de 31 de marzo de 2004 n.º 508/2000/CE, DO L 99 de 3.4.2004.

⁵³ Decisión n.º 1855/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por la que se establece el programa Cultura (2007-2013).

cultural común, mediante el desarrollo de una cooperación cultural entre creadores, agentes culturales e instituciones culturales de los países participantes en el programa, con el fin de favorecer el surgimiento de una ciudadanía europea» (art.3). A ello seguirían tres objetivos específicos: promover la movilidad transnacional de los agentes culturales, fomentar la circulación transnacional de obras y productos artísticos y culturales y favorecer el diálogo intercultural.

Para alcanzarlos, la mayor parte del presupuesto se destinaría a financiar acciones culturales: proyectos plurianuales de cooperación, con la participación de operadores culturales de al menos seis Estados; acciones de cooperación, con especial énfasis en la creatividad y la innovación, y operadores culturales de al menos tres países participantes; y por último, acciones especiales, de escala y alcance importantes, que contribuyesen a tomar conciencia sobre la diversidad cultural y la pertenencia a una misma comunidad. Las Capitales Europeas de la Cultura, una de las iniciativas de más éxito de la acción cultural europea o la concesión de los premios al talento artístico, estarían financiadas por esta categoría, que incluiría también nuevas iniciativas como el Sello del Patrimonio Europeo.

Globalmente, podríamos destacar que el planteamiento del nuevo programa Cultura mantenía la continuidad respecto al pasado. Merece la pena especialmente destacar el énfasis en la movilidad transnacional de artistas y profesionales de la cultura, así como en la movilidad de obras de arte⁵⁴. La Comisión ha estimado que se han beneficiado del programa anualmente cerca de 20.000 artistas y profesionales de la cultura que han podido fortalecer la dimensión internacional de sus carreras, así como 1.000 organizaciones culturales, que han podido participar en redes y proyectos internacionales⁵⁵. Cabe señalar también el énfasis en la cooperación con terceros Estados. El programa estaba abierto a la participación de diez Estados europeos, al margen de los miembros, y preveía la posibilidad de cooperación para terceros países con acuerdos bilaterales que contuviesen cláusulas culturales. De esta manera, se han financiado proyectos en China, India, Brasil, México y en los países de la Vecindad Europea, estableciéndose en este caso la condición de haber ratificado la Convención.

⁵⁴ *Interim Evaluation of the Culture Programme 2007-13. Final Report. ECORYS UK on behalf of the European Commission DG Education and Culture*. Acceso el 10 de noviembre de 2016:

http://ec.europa.eu/dgs/education_culture/more_info/evaluations/docs/culture/culture2010_en.pdf

⁵⁵ *Quadrennial Report on behalf of the European Union on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the Framework of the 2005 UNESCO Convention*: 9.

A pesar de las fortalezas del programa, como su continuidad y coherencia, y el esfuerzo por mejorar su apertura y visibilidad, no podemos evitar señalar la prudencia del planteamiento con el que la Unión ha abordado la cultura y su limitada ambición, no sólo en lo que respecta a su dotación económica. Si observamos la magnitud y el impacto de la acción cultural en relación con otras políticas europeas, lo cierto es que, más allá de la retórica, el esfuerzo que con este programa se destinaba a la cultura era aún muy limitado. Destaca pues la notable distancia entre su verdadera dimensión y los ambiciosos objetivos sobre la construcción de una ciudadanía europea.

Al margen del programa Cultura había quedado la industria audiovisual, que estaba cubierta por el programa MEDIA (2007-2013)⁵⁶. Este se había desarrollado para apoyar al cine y al sector audiovisual y había contado con 750 millones de euros. Entre sus objetivos se destacaba en primer lugar, en línea con la Convención, «preservar y realzar la diversidad cultural y lingüística y el patrimonio cinematográfico y audiovisual europeos, garantizar que el público pueda acceder a ellos, y favorecer el diálogo intercultural». También se caracterizaba por su posible apertura a Estados europeos no miembros, que de acuerdo con su artículo 8 podía someterse a un examen de compatibilidad de su legislación nacional con el acervo comunitario, examen que incluiría⁵⁷ la ratificación de la Convención. A este programa se sumaría más tarde MEDIA *Mundus* (2011-2013)⁵⁸ con el fin de promover la cooperación audiovisual entre los profesionales europeos y sus homólogos de terceros países y una dotación de 15 millones de euros. Este se refería expresamente en su exposición de motivos a la Convención y a su artículo 12 e), en virtud del cual las Partes procurarán fomentar la firma de acuerdos de coproducción y codistribución.

El último de los programas culturales emprendido por la Unión ha sido Europa Creativa⁵⁹, para el período 2014-2020. Este agrupa las acciones an-

⁵⁶ Decisión n.º 1718/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006 relativa a la aplicación de un programa de apoyo al sector audiovisual (Media 2007) DO L 327/12 de 24.11.2006.

⁵⁷ *Quadrennial Report on behalf of the European Union on Measures to Project and Promote the Diversity of Cultural Expressions in the Framework of the 2005 UNESCO Convention*, 10. MEDIA también se abriría a otros Estados que hubiesen concluido acuerdos de asociación o de cooperación con la Unión que contengan cláusulas relativas al sector audiovisual y «compartiesen una aproximación común a la diversidad cultural».

⁵⁸ Decisión n.º 1041/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de octubre de 2009 por la que se establece un programa de cooperación audiovisual con profesionales de terceros países DO L 288/10 de 4.11.2009.

⁵⁹ Reglamento No 1295/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 por el que se establece el Programa *Europa Creativa* (2014 a 2020).

tes cubiertas por el programa Cultura junto con MEDIA y MEDIA *Mundus*, incrementando el presupuesto global en un 9%, y destinando al sector 1.460 millones en un período de siete años. El nuevo programa, a diferencia del anterior, menciona repetidamente en la Convención desde el primer párrafo de su exposición de motivos. A continuación, establece dos objetivos generales, «salvaguardar, desarrollar y promover la diversidad cultural y lingüística europea y promover el patrimonio cultural europeo», y «reforzar la competitividad de los sectores cultural y creativo europeos, en particular el sector audiovisual, con vistas a promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

Europa Creativa da así seguimiento a una pauta que viene poniéndose de manifiesto desde la Agenda, como es el énfasis especial en las industrias culturales y creativas y en su potencial para contribuir a la competitividad europea⁶⁰. El nuevo programa incluye iniciativas de los anteriores programas Cultura, como el apoyo a redes y proyectos de cooperación transfronteriza, la traducción y promoción de obras literarias, las Capitales Europeas de la Cultura, el Sello de Patrimonio Europeo, los premios europeos de la literatura, arquitectura, protección del patrimonio... Pero ahora, el programa contiene también las iniciativas para apoyar el sector audiovisual, incluyendo la distribución y comercialización de obras audiovisuales, los festivales de cine europeo, los fondos para la coproducción internacional de películas...

De este modo, el nuevo programa concentra el apoyo a la cultura y a la industria audiovisual, a la vez que enfatiza y apoya su contribución al crecimiento económico, motivo por el cual se ha hablado de un «giro industrial» en la política cultural⁶¹. Frente a conceptos complejos como la ciudadanía europea o la diversidad cultural, a la hora de evaluar los proyectos se atenderá en particular a los indicadores económicos como su impacto en el empleo, el número de personas que acceden a las obras o al número de entradas de películas europeas en el mundo⁶². El objetivo de promover la diversidad cultural orienta el programa, pero en su implementación se refuerza el apoyo a las industrias culturales en base a criterios cuantitativos.

⁶⁰ La Comisión había lanzado una consulta y publicado sus resultados en un Libro Verde en el que proponía integrar mejor estas industrias en la estrategia Europa 2020, COM (2010) 183 final—. Como continuación, la Comisión preparó el documento «Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas», SEC (2011) 399 final.

⁶¹ Rachael Craufurd Smith, «The Cultural logic of Economic Integration», en *Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*, ed. por Evangelia Psychogiopoulou (Palgrave Macmillan, 2015): 19.

⁶² Véase artículo 18 del Reglamento de *Europa Creativa*.

3. La regulación de servicios audiovisuales

a. La directiva de servicios de comunicación audiovisual

Tras la entrada en vigor de la Convención, en el año 2010 se aprobó el acto más relevante de la política audiovisual de la Unión, la directiva de servicios de comunicación audiovisual⁶³. Esta venía a sustituir la directiva Televisión Sin Fronteras, aprobada a finales de los ochenta y revisada ya en varias ocasiones⁶⁴, que se había adoptado con el propósito de armonizar las legislaciones de los Estados miembros para evitar que impidiesen la recepción en su territorio de emisiones procedentes de sus socios comunitarios. La directiva Televisión Sin Fronteras regulaba diversos aspectos, como la publicidad y el patrocinio, la protección de menores o el derecho de réplica y también trataba de promocionar la industria audiovisual europea. Para ello, requería en primer lugar, que siempre que fuese posible, los organismos de radiodifusión televisiva reservasen una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión a obras europeas (art.4), y en segundo lugar, que siempre que fuese posible, reservasen al menos el 10 % de su tiempo de emisión o el 10 % de su presupuesto de programación a obras europeas de productores independientes (art.5). Estas disposiciones estaban redactadas en términos que ponían en duda su obligatoriedad. No obstante, fueron objeto de críticas⁶⁵ y motivo de un tenso desencuentro con los Estados Unidos que en la Ronda de Uruguay trataron sin éxito de que los europeos se comprometiesen a su supresión.

La nueva directiva de 2010 respondió a un esfuerzo de adaptación a los cambios estructurales en el sector, la difusión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y la evolución tecnológica. A diferencia de Televisión sin Fronteras, la nueva directiva no se aplicaría sólo a la radiodifusión televisiva, sino a los servicios de medios audiovisuales, con el fin de que estos puedan circular libremente en el mercado único europeo con independencia de su formato de emisión —televisión tradicional, vídeo a la carta, internet...—. En lo que respecta a la Convención, puede afirmarse que su letra y su espíritu están bien presentes en la nueva directiva. Esta se refiere repetidamente al respeto de la diversidad cultural y lingüística y cita

⁶³ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual.

⁶⁴ Directiva 89/552/CEE del Consejo (DO L 298 de 17.10.1989, p. 23). Modificada por la directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 202 de 30.7.1997, p. 60) y la directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 332 de 18.12.2007, p. 27).

⁶⁵ Santiago Muñoz Machado criticó el «dirigismo cultural» y la injerencia en las competencias culturales de los Estados en *Público y privado en el mercado europeo de la televisión* (Madrid: Civitas, 1991): 68.

la Convención para recordar «que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial».

En cuanto a la promoción de obras europeas e independientes, la directiva mantiene lo dispuesto en Televisión Sin Fronteras. Establece así que los Estados miembros velarán para que los organismos de radiodifusión televisiva reserven para obras europeas una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión, con exclusión del tiempo dedicado a las informaciones, manifestaciones deportivas, juegos, publicidad, servicios de teletexto y televenta (art.16). Por otra parte, dispone que los organismos de radiodifusión televisiva deberán consagrar al menos el 10% de su tiempo en antena, o el 10% de su presupuesto de programación, a obras europeas realizadas por productores independientes (art.17). En ambos casos, se dice que tal cosa se hará «siempre que sea posible», dejando su obligatoriedad de nuevo en entredicho. En lo que respecta a los servicios de comunicación audiovisual a la carta, en los que no cabe requerir una proporción mayoritaria de tiempo de difusión ya que los consumidores pueden elegir las obras que visualizan, la directiva se limita a disponer que los Estados velarán por que los prestadores de servicios promuevan la producción de y el acceso a las obras europeas, pudiendo «contribuir a la financiación de la producción de obras europeas o reservar una parte y/o un espacio importante a tales obras en sus catálogos de programas» (art.13). En la transposición de la directiva, varios Estados han requerido reservar un porcentaje de las obras del catálogo a las europeas.

Así pues, puede afirmarse que uno de los elementos cruciales de esta directiva, piedra angular del sector audiovisual, es la promoción de obras europeas e independientes, un objetivo aparentemente alineado con la Convención. No obstante, conviene notar que este esfuerzo es en realidad muy anterior a la misma. Además, la directiva promociona las obras europeas, no la diversidad cultural en sí misma, y lo hace con base a unos criterios que tienen que ver el origen de la obra —residencia de sus autores y trabajadores, realización o supervisión de un productor establecido en un Estado europeo, contribución mayoritaria de coproductores europeos...—, más que con su contribución a la diversidad o su calidad. Por eso, algunos han señalado que la preocupación de la Unión parece más centrada en sus aspectos industriales o empresariales que en los culturales⁶⁶. No obstante, teniendo en cuenta el contexto de la Convención, su énfasis en el sector audiovisual y su objetivo prioritario de afirmar el derecho de las Partes para adoptar

⁶⁶ En el mismo sentido, Mira Burri, «Business as Usual? An Appraisal of the Implementation of the UNESCO Convention on Cultural Diversity into EU's Media Law and Policies»: 813.

medidas destinadas a promover la diversidad de las expresiones culturales, puede afirmarse que al promocionar las obras europeas e independientes la directiva contribuye a la implementación de la Convención y esta a su vez refuerza la legitimidad de la norma europea, a pesar de su carácter proteccionista.

b. La sentencia UTECA

La directiva permite también a los Estados miembros aplicar normas más estrictas o detalladas, en los ámbitos coordinados por la misma, a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción, siempre que estas normas sean conformes con los principios generales del Derecho de la Unión. Esta cuestión se planteó en el mencionado asunto *UTECA* (Unión de Televisiones Comerciales Asociadas), en el que se cuestionaba la compatibilidad de la Directiva Televisión sin Fronteras con una norma española que obligaba a los operadores de televisión a destinar el 5 % de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas europeas y, más concretamente, el 60 % de dicho 5 % a obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en España. El gobierno español alegaba que la disposición cuestionada se basaba en «razones culturales de defensa del multilingüismo español», cosa que el Tribunal de Justicia aceptó reconociendo que el objetivo de «defender y promover una o varias de sus lenguas oficiales» constituye una razón imperiosa de interés general capaz de justificar la restricción al principio de libre circulación, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido, y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo, es decir, que sea proporcional.

Conviene señalar que la sentencia *UTECA*, en la que el Tribunal de Justicia citaba la Convención por vez primera, es un caso especialmente relevante que manifiesta una cierta flexibilización en la jurisprudencia sobre el mercado interior y las políticas culturales nacionales. Esta flexibilización ya se había vislumbrado en la sentencia de 2007 *United Pan Europe*⁶⁷, precisamente el año de entrada en vigor de la Convención, en la que el Tribunal se había pronunciado sobre una norma que restringía la libre prestación de servicios afirmando expresa y rotundamente que «una política cultural puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique una restricción»⁶⁸.

⁶⁷ Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *United Pan Europe Communications Belgium*, asunto C-250/06.

⁶⁸ Desde mediados de los ochenta el Tribunal venía aceptando motivos culturales —como el fomento de las obras cinematográficas o la promoción de la lengua nacional—

En primer lugar, en *UTECA* el Tribunal descartó las alegaciones de la Comisión en virtud de las cuales la norma no establecía criterios objetivos y verificables para garantizar que el régimen de financiación sólo se aplicase a películas que pudiesen ser consideradas «productos culturales». El Tribunal citó el párrafo décimo quinto de la Convención en virtud del cual «la diversidad lingüística es un elemento fundamental de la diversidad cultural» y consideró que la lengua y la cultura están intrínsecamente vinculadas de modo que: «no pude afirmarse que el objetivo perseguido por un Estado miembro, de promover una o varias de sus lenguas oficiales deba ir acompañado necesariamente de otros criterios culturales para que pueda justificar una restricción de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado».

En segundo lugar, en *UTECA* el Tribunal no hizo referencia alguna a la necesidad de que la norma fuese indistintamente aplicable para poder ser justificada en una razón imperiosa de interés general, señalando que la ventaja conferida a las empresas que trabajasen en esa lengua resultaba inherente al objetivo perseguido. De esta manera, el Tribunal dejaba atrás su jurisprudencia en virtud de la cual las razones imperiosas de interés general sólo podían justificar normas indistintamente aplicables. Respondía así a los que habían solicitado «una cierta agilización de la jurisprudencia», sugiriendo que el carácter discriminatorio podría ser inherente a las normas de política cultural⁶⁹. Poco después, en *LIBRO*⁷⁰, en relación a una normativa austriaca que prohibía a los importadores de libros en alemán fijar libremente el precio de venta, el Tribunal confirmaría esta apertura, aceptando la posibilidad de justificar una norma que por razones culturales impone un trato desigual.

Como se ha mencionado, en este asunto, el Tribunal citaba la Convención por vez primera. Seguía así la estela marcada por la Abogada General Kokott que al precisar el marco jurídico aplicable se había referido dilatadamente a la Convención (apartados 13-19), y había recordado que en virtud de su artículo 20.1.b) la Comunidad y los Estados miembros se han comprometido a tener en cuenta las disposiciones de la Convención cuando interpreten y apliquen otros tratados, es decir, también al interpretar y aplicar el Tratado CE (apartado 99). En esta línea, la sentencia del

como intereses susceptibles de justificar una restricción. No obstante, se resistía aún a configurar de forma expresa el interés cultural, o la política cultural, de un modo general, como un nuevo motivo de excepción.

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General Van Gerven. Sentencia de 4.5.1993, *Fedicine*, asunto C-17/92.

⁷⁰ Sentencia de 30.4.2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft* y *LIBRO*, asunto C-531/07.

Tribunal citaba la Convención y «la tenía en cuenta» a la hora de interpretar el Derecho de la Unión, en particular, para justificar el vínculo existente entre la lengua y la cultura. No obstante, a diferencia de la Abogada General, no afirmaba expresamente su consideración a efectos interpretativos, y en realidad, a la hora de justificar la restricción al principio de libre circulación por motivos lingüísticos, recurría a su jurisprudencia anterior, que a estos efectos era suficiente. A pesar de ello el Tribunal, lejos de invocar el art.20.2. o su Declaración unilateral⁷¹ para descartar la aplicación de la Convención en el ordenamiento de la Unión, abrió la puerta, con prudencia, al reconocimiento de sus efectos interpretativos. Por último cabe mencionar que también la Comisión Europea mencionó explícitamente la Convención en 2012 en sus decisiones sobre dos ayudas concedidas por España para la publicación de revistas culturales y de literatura en el País Vasco⁷².

IV. Conclusiones

La Unión Europea jugó un papel novedoso y decisivo en la negociación de la Convención de la Diversidad en el seno de la UNESCO, contribuyendo a la consolidación del concepto mismo de la diversidad cultural en la escena internacional y enfatizando el principio de soberanía en virtud del cual los Estados tienen el derecho de adoptar las medidas y políticas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios.

Por este motivo, y porque hizo de su promoción un objetivo prioritario, puede decirse que la Unión Europea tiene una especial responsabilidad en la implementación de la Convención. Tanto más si se considera que, como se ha visto, dada la muy limitada obligatoriedad de sus disposiciones y el hecho de que estas no ponen en cuestión las obligaciones que para las Partes emanan de otros tratados internacionales, la eficacia de la Convención depende en gran medida de la voluntad de las Partes para implementarla dentro de sus fronteras.

Diez años tras su entrada en vigor, puede afirmarse que el espíritu y la letra de la Convención están bien presentes en el marco político y regulatorio de la política cultural y audiovisual de la Unión. Como se ha visto, con

⁷¹ Véase la mencionada Declaración unilateral de la Comunidad en el anexo 2 de la Decisión n.º 515/2006/CE del Consejo. Sobre este asunto, Magdalena Licková, «The CDCE in the European Union – a mixed agreement and its judicial application»: 229.

⁷² SA.34138/2012/N – Ayuda para publicación de revistas culturales, SA.34168 2012/N – Ayuda para la publicación de literatura en el País Vasco.

algunas excepciones, la Convención es una referencia obligada en los actos europeos en la materia y la protección y promoción de la diversidad cultural es un objetivo prioritario. Es preciso no obstante notar que este énfasis en la diversidad no es nuevo y era una constante de la acción cultural europea desde sus primeros pasos, mucho antes del año 2007. En realidad, la Convención proyecta en la escena internacional un concepto de diversidad cultural cuya promoción ya ocupaba el lugar prioritario entre los objetivos de la acción cultural de la Unión, como muestra la letra de la disposición cultural de los Tratados (art.167 TFUE). No obstante, sí puede afirmarse que tras la Convención la Unión dio un paso más en su discurso programático con la aprobación de la Agenda Europea de la Cultura, en la que realizaba un ejercicio sistemático de definición de sus objetivos y prioridades. Tras décadas en las que la acción cultural de la Unión constituía poco más que una serie de iniciativas aisladas, con la Convención y con la Agenda la Unión realizaba el esfuerzo programático pendiente para la articulación de una verdadera política cultural.

En cuanto a las iniciativas adoptadas para la implementación de la Convención en el marco de la política cultural y audiovisual de la Unión, cabe de nuevo destacar la continuidad. Los programas de promoción cultural y audiovisual, Cultura, Media y después, Europa Creativa, son en realidad una prolongación de los anteriores. De ellos cabe destacar particularmente el énfasis en la movilidad de Cultura 2007, un objetivo alineado con la Convención pero no novedoso, y un cierto giro industrial en el programa Europa Creativa. También, un esfuerzo creciente por la consideración de criterios cuantitativos, lejos de la retórica, a la hora de evaluar la contribución de los proyectos culturales y un aumento de la financiación, que sigue no obstante siendo muy limitada. Por otra parte, la continuidad es también la nota más destacada, a este respecto, en la regulación del sector audiovisual. Las cuotas reservadas a obras europeas e independientes se han mantenido inalteradas desde los años noventa.

Puede pues concluirse que frente a algunas iniciativas novedosas adoptadas por la Unión para la implementación de la Convención en su dimensión externa —como la firma de los mencionados y controvertidos protocolos culturales—, en su dimensión interna ha primado la continuidad. La Convención parece haber tenido más un efecto legitimador de las medidas existentes, que impulsor de nuevas iniciativas para la protección y promoción de las expresiones culturales⁷³.

⁷³ A la misma conclusión llega, en el marco de la política audiovisual europea, María Trinidad García Leiva, «Política audiovisual europea y diversidad cultural en la era digital», 221.

Por lo demás, conviene señalar que el impacto que la política cultural de la Unión puede de hecho ejercer en la promoción de la diversidad cultural sigue siendo limitado, como limitado es el esfuerzo financiero que la Unión dedica a esta política. Por este motivo es de especial interés atender, junto a la política de promoción cultural emprendida desde las instituciones, a la relación del mercado interior con las normas nacionales de política cultural. Desde esta perspectiva se ha destacado el asunto *UTECA*, en el que el Tribunal de Justicia citaba por vez primera la Convención y lejos de descartar su eficacia, abrió la puerta al reconocimiento de sus efectos interpretativos. Conviene también notar que, precisamente en esta sentencia, el Tribunal daba un paso relevante en la flexibilización de su jurisprudencia, permitiendo la justificación de normas discriminatorias por exigencias imperativas de política cultural. La Convención ha contribuido pues a acentuar, en este asunto, el énfasis en la diversidad cultural, afectando a una jurisprudencia definida cuidadosamente a lo largo de los años en torno a los principios de eficacia y proporcionalidad. Para terminar, cabe también mencionar que esta larga experiencia de la Unión en la búsqueda de un equilibrio adecuado entre el mercado y la cultura podría ser de utilidad en el futuro si en efecto la Convención marca sólo el inicio de un camino hacia la mayor consideración de la dimensión cultural de los bienes y servicios en el comercio internacional.

Bibliografía

- Balassa, Carol. «The Impact of the US Position in the Trade and Culture Debate». En *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, editado por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel, 71-94. Cambridge: Intersentia, 2012.
- Baltá, Jordi. «Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales», estudio solicitado por la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo, Bruselas 2010.
- Becerril Atienza, Belén. «La disposición cultural de los Tratados. Estudio del artículo 167 TFUE y de las modificaciones realizadas por el Tratado de Lisboa». En *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, editado por Cástor Díaz Barrado y Carlos Fernández de Liesa, 391-423. Pamplona: Civitas, 2011.
- Becerril Atienza, Belén: *Hacia una política Cultural de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Becerril Atienza, Belén. «La política cultural de la Unión Europea». En *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, tomo VII, editado por José María Beneyto, Jerónimo Maíllo y Belén Becerril, 1003-1056. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

- Bernier, Ivan. «The Convention on the Protection and the Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, a Cultural Analysis». En *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, ed. por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel. 95-123. Cambridge: Intersentia, 2012.
- Burri, Mira. «Business as Usual? An Appraisal of the Implementation of the UNESCO Convention on Cultural Diversity into EU's Media Law and Policies», *European Law Review* n.º 3 (2003): 802-825.
- Burri, Mira. «Keeping promises: Implementing the UNESCO Convention on Cultural Diversity into EU's Internal Policies», NCCR Trade Regulation Working Paper No. 2010/17, University of Bern Law School – World Trade Institute.
- Burri, Mira. «Cultural Diversity as a concept of Global Law: origins, evolution and prospects», *Diversity*, n.º 2 (2010): 1059-1084.
- Cavicchioli, Lucia. «The European Community at UNESCO: an exceptionally active observer?». En *The United Nations and the European Union: an ever stronger partnership*, editado por Jan Wouters, Frank Hoffmeister y Tom Ruys, 135-154. The Hague: Asser, 2006.
- Craufurd Smith, Rachael. «The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Building a New World Information and Communication Order?», *International Journal of Communication*, n.º 1 (2007): 24-55.
- Craufurd Smith, Rachael. «From Heritage Conservation to European Identity: Article 151 EC and the Multi-faceted Nature of Community Cultural Policy», *European Law Review*, n.º1 (2007): 48-69.
- Craufurd Smith, Rachael. «The Evolution of Cultural Policy in the European Union». En *The Evolution of EU Law*, editado por Paul Craig and Gráinne de Burca, 869-894. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Craufurd Smith, Rachael. »The Cultural logic of Economic Integration». En *Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*, editado por Evangelia Psychogiopoulou, 7-23. Palgrave Macmillan, 2015.
- Crusafon, Carmina. «Audiovisual europeo, diversidad cultural y mercado global: análisis de las actuaciones exteriores de la política audiovisual de la Unión Europea», *Ámbitos*, n.º 19 (2010): 243-263.
- Crusafon, Carmina. «EU Cultural Cooperation with third countries: The Cases of Latin America and the Mediterranean». En *Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*, editado por Evangelia Psychogiopoulou, 225-235. Palgrave Macmillan, 2015.
- Cunningham, Collete. «In Defense of Member State Culture: the Unrealized Potential of Article 151.4 of the EC Treaty and the Consequences for EC Cultural Policy», *Cornell International Law Journal*, n.º 34 (2001): 119-163.
- Ferri, Delia. «EU Participation in the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Some Constitutional Remarks», *European Diversity and Autonomy Papers*, n.º 3 (2005): 1-34.
- García Leiva, María Trinidad. «Política audiovisual europea y diversidad cultural en la era digital», *Comunicación y sociedad*, n.º 27 (2016): 221-241.

- Kono, Toshiyuki y Steven Van Uystel (eds). *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions, A tale of Fragmentation in International Law*. Cambridge: Intersentia, 2012.
- Licková, Magdalena. «The CDCE in the European Union – a mixed agreement and its judicial application». En *Cultural Diversity in International Law, The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, editado por Lilian Richieri Hanania, 225-237. Abingdon: Routledge, 2014.
- Littotz-Monnet, Annabelle. *The European Union and Culture. Between economic regulation and European cultural policy*. Manchester and NY: Manchester University Press, 2007.
- Loisen, Jan. «Mainstreaming Culture in EU External Relations through Protocols on Cultural Cooperation: Fostering or Faltering Cultural Diversity?». En *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, editado por Karen Donders, Caroline Pawels y Jan Loisen, 509-525. Palgrave Macmillan, 2014.
- Neuwirth, Rostam J. «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions. A critical Analysis of the provisions». En *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, editado por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel, 229-272. Cambridge: Intersentia, 2012.
- Jesús Prieto de Pedro. *Excepción y diversidad cultural*. Madrid: Alternativas, 2005.
- Psychogiopoulou, Evangelina. *Integration of Cultural Considerations in European Union Law and Policies*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Psychogiopoulou, Evangelina. «The “Cultural” Criterion in the European Commission’s Assessment of State Aids to the Audio-Visual Sector». *Legal Issues of Economic Integration*, n.º 37 (2010): 273-291.
- Psychogiopoulou, Evangelina. «The Convention on the Diversity of Cultural Expressions and the European Union». En *The UNESCO Convention on the Diversity of Cultural Expressions*, editado por Toshiyuki Kono y Steven Van Uystel, 365-394. Cambridge: Intersentia, 2012.
- Psychogiopoulou, Evangelina. *Cultural Governance and the European Union: Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe*. Palgrave Macmillan, 2015.
- Regourd, Serge. *L’exception culturelle*. Paris: Puf, 2003.
- Richieri Hanania, Lilian (ed.). *Cultural Diversity in International Law, The effectiveness of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*. Abingdon: Routledge, 2014.

Sobre el autor

Belén Becerril Atienza es profesora de Derecho de la Unión Europea de la Facultad de Derecho y Subdirectora del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo. Doctora en Derecho por la Universidad CEU San Pablo (Premio Europa de tesis doctorales – Comunidad de Madrid) y Máster en Derecho Internacional por la Universidad de

Lovaina (Gran Distinción), es autora de diversas publicaciones académicas sobre el proceso de integración europea, en particular sobre su historia, sistema institucional, mercado interior y política cultural. Sus últimas publicaciones han sido: «La apuesta de los Estados Unidos por la unidad europea en el marco del Plan Marshall. El apoyo norteamericano y la obstrucción británica en el umbral de la integración europea (1947-1951)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 159-198; *Winston Churchill. Europa Unida*, Ediciones Encuentro, 2016; y *Hacia una Política Cultural de la Unión Europea*, Aranzadi, 2015. Ha sido asesora jurídica externa de miembros del Parlamento Europeo y del diputado Gabriel Cisneros durante la Convención que preparó la Constitución Europea. Ha realizado estancias e impartido clases en diversas Universidades europeas y de Estados Unidos como la Universidad de *Sabanci* en Estambul, *Pazmany University* en Budapest o *William and Mary School of Law* en Virginia. Ha participado en diversos proyectos de investigación financiados entre otros por el Ministerio de Educación y Ciencia, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. El presente estudio se enmarca dentro de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

About the author

Belén Becerril Atienza is Deputy Director of the Institute of European Studies at CEU San Pablo University. She holds a PhD in Law from Universidad CEU San Pablo (European Doctorate Thesis Award – Community of Madrid) and a Masters in International Law from the University of Louvain (Great Distinction). She is the author of academic publications on the European integration process, in particular on its history, institutional system, internal market and cultural policy. Her latest publications have been: «La apuesta de los Estados Unidos por la unidad europea en el marco del Plan Marshall. El apoyo norteamericano y la obstrucción británica en el umbral de la integración europea (1947-1951)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 159-198; *Winston Churchill. Europa Unida*, Ediciones Encuentro, 2016; and *Hacia una Política Cultural de la Unión Europea*, Aranzadi, 2015. She has been external legal adviser to members of the European Parliament and of the Member Gabriel Cisneros during the Convention that drafted the European Constitutional treaty. She has been visiting scholar at several European and US universities such as Sabanci University in Istanbul, Pazmany University in Budapest or William and Mary School of Law in Virginia.

She has participated in several research projects funded, among others, by the Ministry of Education and Science, the European Commission and the European Parliament. This study is part of the Network of Excellence on «Current Challenges of International Law», Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

La influencia del Programa «La mujer, la paz y la seguridad» en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*. ¹

The Influence of the «Women, Peace and Security» Program on the European Union's Security and Defense Agenda

Carolina Jiménez Sánchez
Universidad de Málaga
carolina@uma.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp101-132>

Sumario: I. Introducción.—II. La mujer, la paz y la seguridad.—III. La implementación del programa «la mujer, la paz y la seguridad» por la Unión Europea.—IV. Planes Nacionales de Acción adoptados por los Estados Miembros de la Unión Europea.—V. El Plan Nacional de Acción de España.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo examina el estado del programa «la mujer, la paz y la seguridad» tras diecisiete años desde la adopción de la Resolución 1325, analizando su recepción por la Unión Europea a través de las diferentes herramientas desarrolladas. A su vez, se profundiza en la adopción de Planes Nacionales de Acción por parte de sus Estados Miembros, analizando separadamente el Plan Nacional de Acción español.

Palabras clave: género, mujer, paz y seguridad, Unión Europea (UE), Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), Planes Nacionales de Acción.

Abstract: *This article examines the state of the «women, peace and security» program after seventeen years since the adoption of UNSCR 1325, analysing its reception by the European Union through the different tools developed. Besides, the adoption of National Action Plans by EU Member States, specially the Spanish NAP, will be addressed.*

Keywords: *gender, women, peace and security, European Union (EU), Common Security and Defence Policy (CSDP), National Action Plans.*

* Recibido el 12 de enero de 2017 y aceptado el 30 de abril de 2017.

** El presente artículo se ha realizado durante una estancia de investigación en el Centre for Gender and Women's Studies de la Universidad de Lancaster (Reino Unido).

¹ El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación: «*Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas Contra la Seguridad Humana*» (RASEGUR), Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

I. Introducción

El artículo presenta un estudio pormenorizado de la implementación del programa «la mujer, la paz y la seguridad» en la Unión Europea. Para ello, se han usado diversas metodologías que permiten extraer conclusiones concretas tras más de diecisiete años tras la creación del programa con la Resolución 1325. Entre ellas, el método cuantitativo nos ayudará a determinar cuál ha sido el seguimiento real en la elaboración de los Planes Nacionales de Acción por parte de los Estados de la Unión y otros, comparando a su vez los datos de la UE con otros contextos regionales. Además, el estudio va acompañado de un enfoque propositivo y no meramente descriptivo que intenta analizar reflexivamente el resultado de la implementación del enfoque de género realizado en las políticas de la Unión, tomando como punto de referencia su Planteamiento global y sus indicadores.

En primer lugar, se realizará una introducción del programa «la mujer, la paz y la seguridad», haciendo un breve análisis de su recorrido en estos diecisiete años, tomando nota de sus luces y sombras y también reafirmando su enorme valor como punto de inflexión en el reconocimiento de situaciones y Derechos que antes permanecían invisibles. Igualmente, la Resolución 1325 (y siguientes) han puesto el foco de atención en una esfera tradicionalmente androcéntrica, como es la de las negociaciones de paz y el posconflicto. En este sentido, el programa incide en la necesidad de significar y aumentar la participación de las mujeres en los procesos de paz y la reconstrucción posbélica, aspecto que de igual manera será traído a colación.

En segundo lugar, el artículo pretende abordar un estudio de las políticas llevadas a cabo por parte de la UE para implementar el programa «la mujer, la paz y la seguridad», para lo cual ha resultado fundamental su «Planteamiento Global» y el examen de los indicadores. La creación de los indicadores, y su posterior renovación, han permitido la realización de un estudio pormenorizado de los resultados obtenidos hasta el momento en todas y cada uno de las acciones llevadas a cabo relacionadas con la introducción de una perspectiva de género en la seguridad. En este caso, se profundizará especialmente en aquellos indicadores directamente relacionados con procesos de paz de terceros Estados, en los que la Unión Europea está teniendo un rol significativo.

Hecho este análisis, será preciso pasar a estudiar cuál ha sido la recepción del programa por parte de los Estados Miembros de la Unión, para lo que se han recopilado datos de todos los Planes Nacionales de Acción de éstos y de otros Estados y regiones, lo que posibilita un estudio cuantitativo comparativo que además viene reforzado con un análisis en profundidad de algunos de los aspectos más reveladores. Se tomará en cuenta especial-

mente el Plan Nacional de Acción español, y se reflexionará sobre los retos que plantea, no sólo la adopción, sino la racionalización, diseño y gestión de estos planes.

II. La mujer, la paz y la seguridad

La absoluta invisibilidad de los efectos de los conflictos armados en mujeres y niñas, y su discriminación en todas las esferas de la etapa posbélica era patente en la agenda internacional pre-1325. Cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas iniciaba su programa «la mujer, la paz y la seguridad» en el año 2000, con la adopción de la hoy mítica Resolución 1325, se ponía de manifiesto la necesidad de cambiar el enfoque en los procesos de paz, dando un mayor protagonismo a las mujeres en la resolución de conflictos y dando visibilidad, al fin, a la violencia sufrida por éstas en contextos de violencia sistemática. Diecisiete años después del inicio del programa, y dos años después del Examen de Alto Nivel, las ocho resoluciones que componen el mismo² parecen haber cambiado algo en la concepción del género en la seguridad y en la reconstrucción posbélica³. Parece ya una idea generalmente aceptada que en los nuevos contextos bélicos es vital incluir el urgente enfoque de género y llevarlo a las agendas internacionales de seguridad y defensa, siendo una cuestión indispensable en la concepción global de la seguridad.

Adoptado este programa por el Consejo de Seguridad, todos los actores internacionales estaban llamados a implementar medidas que fomentaran la participación de las mujeres en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en especial, los Estados y las Organizaciones Internacionales con competencias en seguridad y defensa. Tras diecisiete años, las medidas adoptadas han sido exploradas en el Examen de Alto Nivel y el Estudio Mundial realizado en el año 2015 por ONU Mujeres, después de que el Consejo de Seguridad lo solicitase en su resolución 2122 (2013). Además,

² Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2000; Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 19 de junio de 2008; Resolución 1888 (2009) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 30 de septiembre de 2009; Resolución 1889 (2009) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 5 de octubre de 2009; Resolución 1960 (2010) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2010; Resolución 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 24 de junio de 2013; Resolución 2122 (2013) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 18 de octubre de 2013; Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 13 de octubre de 2015.

³ Kirby, Paul; Shepherd, Laura, «Reintroducing women, peace and security», *International Affairs*, 92 (2016): 249-254.

el Secretario General ha expuesto las conclusiones de éste y los progresos del programa en sus informes sobre las mujeres, la paz y la seguridad de septiembre de 2015⁴ y en septiembre de 2016⁵.

De este balance, al que se ha dado una importancia merecida⁶, sobresale la consagración de la Resolución 1325 como un hito en la historia del feminismo en la Comunidad Internacional. La fuerza transformadora del programa ha hecho evolucionar, ante todo, las «ideas», las concepciones patriarcales sobre la seguridad, la violencia y la paz. Como se expresa en el Estudio Mundial, la resolución era portadora de una idea «*sencilla, pero revolucionaria, (que) fue el reconocimiento de que la paz solo puede ser duradera si se incluye plenamente a las mujeres en el proceso, y de que la paz está unida de manera inseparable a la igualdad entre mujeres y hombres*»⁷. Además, su carácter inclusivo de todas las esferas relacionadas con la paz y la seguridad ha otorgado un lugar especial a los mecanismos de protección de los Derechos Humanos y a la promoción de la eliminación del techo de cristal en las altas esferas políticas y militares. En su esencia se encuentra, cómo no, el concepto de *mainstreaming*⁸, que trata no de asignar un espacio al género sino que canalizar la perspectiva de género en todos y cada uno de los elementos de la paz, la seguridad y la violencia.

Tanto es así que dicho Estudio Mundial recomienda a los Estados eliminar las reservas que puedan tener a la CEDAW, e informar sobre los progresos en el programa «la mujer, la paz y seguridad» en el EPU⁹. Es importante en la medida en que la CEDAW ha sido objeto de reservas por parte

⁴ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2015/716, de 16 de septiembre de 2015.

⁵ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2016/822, de 29 de septiembre de 2016.

⁶ Huguuet, Montserrat; Folguera, Pilar, «Seguridad Internacional y Mujeres en los retos de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz», *Revista de Historia Contemporánea AYER*, n.º 101 (2016): 285-297.

⁷ Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz, Estudio Mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ONU Mujeres (2015): 28. El Estudio mundial puede consultarse en: <http://wps.unwomen.org/en>

⁸ El *mainstreaming* de género fue asumido como concepto en la Plataforma de Acción de Beijing. Según el Grupo de Expertos del Consejo de Europa se puede definir como «la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas», (Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de «buenas prácticas». Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), Consejo de Europa (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, pp. 26).

⁹ Examen Periódico Universal realizado por el Consejo de Derechos Humanos.

de la mayoría de Estados que lo han ratificado, ya sea por motivaciones religiosas (16 Estados), político-institucionales (17 Estados), económicas (5) o por los mecanismos de control (40 Estados)¹⁰. La inclusión de una atenta mirada a la protección de Derechos Humanos es fundamental teniendo en cuenta que la discriminación y Violencia Basada en el Género (VBG) que ocurre en el conflicto es sólo una exacerbación de los roles de género existentes en etapas previas. Por ello, la implementación de medidas del programa no sólo va dirigida a los Estados que se encuentren en conflictos armados o procesos de justicia transicional, sino a todos los sujetos de la Comunidad Internacional. Es decir, que el programa «la mujer, la paz y la seguridad» va mucho más allá de los contextos de conflicto y posconflicto. Su intención última debe ser penetrar en todas las etapas de la discriminación, que empiezan y acaban con los Derechos Humanos. Como declara el Secretario General en su informe de 2015 «*la prevención de conflictos con una perspectiva de género debe partir de una comprensión de la inseguridad, las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos que afectan a la vida de las mujeres y las niñas antes, durante y después de los conflictos*»¹¹.

En octubre de 2015 España, en su calidad de miembro no permanente del Consejo de Seguridad, presidía la sesión del mismo en la que se llevaría a cabo el debate abierto y el Examen de Alto Nivel sobre las mujeres, la paz y la seguridad, y en la que sería adoptaba la Resolución 2242 (2015) que, hasta el momento es la última del programa. La propuesta de resolución, elaborada por España y Reino Unido y que fue aprobada por unanimidad, supone una recapitulación del trabajo realizado y los retos pendientes tras 15 años desde la aprobación de la 1325. En ella se insta a los Estados a re-evaluar sus estrategias y a la asignación certera de recursos a actividades del programa, a la luz de las carencias detectadas en el Estudio Mundial publicado en el mismo año. Esta idea estaba ya inserta en el citado Informe del Secretario General del año 2015, en el que alienta «*a todos los agentes que participan en los procesos de paz, a contraer compromisos cuantificables, con plazos concretos, de asegurar la participación directa y productiva de las mujeres en todas las fases del proceso*»¹². Como una herramienta más del control de esos progresos, en dicha Resolución se propuso también

¹⁰ Magdalena Martín Martínez y Carolina Jiménez Sánchez, «La protección internacional de los Derechos Humanos de las mujeres: una visión desde la multiculturalidad y la perspectiva de género», en *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, ed. por Patricia Laurenzo Cope-llo y Rafael Durán Muñoz (Tirant lo Blanch, 2014): 269-305.

¹¹ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2015/716, de 16 de septiembre de 2015, párr. 67.

¹² *Ibidem.*, párr. 154.

la creación de un Grupo Oficioso de Expertos del Consejo de Seguridad sobre la mujer, la paz y la seguridad, que actualmente preside España junto a Reino Unido¹³.

La exigencia del Secretario General en cuanto a la adquisición de «compromisos cuantificables» reside en los múltiples desafíos que todavía hoy socavan la efectividad de la Resolución 1325 y siguientes¹⁴. De hecho, la Resolución 2242 se dedica también evidenciar los puntos débiles del programa, entre ellos: los episodios de violencia sexual que se siguen sucediendo por parte de los agentes de las OMP¹⁵ (situación extremadamente grave cuya responsabilidad se encuentra fundamentalmente en la propia Organización de las Naciones Unidas, así como en los Estados Miembros que envían personal), la VGB que se sigue produciendo en los conflictos, la inactividad de los Estados frente a la infra-representación de las mujeres en todas las esferas de toma de decisiones o, por vez primera, las implicaciones de género existentes en el extremismo violento y la lucha antiterrorista.

El Examen de Alto Nivel ha logrado dar un impulso al programa, que dos años después sigue recibiendo propuestas e iniciativas por parte de algunos Estados. En septiembre de 2016 también España lanzaba la red de coordinadores nacionales sobre la Resolución 1325, cuya primera reunión tendrá lugar en España en 2017. En aspectos más concretos, Canadá propuso la creación de una red de asesores de género militares y de policía. El Grupo Oficioso ha mantenido por el momento diversas reuniones en las que examina la situación del programa «la mujer, la paz y la seguridad» en situaciones específicas, como la de Afganistán, Irak¹⁶, Malí y República Centroafricana¹⁷, dando cuenta de las necesidades y los retos que enfrentan las mujeres y niñas en dichos escenarios. Este es un camino óptimo que incide, no ya en el establecimiento de un marco general de ac-

¹³ Actas de la 7793.^a sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de octubre de 2016, S/PV.7793, p. 7. En palabras del representante español: «*un mecanismo que pone a disposición de los miembros del Consejo de Seguridad información concreta de lo que necesitamos obtener en materia de liderazgo en las Naciones Unidas. Es también un mecanismo al servicio de las misiones de paz, para apoyar sus esfuerzos por integrar la perspectiva de género de manera generalizada en las operaciones de mantenimiento de la paz*».

¹⁴ María Solanas, «Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325», *ARI 44/2015*, Real Instituto Elcano, 15 de septiembre de 2015.

¹⁵ La Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 13 de octubre de 2015 expresa en su punto 9 «profunda preocupación por las persistentes denuncias de actos de explotación cometidos por el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas y los fuerzas ajenas a la Organización».

¹⁶ S/2016/683.

¹⁷ S/2016/672.

tuación, sino en la ejecución del mencionado *mainstreaming* o enfoque de género, aplicándolos a situaciones concretas sobre el terreno y detectando los desafíos, que no son del mismo tipo en todos los contextos. En el caso de Afganistán, éstos tienen que ver con «*the need to ensure gender-sensitive electoral processes and the need for safe work environments for women in the security sector, in order to improve participation and representation of women in public spheres*»¹⁸, mientras que en Malí existen enormes problemas con la MGF (que ronda el 90%) y los matrimonios forzados¹⁹, así como con «*messages against gender equality in social media (...) being used to radicalize and recruit young people in the north*». El Grupo Oficioso realiza en cada una de las situaciones unas recomendaciones sobre cómo implementar el programa en relación a los desafíos concretos de cada territorio.

En esta nueva etapa del programa «la mujer, la paz y la seguridad», hay que confirmar la suficiencia del marco normativo general, desplazando el programa a una nueva fase en la que se deben asumir compromisos concretos y focalizar los esfuerzos de toda la Comunidad Internacional en las mayores amenazas a la seguridad de las mujeres y niñas que hay actualmente en el planeta, en línea con el trabajo del Grupo Oficioso. Como apunta el Secretario General en su informe sobre las mujeres, la paz y la seguridad de 2016 la estrategia a seguir en la siguiente etapa del programa es la de «rendición de cuentas por resultados»²⁰.

Desde un análisis en perspectiva, el programa ha tenido un efecto a medio plazo, como esbozaba arriba, de «ideas», de cambio en las concepciones tradicionales sobre la paz, la violencia, la seguridad y la toma de decisiones. Todo avance ideológico conlleva, no obstante, un tiempo de recepción en los agentes tradicionales anclados a esquemas patriarcales por más de veinte siglos. Tras diecisiete años de «la mujer, la paz y la seguridad» nadie duda de que han cambiado los equilibrios en las representaciones sobre la seguridad y la paz, como también han cambiado algunos gráficos que ahora muestran tendencias hacia la igualdad cuando antes la norma era la ausencia de gráficos sobre tema alguno de género. Y este es, además, un logro global.

Todo éxito del programa pasa necesariamente por su internacionalización y por aunar esfuerzos entre la sociedad civil, los Estados y las Organizaciones Internacionales para así dotar de las herramientas adecuadas para los desafíos permanentes (generales y específicos) que, hoy

¹⁸ S/2016/673.

¹⁹ S/2016/682.

²⁰ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2016/822, de 29 de septiembre de 2016, párr. 110.

se encuentran más que nunca identificados, analizados y cuantificados. Tenemos, pues, el marco normativo suficiente para avanzar un paso más hacia aquello tan falsamente utópico de la igualdad real y efectiva, que significa mucho más que la igualdad por sí sola. En este sentido, el Secretario General en su informe sobre las mujeres, la paz y la seguridad de 2016, afirma que los Estados *«siguen siendo los que están en mejor disposición de influir en la aplicación de la agenda relativa a las mujeres, la paz y la seguridad, en su calidad de Miembros de las Naciones Unidas y de organizaciones regionales, partes en los conflictos, donantes, países que aportan contingentes y fuerzas de policía a las operaciones de mantenimiento de la paz e interlocutores políticos en un conflicto o región concretos. Tienen la responsabilidad primordial de garantizar los compromisos mundiales asumidos en el marco de la agenda se integren en las políticas y legislaciones nacionales»*²¹. Así, es una cuestión fundamental y poco examinada cuál es la recepción que ha tenido el programa en la Unión Europea, asunto de máxima importancia por ser ésta una organización regional de integración y con competencias en seguridad y defensa, que debe velar también por ser modelo para sus Estados Miembros en el seguimiento de las orientaciones de las Naciones Unidas.

III. La implementación del programa «la mujer, la paz y la seguridad» por la Unión Europea

Constatada la existencia de un mandato global para incluir las propuestas del programa «la mujer, la paz y la seguridad» (en adelante, MPS) así como la necesidad de evaluar las acciones realizadas hasta el momento, resulta fundamental analizar cuál ha sido el camino seguido por la Unión Europea a lo largo de la corta vida del programa, examinando si existe también cierta consonancia con las tendencias de sus Estados Miembros y otros contextos regionales. El interés de dicha propuesta es, si cabe, mayor, por tratarse de una Organización con fuertes implicaciones en cuestiones de seguridad y defensa, que actualmente se enfrenta a nuevos desafíos en dicho campo. Además tiene en su haber, por ejemplo, la capacidad de desplegar misiones y operaciones que se desplazan a territorios en conflicto, así como cierta experiencia en mediar en conflictos internacionales.

²¹ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2016/822, de 29 de septiembre de 2016, párr. 68.

Sus significativos atributos en la acción exterior juegan un papel crucial en el cómputo global de la paz y la seguridad, por lo que sería enormemente dañino que la Unión Europea no hubiera realizado acciones positivas a favor de integrar la perspectiva de género en su agenda de seguridad. En efecto, esto fue así durante los primeros años de vida de la Resolución 1325, pero se fue tomando con mayor seriedad a raíz de la Resolución 1820, que, en 2008, instaba a «*los órganos regionales y subregionales apropiados en particular a que examinen la posibilidad de elaborar y aplicar políticas y realizar actividades y tareas de promoción en beneficio de las mujeres y las niñas afectadas por la violencia sexual en los conflictos armados*»²².

En el mismo año, el Consejo de la Unión Europea aprobaba un importante documento con el objeto de integrar una perspectiva de género en todas las áreas conectadas con los conflictos armados, el posconflicto y la reconstrucción, es el «*Planteamiento global de la UE sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la mujer, la paz y la seguridad*»²³, que ha sido visto como un plan de acción regional. En el mismo, se reconocía, además, la conexión entre la seguridad, la paz y el desarrollo con la igualdad de género²⁴ y se trataba de crear un marco común de actuación y de evaluación de las políticas y acciones relacionadas con la paz y la seguridad, así como con la cooperación con terceros Estados. Como medidas específicas, se pone especial énfasis en el apoyo político a las resoluciones del programa MPS, en ofrecer una formación sensible al género en todos los componentes conectados con la paz y la seguridad, como las relacionadas con la Reforma del Sector de la Seguridad (SSR) o cooperar con otros actores internacionales, tanto Organizaciones Internacionales como Estados, en particular aquellos inmersos en procesos de paz. Igualmente, se establece la necesidad de evaluación y monitoreo de las acciones que lleve a cabo la Unión, para lo que se crea la «*Women, Peace and Security Task Force*»²⁵, con el objetivo de fomentar la coordinación y promover un correcto acercamiento a las cuestiones relacionadas con el género, de conformidad con las líneas marcadas en el *Planteamiento global*.

²² Punto 14 de la Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 19 de junio de 2008.

²³ *Planteamiento global de la UE sobre la aplicación de las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la mujer, la paz y la seguridad*, 15671/08, Bruselas, 1 de diciembre de 2008.

²⁴ *Ibidem.*, párr. 15.

²⁵ *Ibidem.*, párr. 28.

En el documento se establecen unas orientaciones comunes para implementar las recomendaciones del programa «la mujer, la paz y la seguridad», basadas en el llamado *triple enfoque* según el cual es necesario que la Unión Europea:

- 1) Integre las líneas marcadas por la Resolución 1325 (2000) y 1820 (2008) en su diálogo político con los Estados particularmente afectados por el conflicto o el posconflicto.
- 2) Realice un *gender mainstreaming* en todas sus políticas y actividades²⁶.
- 3) Apoye acciones específicas y estratégicas para el empoderamiento de las mujeres²⁷.

En esta línea, la UE incorporaría las directrices de la resolución 1325 a su marco normativo en tres áreas prioritarias: la protección de las mujeres víctimas de los conflictos armados, la participación activa de las mujeres en los procesos de paz y el papel de éstas en la prevención de conflictos²⁸. Es evidente que las estrategias encaminadas a homogeneizar prácticas de los Estados en cualquiera de estos tres terrenos deben venir precedidas del ejemplo de la propia Unión, sobre todo respecto a la participación activa de mujeres tanto en la prevención de conflictos como en su participación en los procesos de paz.

En el año 2010 el Consejo reforzaba su actividad sobre el enfoque común y el seguimiento de las orientaciones diseñadas en 2008, a través de la «Women, Peace and Security Task Force», a la que se le encargaba la elaboración de unos indicadores en línea con el *Planteamiento global*, sobre el progreso de la protección y el empoderamiento de las mujeres en contextos de conflicto y posconflicto²⁹. Meses antes el Secretario General de las Naciones Unidas ya había establecido 26 indicadores que incluían las líneas

²⁶ Sobre los orígenes de este particular *Vid.*, Emanuela Lombardo, «El Mainstreaming de género en la Unión Europea», *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 10-15, mayo-diciembre (2003): 6-11.

²⁷ *Planteamiento global...*, *op. cit.*, párr. 18.

²⁸ Barbé, Esther, «Supporting Practices Inspiring by Solidarist Ideas: The EU and the UNSC Open Debates on Women, Peace and Security», en *EU Policy Responses to a Shifting Multilateral System* (Barbé, Esther, et al), Palgrave Macmillan (2016): 135-156.

²⁹ Estos debían estar basados en los que se habían diseñado un año antes para vigilar el respeto de los principios de la Plataforma de Acción de Beijing. El párrafo 43 del *Planteamiento global* (original en inglés) establecía: «On the basis of the four indicators elaborated under the French Presidency for the follow-up of the Beijing Platform for Action area of concern «Women and armed conflicts», the “Women, Peace and Security Task Force” will develop further indicators for progress regarding the protection and empowerment of women in conflict settings and in post conflict situations».

principales del programa³⁰, respondiendo al requerimiento del Consejo de Seguridad en la Resolución 1820 (2008)³¹. La Unión, por su parte, estableció 17 indicadores³² específicos que serían complementados por los de las Naciones Unidas para cuestiones que sean de orden global³³.

Divididos en cuatro áreas, los 17 indicadores se referían a la prevención de conflictos, la participación de las mujeres en los procesos de paz, la protección frente a la violencia ejercida en dichos contextos así como la vigilancia de los Derechos Humanos, la ayuda humanitaria y la recuperación. El establecimiento de unos indicadores demuestra un mayor compromiso con la aplicación del programa MPS. Este ya no constará sólo de recomendaciones a los Estados, sino que se concreta en situaciones cuantificables que permiten observar el progreso o no de las herramientas que han usado los Estados y las Organizaciones para poner en práctica dichas recomendaciones. Es, por tanto, un camino óptimo para comprometerse con resultados concretos que lleven a las sociedades hacia la igualdad real y efectiva. Del mismo modo, la realización de un auténtico enfoque integral de género hace necesaria la observación de cada variable por separado para hacerlo posteriormente de manera global, pues la integración de una perspectiva de género conlleva un ejercicio complejo de reformulación de políticas, protocolos, prácticas de las más diversa índole que ha de hacerse desde el interior de cada órgano y no desde un «órgano rector del género» que contemple directrices generales y no mandatos específicos sobre los elementos de transformación. Por otro lado, es cierto que el diseño de los indicadores responde a una etapa previa de verificación del estado de la cuestión, sin embargo, no se han dotado de metas a alcanzar como en otros compromisos cuantificables similares, basten como ejemplo los Objetivos de desarrollo del Milenio o los Objetivos de Desarrollo Sostenible impulsados por las Naciones Unidas. La asunción de metas en relación con los indicadores en el programa MPS sigue siendo un asunto pendiente, que debería desarrollarse en etapas posteriores.

Los 17 indicadores establecidos por la «Women, Peace and Security Task Force» se muestran de manera abreviada en la siguiente tabla:

³⁰ *UN Strategic Results Framework on Women, Peace and Security: 2011-2020*, accesible en http://www.un.org/womenwatch/ianwge/taskforces/wps/Strategic_Framework_2011-2020.pdf.

³¹ Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 19 de junio de 2008, párr. 17.

³² *Indicators for the Comprehensive Approach to the EU implementation of the United Nations Security Council Resolution 1325 and 1820 on women, peace and security*, 11948/10, Bruselas, 14 de julio de 2010.

³³ *Ibidem.*, p. 7.

| | |
|----|---|
| 1 | N.º de países socios de la UE a los que se apoya en algún tipo de acción sobre MPS |
| 2 | Herramientas e instrumentos de financiación en apoyo a MPS en países socios |
| 3 | N.º diálogos regionales sobre MPS |
| 4 | N.º de países socios en los que las acciones sobre MPS se coordinan por EM y/o otros |
| 5 | N.º proyectos de cooperación en terceros Estados con objetivos de igualdad de género |
| 6 | N.º Planes Nacionales de Acción y otros documentos estratégicos en los EM |
| 7 | N.º de iniciativas de colaboración con la ONU y otras OOH sobre MPS |
| 8 | N.º y porcentaje de mujeres negociadoras y mediadoras apoyadas por la UE |
| 9 | Actividades de la UE en apoyo de la participación de las mujeres en los procesos de paz |
| 10 | N.º y tipo de reuniones (con mujeres) de la UE, las delegaciones de los EM y las misiones PCSD sobre MPS |
| 11 | Proporción por sexo de jefes de misiones diplomáticas, delegaciones y misiones PCSD. Proporción por sexos personal enviado a las OMP de la ONU. |
| 12 | Proporción por sexos de personal diplomático, civil y militar con formación en igualdad de género |
| 13 | N.º y porcentaje de misiones PCSD que incluyan la igualdad y los principios de MPS |
| 14 | N.º y porcentaje de misiones PCSD con asesores de género |
| 15 | N.º casos de abuso y explotación sexual en las misiones PCSD y medidas tomadas |
| 16 | Porcentaje de informes de actividad de los Representantes especiales de la UE que incluyan información sobre MPS |
| 17 | Proporción, país de origen y sexo de los solicitantes de asilo que han obtenido protección internacional |

Buena parte de los indicadores se basan en la cooperación internacional, ya sea con terceros Estados o con otras Organizaciones Internacionales. Señala de normalidad teniendo en cuenta que la UE es, en esencia, un actor de cooperación en procesos de paz de terceros y que, además, tiene un papel fundamen-

tal en la prevención de los conflictos. Igualmente, hay que tener en cuenta que se trata de un enfoque cuantitativo del programa MPS, aunque se incluyen algunos elementos de examen cualitativo que atienden al contenido y no tanto al número, como el número 2 o el 9. No obstante, es relevante conocer las tendencias y los «números» de los objetivos que se alcancen, pues es un reto primario para la consecución de la igualdad. La ausencia de datos en diferentes áreas es un síntoma muy claro de la necesidad de analizar de manera profunda la situación y evolución de los objetivos propuestos.

En mayo de 2011 se publica un primer informe sobre los progresos alcanzados en cada uno de los indicadores³⁴, que ponía de manifiesto cuáles eran por el momento los puntos débiles de la UE, a saber: la participación de las mujeres en los procesos de paz, la incorrecta interpretación de los Planes Nacionales de Acción de los EM o el número de mujeres representantes de las delegaciones de éstos hacían identificables los retos concretos en los que poner un mayor énfasis. En el segundo informe³⁵ adoptado en 2014, la información recibida por parte de los EM es menor (pasa de ser de un 89% en el primer informe a un 59% en el segundo), con lo cual se percibe un desvalor de las cuestiones de MPS en las agendas de los EM. De esta manera, como limitación, los datos no pondrán de manifiesto la realidad de los 28 EM, sino sólo de la de aquellos que han suministrado información, lo que ya por sí solo es muestra de interés en el programa.

Esta falta de información se hace patente doblemente en el indicador n.º 8. El primer informe se limita a poner de manifiesto que no existen datos para cuantificar número alguno de mujeres negociadoras y, en el segundo informe se propone la elaboración de un proyecto que tenga como objetivo la elaboración de estos datos, por lo que por el momento no se pueden establecer conclusiones salvo la de significar que la ausencia de datos es siempre una muestra de la falta de importancia dada a la cuestión. Sin embargo, a la luz del Estudio Mundial podemos conocer datos relevantes en la materia (no en términos cuantitativos pero sí cualitativos). En el acuerdo histórico por el que Irán daba marcha atrás en su programa nuclear³⁶ fue gestado en buena medida por Catherine Ashton, Jefa de la diplomacia europea

³⁴ Report on the EU Indicators for the Comprehensive Approach to the EU implementation of the UNSCRs 1325 and 1820 on women, peace and security (2011-9990/11)

³⁵ Second Report on the EU-indicators for the Comprehensive Approach to the EU Implementation of the UN Security Council Resolutions 1325 & 1820 on Women, Peace and Security (2014-6219/14)

³⁶ Plan de Acción Integral Conjunto (PAIC) concertado el 14 de julio de 2015 (S/2015/544), recogido en la Resolución 2231 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 20 de julio de 2015.

hasta finales de 2014. En las arduas negociaciones de 2015 la Alta Representante Federica Mogherini, junto con la diplomática alemana Helga Schmid y la estadounidense Wendy Sherman, ejercieron labores de mediación cruciales para que el acuerdo tuviera lugar³⁷. En el caso del proceso de paz colombiano, que en un primer momento no contaba con mujeres negociadoras, el cambio de óptica fue fomentado desde los foros internacionales feministas y aplaudido por el Parlamento Europeo en su resolución en apoyo al proceso de paz, en la que elogia «*el establecimiento de una Subcomisión de Género que garantice la integración de la perspectiva de género en las negociaciones y la participación de las víctimas de violencia sexual y de las organizaciones defensoras de los derechos de las mujeres en los diálogos de paz no tienen precedentes y deberían ser una inspiración para otros procesos de paz en todo el mundo*»³⁸. La relación positiva entre la inclusión de mujeres en los procesos de negociación y mediación y los acuerdos alcanzados ha sido puesta de manifiesto por diversos estudios empíricos en los que se constata dicha sinergia objetiva³⁹.

El peso de la Unión Europea como sujeto mediador es crucial, sin embargo no hay que desmerecer la labor de cooperación reforzada que realizan algunos EM en este sentido. Por ejemplo, en el año 2012 España sacaba adelante en colaboración con Marruecos una iniciativa para promover el papel de las mujeres como mediadoras en el Mediterráneo, lo que está permitiendo la formación de éstas y su puesta a disposición a las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales⁴⁰. No obstante, la iniciativa pierde fuelle con acciones como la expulsión de la Vicepresidenta del Parlamento de la Unión Africana, la saharauí Suilma Beiruk, durante la cumbre de Naciones Unidas sobre el cambio climático en Marrakech en noviembre de 2016⁴¹.

La influencia en los procesos de paz también se mide mediante el indicador n.º 11, respecto al que sí se ofrecen datos claros, y la tendencia existente es positiva. En el primer informe sólo se detecta una mujer como jefa de un Delegación en países de frágil estabilidad y 10 jefas en las Delegacio-

³⁷ Prevenir los conflictos..., *op. cit.*, p. 40.

³⁸ Resolución del Parlamento Europeo en apoyo al proceso de paz en Colombia, 2015/3033(RSP), de 19 de enero de 2016.

³⁹ Paffenholz et al., «Making Women Count: Assessing Women's Inclusion and Influence on the Quality and Sustainability of Peace Negotiations and Implementation», Geneva: Inclusive Peace and Transition Initiative (The Graduate Institute of International and Development Studies and UN Women, April 2016): 61.

⁴⁰ Actas de la 7793.ª sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de octubre de 2016, S/PV.7793, p. 71.

⁴¹ Como se referencia en la edición digital de La Vanguardia del 7 de noviembre de 2016. Accesible en: <http://www.lavanguardia.com/internacional/20161107/411665076688/marruecos-expulsa-del-pais-a-la-vicepresidenta-del-parlamento-africano.html>.

nes de todos los Estados, siendo un 18% del total. En el segundo informe, tres años después el porcentaje ha ascendido hasta el 21%, habiendo un total de 24 mujeres jefas de Delegación. Sin embargo no se especifica cuántas corresponden a Estados frágiles o en conflicto. En el personal de las misiones y operaciones se aprecia el persistente techo de cristal, y también una desproporción de la participación de las mujeres en las mismas, que puede ir desde el 7% en la Misión BAM Rafah hasta el 38% en la Misión EUMM Georgia.

Una de las prioridades de la integración de las políticas de MPS en la UE debería identificarse con el indicador n.º 13, pues como actor esencial en procesos de reconstrucción en terceros Estados, las misiones de la UE tienen la capacidad de poner en marcha acciones y políticas vitales para los territorios en conflicto o posconflicto. Sin embargo, este indicador revela importantes deficiencias en el primer informe que descubren la no inclusión plena de los objetivos MPS en el interior de sus misiones. En el primer período examinado sólo habían incorporado estos objetivos a los mandatos de 2 de las 13 misiones y operaciones desplegadas. En el segundo informe ascendían hasta la mitad de los mandatos (7 de 14). Sin duda, es un aumento considerable pero sigue sin ser plausible que la mitad de las misiones y operaciones de la UE continúen sin incluir estos objetivos en su mandato. No obstante, todas ellas comprenden, según ambos informes, referencias claras a las cuestiones de género, pese a que sólo la mitad lo incluya en el mandato. Es clara muestra también de la importancia con que se toma la cuestión la manera de proceder a incluir «la perspectiva de género» en las políticas. Definitivamente no es igual incluirla en protocolos, reglamentos o documentos orientativos que hacerlo en el mandato de una misión u operación, que es la columna vertebral de la misma. Además, el enfoque de género conlleva asociarlo de manera continua y permanente a todos los documentos operacionales de la misión, lo que fomentaría la mejor adaptación del personal a un método de trabajo con enfoque de género, lo que actualmente no se refleja en el día a día de algunas misiones, como se ha puesto de manifiesto al respecto de la Misión EUMM Georgia⁴² pese a ser, no obstante, la que mayor porcentaje de mujeres tiene.

La existencia de asesores de género en el interior de las misiones y operaciones suponen un avance en la calidad e integración de la perspectiva de género, tan necesaria en este ámbito⁴³. Su tarea consiste en recomendar medidas para mejorar el enfoque de género en las misiones y operaciones. En este sentido, la información proporcionada sobre el indicador n.º 12 indica

⁴² Louise Olsson et. al., *Gender, Peace and Security in the European Union's Field Missions*, Folke Bernadotte Academy, Stockholm (2014): 32.

⁴³ Álvarez, Alejandro José, «Mujer, paz y seguridad y los nuevos desafíos a la seguridad global», VI Congreso de Relaciones Internacionales, La Plata (2016).

un descenso en la inclusión de asesores de género en el segundo período, existiendo un asesor de género en el 75% de las operaciones y en el 60% de las misiones, mientras que en el primer informe existía un 90% del total de operaciones y misiones con un experto en género. El adiestramiento sensible al género en las misiones ya se venía contemplando desde el año 2008 cuando se adoptó la tercera revisión del documento «Implementation of UNSCR 1325 in the context of ESDP»⁴⁴. En este se establece que el Comandante debe recibir adiestramiento sobre la implementación de la Resolución 1325, y el resto del personal debe recibir formación sensible al género, en especial sobre la violencia sexual. Se establecía cierta prioridad de la prevención de la violencia sexual, en lo que se ha denominado como política de tolerancia cero⁴⁵.

En este sentido, respecto al indicador n.º 15, en el período cubierto por el primer informe se identificaron 6 casos de abuso y explotación sexual, provenientes de 4 misiones. En el segundo informe ascienden a 13, provenientes de sólo de 2 misiones. Los datos son reveladores, pues es posible que el aumento de denuncias sea consecuencia no de una mayor violencia, sino de un mayor índice de denuncias consecuencia de la visibilización del problema. En el segundo informe se afirma que todos los casos fueron investigados y tuvieron como consecuencias 5 repatriaciones y una sanción disciplinaria.

La política de repatriaciones cuando se constate la existencia de conductas de violencia sexual sigue la reciente línea establecida en la Resolución 2272 (2016) del Consejo de Seguridad⁴⁶, en la que se consagra esta nueva sanción recomendada por el Secretario General, cuando existan pruebas de dicha violencia. Además, en el caso de que el Estado responsable no tome medidas disciplinarias la Resolución propone sustituir a todas las fuerzas militares y/o policiales de dicho Estado, necesidad que, como ya adelanté en publicaciones anteriores⁴⁷, era urgente para otorgar coherencia al programa MPS y su obligada y estrecha relación con las operaciones de paz y la pretendida tolerancia cero. De esta manera, si se verifica que un EM no

⁴⁴ Implementation of UNSCR 1325 in the context of ESDP, Doc. 15782/3/08 REV. 3 En 2005 se habían ya adoptado mencionado en las conclusiones del Consejo en «Council conclusions on ESDP, GAERC, 23 de mayo de 2005 y en «Implementation of UNSCR 1325 in the context of ESDP, Doc., 11932/2/05 REV 2.

⁴⁵ Cristina Amich Elías, «Capacitación, monitoreo e indicadores», en *Formación y adiestramiento sensible al género del personal cívico-militar y el empoderamiento de la mujer*, Susana de Tomás Morales (Dir.), Dyckinson y Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (2015): 241.

⁴⁶ Resolución 2272 (2016) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 11 de marzo de 2016.

⁴⁷ En este sentido, *Vid.*, Carolina Jiménez Sánchez, *Las mujeres en los conflictos armados: conflicto, proceso de paz y posconflicto* (SPYDUM, Málaga, 2016): 276.

cumple con los mínimos contemplados en el programa MPS, el Secretario General recomendará que éste no envíe de personal para las OMP. Por ello, es muy necesario que la UE profundice en el análisis de este indicador y, además, se realice un esfuerzo por otorgar coherencia desde el marco regional a las directrices marcadas por el Consejo de Seguridad, exigiendo responsabilidades a nivel interno en las conductas criminales detectadas también en las misiones y operaciones de la UE.

Otro de los retos de mayor complejidad que debe afrontar la UE en el presente decenio es el relativo a la crisis humanitaria de refugiados. Como hemos podido observar, la falta de asunción de compromisos de manera apañable por parte de algunos EM hace aún más compleja la gestión de estos flujos migratorios. A ello hay que sumar lo poco o nada que se ha debatido la necesidad de integrar perspectiva de género, ya sea a nivel regional o estatal, en cuanto a las solicitudes de asilo y la situación de las mujeres y niñas refugiadas, que se encuentran además en el punto de mira de numerosas organizaciones de trata de personas con fines de explotación y esclavitud sexual. En el indicador n.º 17, el primer informe establecía la inexistencia de datos desagregados por sexos respecto a los solicitantes de asilo, mientras que en el segundo 12 EM ofrecieron estos datos, cuyo resultado medio es que el 36% de los solicitantes de asilo son mujeres. De éstas, un 13% consiguió asilo y otro idéntico 13% consiguió protección subsidiaria. Es muy necesario que los datos hubieran mostrado también las causas por las que las mujeres solicitan asilo, pues el hecho de que pueda tratarse de persecución de género debería transformar el enfoque y las políticas de protección así como el examen de su solicitud y las conexiones con el programa MPS. Igualmente, hay que destacar que la ausencia de datos sigue existiendo en 16 EM, entre los que se encuentra España, Italia o Hungría. Siendo, estos dos últimos, Estados clave en la recepción de refugiados en los últimos años.

La mayor aportación del segundo informe de revisión de los indicadores es la petición de renovación de los mismos, que cuatro años después de ser establecidos y tras los dos exámenes sobre los progresos se consideran desfasados o se han detectado nuevas necesidades de cuantificación. La idea se repite en el Examen de Alto Nivel del Consejo de Seguridad⁴⁸ en el que la representante de la Unión prometía una pronta renovación de los mismos. Así, en septiembre de 2016 se adoptaron 21 nuevos indicadores⁴⁹, tras la publicación del Estudio Mundial, el informe del SG de 2015 y la Resolución 2242.

⁴⁸ Actas del Examen de Alto Nivel «Las mujeres, la paz y la seguridad», 7533.^a sesión, Consejo de Seguridad, martes 13 de octubre de 2015. S/Pv.7533, p. 61.

⁴⁹ Revised indicators for the Comprehensive approach to the EU implementation of the UN Security Council Resolutions 1325 and 1820 on women, peace and security.

La *Women, Peace and Security Task Force* identifica nuevos retos y prioridades, como el terrorismo y la violencia extrema (al hilo de los nuevos desafíos señalados por la Resolución 2242), la acción humanitaria en el contexto de desplazamientos de refugiados así como la necesidad de incrementar el presupuesto en la agenda MPS. Los 21 indicadores adoptados en 2016 se agrupan en diversas categorías, algunos se han dividido y otros se han clarificado, explicado o han aumentando su contenido a través de diferentes sub-indicadores⁵⁰. La mejora de los indicadores es evidente por cuanto se refiere a su conexión con la realidad de las mujeres en las zonas de conflicto y posconflicto y a la implicación de todas las variables en cada uno de los objetivos. En el nuevo indicador número 2 se agrupan todas las categorías de personal relacionadas con la seguridad y defensa para analizar cuantitativamente el acceso a puestos de dirección así como destacar buenas prácticas, en su caso. También se otorga mayor importancia a la participación de las mujeres en los procesos de paz, a través de cuatro de ellos (del 11 al 14), así como a la Política Común de Seguridad y Defensa, otorgando más atención a los posibles casos de abuso y explotación (nuevo indicador número 18), a través de cinco sub-indicadores que inciden en la prevención, la reparación y la investigación.

Respecto a las mujeres refugiadas, mientras que en los antiguos indicadores sólo se requería un porcentaje por sexos de los solicitantes de asilo y la protección obtenida, en el nuevo indicador número 20, se expresa la necesidad de proteger a las mujeres solicitantes de asilo, así como a promover buenas prácticas como medidas de protección y detección de desafíos, aunque se sigue sin querer sistematizar el análisis de la situación indagando en las causas por las cuales las mujeres solicitarían protección internacional. Se añade también a este nuevo cupo de indicadores una nueva preocupación, el número 21, relativo a las políticas sensibles al género contra el extremismo violento, centrado en la prevención y el desarrollo de políticas sensibles al género adecuadas en los presupuestos de los Estados Miembros, así como la formación en género de los expertos de los EM en la lucha antiterrorista.

En cuanto a la inclusión de mujeres en los puestos de toma de decisiones en cuestiones de seguridad y defensa (uno de los objetivos principales del programa MPS que se refuerza en estos nuevos indicadores)⁵¹,

⁵⁰ *Expert Policy Workshop: Refreshing Indicators for the EU's Women, Peace and Security Policy*, EPLO, Bruselas, 2015.

⁵¹ Guerrina, Roberta; Wright, Katharine A. M., «Gendering normative power Europe: lessons of the Women, Peace and Security agenda», *International Affairs*, 92 (2016): 293-312.

hay que destacar que según el Estudio Mundial, en el año 2014 de los 28 puestos ejecutivos con que contaba el Servicio de Acción Exterior europeo (SEAE) sólo tres estaban ocupados por mujeres⁵², lo cual resulta bastante decepcionante dada la importancia de esta cuestión⁵³. Actualmente, entre los nueve Enviados Especiales del SEAE no hay ninguna mujer, aunque se han creado nuevos puestos ejecutivos que hoy suman un total de 35, estando 23 de ellos ocupados por mujeres⁵⁴. Además, en octubre 2015 la Alta Representante de la UE crea la figura de Asesor Principal sobre cuestiones de género, recayendo el nombramiento sobre Mara Marinaki⁵⁵ quien, en representación de la UE, asistió a los plenos sobre MPS en el Consejo de Seguridad en 2015 (con ocasión el Examen de Alto Nivel) y en 2016, en los que dio cuenta de los avances de la Organización. En la última sesión del Consejo de Seguridad sobre MPS, Marinaki enfatizaba los progresos realizados a través de los documentos e indicadores comentados, además de señalar la alianza estratégica que se había acordado con ONU Mujeres⁵⁶ y anunciar que el primer informe de revisión de los nuevos indicadores se publicaría a finales del año 2016.

Igualmente cabe destacar como acciones de la Alta Representante, la inclusión de las consideraciones del programa MPS en la Estrategia Global para la política exterior y seguridad de la Unión Europea de 2016 (Estrategia Europea de Seguridad)⁵⁷, aunque en la misma no se tome el género como una cuestión principal (objetivo) sí lo hace como una premisa transversal a través del acertado concepto de «enfoque pluridimensional», entre cuyas «dimensiones» se encuentra el género. En la Estrategia, además, se subraya la necesidad de fomentar «*el papel de las mujeres en los esfuerzos de paz*»⁵⁸ y la participación de éstas en la elaboración de la política exterior⁵⁹, afianzando también la imperativa relación entre el enfoque de género y los Derechos Humanos⁶⁰, como se reafirma en el informe del Consejo sobre dicha Estrategia, «*the protec-*

⁵² Prevenir los conflictos..., *op. cit.*, p. 258.

⁵³ *Where are the EU's Women Leaders in Foreign Affairs? One year on*, EPLO (European Peacebuilding Liaison Office), 8 de marzo de 2016.

⁵⁴ Datos consultados en la página web del Servicio de Acción Exterior el 16 de noviembre de 2016.

⁵⁵ Actas del examen de alto nivel «Las mujeres, la paz y la seguridad», 7533.^a sesión, Consejo de Seguridad, martes 13 de octubre de 2015. S/Pv.7533, p. 61.

⁵⁶ Actas de la 7793.^a sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 25 de octubre de 2016, S/PV.7793, p. 36.

⁵⁷ *Una visión común, una mirada conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia Global para la política exterior y de seguridad en la Unión Europea*, 2016.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 24.

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 38.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 40.

tion, fulfilment and the enjoyment of human rights by women and girls and the fight against gender-based violence remained high on the EU agenda»⁶¹.

En resumen, este marco común creado en la Unión Europea sobre el programa MPS requiere aún la asunción de compromisos concretos. La crisis de los refugiados en las fronteras de la Unión es un ejemplo de la falta de conexión entre esta cuantificación de género de (en este caso, de las solicitantes de asilo) y la falta de mecanismos de protección de las mujeres refugiadas, así como la falta de cautela en la aplicación del Derecho Internacional de los Refugiados y las recomendaciones del ACNUR sobre la persecución de género. De igual manera, la persistencia del techo de cristal y los errores en la implementación de la perspectiva de género en el interior de las misiones y operaciones pueden provocar la continuidad de un modelo *masculinizado* de la seguridad, que siga influyendo negativamente en la percepción de ésta por parte de las mujeres y niñas de las sociedades en conflicto y posconflicto. A todo ello hay que sumar la falta de información sobre los indicadores de muchos EM, lo que hace que los informes sobre éstos no puedan ofrecer una visión certera de la situación regional.

La actuación a nivel regional tiene una importancia creciente en el asunto MPS. Actualmente diversas Organizaciones regionales tienen un marco de actuación o plan de acción regional sobre MPS⁶². La Unión Europea se encuentra, junto a la Unión Africana y la OTAN, entre aquellas que han ofrecido un mayor desarrollo a los principales desafíos del mismo, dotándolos de un marco de referencia específico reflejo de las orientaciones de las Naciones Unidas. La Unión Africana adoptada su plan regional sobre MPS en el año 2009⁶³ incorporando la transversalidad de género a todos los ámbitos de la Organización. La OTAN adoptada su primera política sobre MPS en 2007, y la directiva 40-1 en el año 2009, que pretendía integrar la dimensión de género a la organización militar de sus misiones⁶⁴. Además, en el año 2010, adoptaba también un plan de acción.

La necesidad de que se integren las medidas en todos los niveles (internacional, regional e interno) responde al principio de coherencia y al de

⁶¹ *CFSP Report, Our Priorities in 2016*, General Secretariat of the Council, 17 October 2016, 13026/16.

⁶² La Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, la Unión Europea, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el Foro de las Islas del Pacífico, la Unión Africana, la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Liga de los Estados Árabes (LEA) y la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo.

⁶³ African Union Gender Policy, Rev 2/Fev 10, 2009.

⁶⁴ Fletcher, F., «The Women, Peace and Security Agenda: Integrating a Gendered Perspective into Security Operation», *World Affairs*, vol. 41:1 (2017): 103.

efectividad, sin ser ello óbice para que los Estados sigan llevando la mayor carga de responsabilidad en el desarrollo de estrategias y planes internos. Por ello, hay que poner atención en que las herramientas regionales puestas en marcha no queden sin su correspondiente refuerzo y asunción de responsabilidad por parte de los sus miembros. Es necesario que todos los Estados Miembros sigan el marco conceptual del programa MPS y refuercen los objetivos regionales con programas propios en sus estrategias de seguridad. Por ello, para completar este estudio a continuación será objeto especial de análisis el nuevo indicador número 1, que se refiere a los «Planes Nacionales Acción y otros documentos estratégicos en los EM», cuestión que ya se encontraba inserta en los indicadores de 2008 pero que ahora se dota de cuatro sub-indicadores, propuestos por la Women, Peace and Security Task Force: número de NAP (1.1), n.º de documentos estratégicos (1.2), implicación de la sociedad civil en la elaboración e implementación (1.3) y propuesta de buenas prácticas (1.4).

IV. Planes Nacionales de Acción adoptados por los EM de la UE

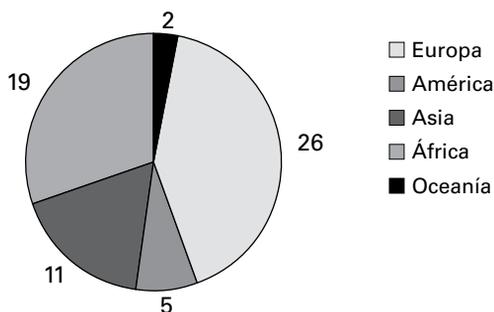
Una de las herramientas elementales para implementar las directrices MPS son los Planes Nacionales de Acción (en adelante, PNA), en los que los Estados tienen la oportunidad de desarrollar las medidas recomendadas⁶⁵ integrándolas en sus estrategias nacionales de seguridad. Así, los PNA eran objeto de análisis en la Unión Europea a través de los indicadores de 2008 (número 6) como ha lo han sido en los indicadores renovados de 2016, en los que aparece como número 1 y cuyo contenido va más allá de lo cuantitativo, como mencionamos arriba, a través de los nuevos sub-indicadores. La importancia de estas herramientas en los EM es central, ya que el compromiso adquirido con el programa MPS no puede desarrollarse sin una estrategia de género sistematizada en su agenda de seguridad y defensa.

A nivel global podemos identificar planes de tres tipos: de aquellos Estados que se encuentran en procesos de reconstrucción post-bélica o reconstrucción nacional, de aquellos Estados que, si bien son ajenos a estos procesos en su propio territorio, contribuyen a procesos de paz de terceros o, en tercer lugar, de aquellos Estados que no cooperan en procesos de paz de terceros pero deben añadir igualmente una dimensión de género en sus estrategias de seguridad. En el ámbito de la UE resulta de especial inte-

⁶⁵ *Vid.*, Gunrum, B. F.; Fritz, J. M., «Women, Peace and Security: An Analysis of the National Action Plans Developed in Response to UN Security Council Resolution 1325», en *Societies Without Borders*, Case Western Research University, vol. 4, issue 2 (2016): 209-225.

rés detenerse a analizar el impacto de estos planes, que corresponderían en su mayoría al segundo grupo, comprobando si realmente éstos orientan su contribución a los escenarios de mantenimiento de la paz hacia el empoderamiento de las mujeres en zonas de conflicto y post-conflicto⁶⁶.

Desde la aprobación de la Resolución 1325 en el año 2000 hasta la fecha⁶⁷, 63 Estados han adoptado un PNA⁶⁸, aunque muchos no lo han hecho hasta hace muy poco: Corea, Bosnia-Herzegovina, Gambia, Indonesia, Kosovo o Irak lo hacían en 2014 y Afganistán, Argentina, Palestina, Japón, Nueva Zelanda y Paraguay en 2015 y Kenia, Ucrania, Timor-Leste y Sudán de Sur en 2016. Además, otros Estados afirmaron su compromiso de adoptar los planes a lo largo de 2016, pese a que esto no ha sucedido: Angola, Argelia, Brasil, República Checa, Kazajistán, Letonia, Tailandia y Tanzania⁶⁹. Europa y África son las regiones que se han mostrado más sensibles a la elaboración y adopción de estos Planes, como evidencia el siguiente gráfico:



Planes nacionales de acción, por continentes

⁶⁶ SWAINE, A., «Assessing the Potential of National Action Plans to Advance Implementation of United Nations Security Council Resolution 1325», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12 (2009): 403-433.

⁶⁷ A diciembre de 2016.

⁶⁸ Son, por orden alfabético: Afganistán, Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Chile, Corea, Costa de Marfil, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Gambia, Gana, Georgia, Guinea, Guinea-Bissau, Holanda, Indonesia, Irak, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Kenia, Kosovo, Kirguistán, Liberia, Lituania, Macedonia, Malí, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Palestina, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Ruanda, Senegal, Serbia, Sierra Leona, Sudán del Sur, Suecia, Suiza, Takiyistán, Timor-Leste, Togo, Ucrania y Uganda.

⁶⁹ La base de datos mundial sobre PNA está disponible en: <http://www.peacewomen.org/member-states>.

Vistos los datos por continentes destaca el liderazgo de la Europa y, en concreto, de la UE. Le sigue de cerca África, cuyos países han impulsado conjuntamente con Naciones Unidas numerosos instrumentos en este sentido. Es significativo que ambos contextos son aquellos cuyas organizaciones regionales han mostrado más interés hacia el programa MPS, contando con planes de acción regionales o documentos estratégicos, como comentamos anteriormente, el *Planteamiento global* de la Unión Europea y el *African Union Gender Policy* son muestras evidentes de la relación de sinergia positiva que suponen la acción regional hacia la estatal. En el polo opuesto, hay que destacar al continente americano, que tan sólo cuenta con los PNA de Canadá y Estados Unidos en el norte, y Chile, Argentina y Paraguay en el Sur. Respecto a Asia, se ha percibido un interés creciente que el Secretario General resaltó en su último informe, destacando el compromiso adquirido por los Estados en el simposio regional para la elaboración y revisión de Planes por parte de 17 Estados⁷⁰.

Los Estados miembros de la UE, los de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)⁷¹ y los países europeos que no forman parte de la UE representan casi la mitad de los PNA del mundo: de los 26 PNA europeos, 17 son de Estados Miembros (EM) de la Unión, y 3 corresponden a Estados miembros de la AELC, excluyendo tan sólo a Liechtenstein, que no cuenta con un PNA. Respecto a los países de Europa que, por el momento, quedan fuera de la Unión Europea, existen 6 PNA adoptados: los de Macedonia, Serbia, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Georgia y Ucrania.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la respuesta a este llamamiento entre los EM de la UE ha sido desigual: dieciséis años después de la adopción de la Resolución 1325 (2000), 11 EM no han adoptado hasta el momento un PNA, son: Bulgaria, Chipre, República Checa, Grecia, Hungría, Letonia, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Luxemburgo. No obstante, en los casos de Chipre y Malta éstos sí cuentan con documentos estratégicos⁷² para hacer valer las recomendaciones del programa «La mujer, la paz y seguridad»⁷³.

La adopción de dichos planes en el ámbito de la Unión es un factor clave para cumplir con las orientaciones comunes establecidas por el Con-

⁷⁰ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2016/822, de 29 de septiembre de 2016, párr. 71.

⁷¹ Asociación Europea de Libre Comercio formada por Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza.

⁷² UNSCR 1325 in Europe, 21 cases studies of implementation, EPLO, 2010.

⁷³ *Second Report on the EU-indicators for the Comprehensive Approach to the EU Implementation of the UN Security Council Resolutions 1325 & 1820 on Women, Peace and Security*, 30 de enero de 2014, p. 26.

sejo. En este sentido, resulta muy relevante que 8 años después de la aprobación del *Planteamiento global* y tras ser un propósito incluido en los indicadores todavía existan 11 EM que no cuentan con un PNA, y que 9 de ellos no hayan aprobado ningún documento estratégico sobre el programa «la mujer, la paz y la seguridad». El último Estado Miembro que adoptó un PNA fue Alemania en el año 2013. De estos 11, 9 pertenecen también a la OTAN, en cuyo ámbito hay que sumar Albania y Turquía, quedando en un total de 11 Estados de la OTAN que no han cumplido con la recomendación de adoptar un PNA quince años después de la aprobación de la Resolución 1325 (de un total de 28). Hay que recordar además que, en los casos de Albania y Turquía, se trata de Estados candidatos a ingresar en la Unión Europea.

Volviendo a la UE, de los 17 EM que sí han aprobado un PNA, es interesante poner en valor las actualizaciones y nuevas adopciones que han tenido lugar en 12 de ellos, como podemos apreciar en la siguiente tabla:

| EM con PNA actualizado | Primer PNA | Segundo PNA | Tercer PNA |
|------------------------|------------|-------------|------------|
| Austria | 2007 | 2012 | |
| Bélgica | 2009 | 2013 | |
| Dinamarca | 2005 | 2008 | 2014 |
| Estonia | 2010 | 2015 | |
| Finlandia | 2008 | 2012 | |
| Francia | 2010 | 2015 | |
| Holanda | 2008 | 2012 | 2016 |
| Irlanda | 2011 | 2015 | |
| Italia | 2010 | 2014 | |
| Portugal | 2009 | 2014 | |
| Reino Unido | 2006 | 2010 | 2014 |
| Suecia | 2006 | 2009 | 2016 |

De estos 12 EM, en 9 casos ha habido una sola actualización del PNA, y en 4 casos (Dinamarca, Suecia, Reino Unido y Holanda) ha habido dos actualizaciones del mismo. En cuanto a los 5 EM que no han actualizado o renovado su PNA, en la mayoría de los casos este hecho responde a razones temporales, ya que el mismo se ha adoptado más tarde y, en algunos casos, se encuentra actualmente vigente, aunque en otros ha expirado. No obstante, el único EM cuyo PNA se adoptó tempranamente y aún no ha sido renovado es España, como se puede apreciar en la siguiente tabla:

| EM que no han actualizado sus PNA | Único PNA |
|-----------------------------------|-----------|
| Alemania | 2013 |
| Croacia | 2011 |
| Eslovenia | 2010 |
| España | 2007 |
| Lituania | 2011 |

Del informe sobre las mujeres, la paz y la seguridad del Secretario General de 2016 se desprende que ha habido una mejora en la interpretación de los PNA por parte de los Estados, así «en 45 de los planes (70%) se han establecido mecanismos de seguimiento con indicadores de progreso y en 16 (25%) se han fijado presupuestos de aplicación, lo que supone un ligero aumento respecto del 23% de 2014»⁷⁴. Valorándose positivamente que los Planes incluyan la denominada «rendición de cuentas por resultados» y no vagos e imprecisos propósitos sin metas cuantificables. Así, en los PNA más modernos que pueden apreciar una sistematización más integral de las acciones, así como la identificación de nuevos retos. Por ejemplo, en el PNA alemán es el único que incluye la persecución criminal como un área de preocupación prioritaria. Los Estados que han actualizado en plan tienden a corregir las deficiencias anteriores, como en el caso de Reino Unido, cuyo NAP de 2012 es el más específico hasta el momento, incluyendo sub planes para diferentes regiones (Afganistán, RDC y Nepal). Otro buen ejemplo es Holanda, quien ya en su segundo PNA (2012) incluía un presupuesto detallado (lo cual es muy poco común) y mejoraba la planificación y el monitoreo diseñados en el anterior⁷⁵.

Una de las causas en la mejora de la interpretación de los planes puede encontrarse en la implicación cada vez mayor de los órganos de Derechos Humanos, que cada vez toman en mayor consideración el programa de MPS en sus recomendaciones a los Estados. Prueba de ello es que el 2015 nueve Estados recibieron recomendaciones por parte del Consejo de Derechos Humanos sobre sus políticas de MPS, incluyendo encomiendas de elaborar planes nacionales de acción⁷⁶. La adopción de un PNA conlleva la

⁷⁴ Informe del Secretario General sobre las mujeres, la paz y la seguridad, S/2016/822, de 29 de septiembre de 2016, párr. 69.

⁷⁵ Barbara Miller et. al., *Women in Peace and Security through United Nations Security Resolution 1325: Literature Review, Content Analysis of National Action Plans and Implementation*, IGIS WP 13/GGP WP 09 (Institute for Global and International Studies, May 2014): 122.

⁷⁶ *Ibidem.*, párr. 74.

asunción de compromisos primarios en la agenda de seguridad del Estado, pese a que éstos pueden variar desde una visión ampliamente militarista de la misma que se limite a fomentar la incorporación de mujeres en las fuerzas armadas y otros, siguiendo las recomendaciones del Secretario General y del Estudio Mundial, otorguen prioridad a la formación sensible al género y la participación de asociaciones de mujeres en la elaboración del mismo, quedando el plan como un documento de consenso entre el Estado y la sociedad civil que siga las orientaciones de los ámbitos universal y regional. Sin duda, este último modelo de PNA es el más deseable, y sus expectativas seguramente se confirmarán con mayor asiduidad que las de aquellos Estados que han usado la elaboración de un PNA con objetivos más superficiales. Se analiza, finalmente, cuál es el modelo seguido por España.

V. El Plan Nacional de Acción de España

Respecto al desarrollo de las medidas propuestas en la Resolución 1325 y siguientes el gobierno español promulgó en noviembre de 2007 su Plan Nacional de Acción⁷⁷. El caso de España es único en el ámbito de la UE, pues es el único ejemplo de un PNA aprobado con bastante rapidez pero no actualizado desde su aprobación en 2007. Su PNA era el quinto en adoptarse en el mundo (2007), y pese a que se aprobó un plan paralelo por parte de la AECID en 2009, el único a efectos oficiales es el adoptado en 2007.

En éste se incluían 6 puntos principales:

1. Fortalecer la participación de la mujer en las misiones de paz.
2. Promover la inclusión del enfoque de género en todas las actividades de la consolidación de la paz.
3. Asegurar la capacitación específica para el personal que participa en las operaciones de paz.
4. Proteger los derechos humanos de las mujeres y niñas en las zonas de conflicto y promover su participación en los procesos de paz.
5. Incorporar el principio de trato igualitario y oportunidades para las mujeres y los hombres en la planificación y la realización de actividades para el Desarme, la Desmovilización y la Reintegración.
6. Fomentar la participación de la sociedad civil española al respecto de la Resolución 1325.

⁷⁷ Plan de Acción del Gobierno de España para la Aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000), sobre Mujeres, Paz y Seguridad. <http://www.la-moncloa.es/ActualidadHome/301107-enlaceONU.htm>.

En efecto, en el año 2009 el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación aprobaba a través de la AECID un segundo plan para poner en marcha las disposiciones de la Resolución 1325 en el extranjero, a través de proyectos de cooperación al desarrollo. Se trata del *Plan de Acción: Mujeres y Construcción de la Paz de la Cooperación Española*⁷⁸. En plan trata de proponer vías para el empoderamiento de las mujeres que viven en procesos continuos de construcción de la paz. Sin embargo, la carencia de recursos económicos asociados a este proyecto ha dejado en saco roto sus propósitos, lo que revela un posible uso cosmético⁷⁹. Además, algunas asociaciones de mujeres de los países de destino han afirmado no haber sido consultadas con respecto a las políticas que el plan tendría preparadas para ellas, y sobre la influencia en sus vidas que éste tendría. Así pues, la falta de coherencia entre medidas a realizar y necesidades de las mujeres que viven en territorios dominados por el conflicto y la violencia no se han visto correspondidas con el pretendido enfoque de la «gobernanza»⁸⁰.

El PNA español es, por su parte, bastante escueto y superficial, estando basado fundamentalmente en cuestiones de política exterior y no contando con sistemas de monitoreo y evaluación de objetivos⁸¹. No obstante, en los 3 primeros puntos del PNA se ha logrado un avance considerable con respecto a la situación anterior. Según el documento único del III y IV Informe de Seguimiento⁸², las mujeres constituyen actualmente un 12.5 % de los efectivos de las Fuerzas Armadas, aunque no se ha llegado a eliminar el techo de cristal. Además, la LO 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁸³ así como la Ley 39/2007 de la Carrera Militar⁸⁴ han ofrecido importantes avances en cuanto al empoderamiento de las mujeres en Fuerzas Armadas, el entrenamiento en cuestiones sensibles al género y el establecimiento de incipien-

⁷⁸ Se puede acceder al texto del plan en: <http://www.aecid.es/galerias/programas/Vita/descargas/PLANDEACCIONmujeresypaz.pdf>.

⁷⁹ Julia Espinosa Fajardo, «La igualdad de género en la cooperación española y en la iniciativa Marca España. Abordajes en inconsistencias en tiempos de crisis», *Investigaciones Feministas*, vol. 5 (2015): 259-288, 270.

⁸⁰ Picasso Mora, Ingrid, *Gobernanza y Construcción de paz en la Cooperación Internacional para el Desarrollo de la Unión Europea en zonas en conflicto. El programa Nuevos Territorios de Paz en Colombia como caso de estudio* (Instituto Mora, 2016).

⁸¹ Barbara Miller et. al., *Women in Peace and Security...*, op. cit., p.

⁸² Plan de acción del Gobierno de España para la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000) sobre Mujeres, paz y seguridad, III y IV Informe de Seguimiento, finalizado el 6 de febrero de 2014, pp. 133.

⁸³ LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. «BOE» núm. 180, de 28 de julio de 2011.

⁸⁴ Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. BOE núm. 278 de 20 de noviembre de 2007

tes medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. Incluso dando cuenta de estos avances es necesario destaca la impronta militarista del concepto de seguridad, que ha sido también puesta de manifiesto por diferentes organizaciones de la sociedad civil⁸⁵.

Los puntos débiles de la PNA español son, sin duda, los relativos a incorporar el principio de trato igualitario y oportunidades para las mujeres y los hombres en la planificación y la realización de actividades para el Desarme, la Desmovilización y la Reintegración y a fomentar la participación de la sociedad civil española al respecto de la Resolución 1325⁸⁶. Todo ello hace del PNA español un documento más que insuficiente.

Como una externalidad positiva de la elección de España como miembro no permanente del Consejo de Seguridad para el bienio 2015-2016, su interés en el programa MPS ha aumentado considerablemente en los últimos años. Como ya aludimos arriba, ha sido protagonista de iniciativas relevantes durante el Examen de Alto Nivel y ha otorgado un lugar primordial al programa en su agenda de seguridad. Como era evidente, había un asunto que debía atender urgentemente de querer postularse como Estado ejemplo de buenas prácticas sobre la perspectiva de género en la seguridad: la elaboración y adopción de un nuevo PNA, lo que ha sido ya anunciado, por lo que próximamente podremos comprobar si se han corregido los errores del primer PNA y se han asumido nuevos y más profundos compromisos⁸⁷. Sin duda, en consonancia con las exigencias del Secretario General, el plan debe asumir responsabilidades cuantificables y rendición de cuentas por resultados, además de elaborarse en conjunto con asociaciones de mujeres y teniendo en cuenta las necesidades de las mujeres de los destinos en los que se van a desplegar las estrategias. Además, debe ser coherente con el marco regional y otorgar importancia a sus aportaciones sobre el programa MPS a la Política Común de Seguridad y Defensa.

VI. Conclusiones

El programa «la mujer, la paz y la seguridad» se encuentra en una segunda fase de rendición de cuentas por resultados. Con un marco normativo

⁸⁵ María Vilelas Ariño, *Women, Peace and Security: 15 years of UN Security Council Resolution 1325. An Assessment of the Women, Peace and Security Agenda*, Reports 12/2016 (Institut Català Internacional per la Pau, 2016): 32, 17.

⁸⁶ Manuela Mesa, *Las mujeres cuentan: informe de seguimiento sobre la aplicación de la Resolución 1325 en España*, Documento de trabajo (CEIPAZ, Madrid, 2011).

⁸⁷ Sobre lo que sería deseable que incluyera el segundo PNA de España *Vid.*, María Solanas Cardín, «Ocho recomendaciones para el II Plan de Acción Nacional sobre Mujeres, Paz y Seguridad», ARI 69/2016, Real Instituto Elcano (30 de septiembre de 2016).

comprehensivo de la mayor parte de desafíos, es necesario avanzar en los propósitos concretos en la línea del Grupo Oficioso sobre MPS del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La elaboración de indicadores es crucial para evidenciar la situación de discriminación existente en el ámbito de la paz y la seguridad a nivel universal y regional.

La acción regional de la UE ha sido amplia y coherente con las orientaciones de Naciones Unidas, permaneciendo a la cabeza del compromiso de las Organizaciones Internacionales regionales en este sentido. Sin embargo, los esfuerzos por aplicar las directrices del programa a las misiones y operaciones sobre el terreno son insuficientes, así como la gestión de crisis humanitarias que suceden en el propio territorio de la Unión. El techo de cristal sigue existiendo en los ámbitos militares y políticos de la PCSD, todo ello denota falta de congruencia en la protección de mujeres y niñas víctimas de conflictos armados, por ejemplo las refugiadas o las víctimas de trata.

Cuando se cumplen diecisiete años de la adopción de la Resolución 1325 (2000) podemos comprobar que el seguimiento estatal de las recomendaciones establecidas en ésta y sucesivas resoluciones sigue siendo insuficiente. No obstante, hay regiones que han liderado la aprobación de PNA: cabe destacar la importancia de los PNA aprobados en países africanos, puesto que, en su mayoría, se trata de territorios en fase de posconflicto. En cuanto a los Estados que participan en procesos de reconstrucción o mantenimiento de la paz en otros territorios, el papel de los EM de la Unión Europea es principal. La adopción de PNA en el ámbito europeo ha confirmado a esta región como líder en la adopción de medidas orientadas a aplicar las estrategias propuestas por el programa del Consejo de Seguridad «La mujer, la paz y la seguridad». Sin embargo, hay que subrayar que, pese a los instrumentos impulsados por el Consejo de la Unión Europea, aún existen 9 EM que no cuentan con ningún tipo de plan o acción estratégica en este sentido, lo que supone casi un tercio de los EM de la Unión. Igualmente, el seguimiento de esta recomendación ha sido desigual en el ámbito de la OTAN, lo que resulta especialmente relevante por tratarse de una organización de fines específicamente orientados a la defensa y mantenimiento de la paz y seguridad.

En cuanto al PNA español, las notas negativas son su falta de actualización y, en ocasiones, falta de presupuesto en las acciones desplegadas concretamente por la AECID. No obstante, también hay luces que conviene destacar en cuanto al fortalecimiento del papel de las mujeres en las Fuerzas Armadas y la aplicación de un enfoque transversal de género en las actividades desplegadas en mantenimiento de la paz. España, comenzó teniendo un papel líder en la aplicación del programa, pero es necesario que actualice y dé coherencia a su estrategia sobre «La mujer, la paz y la seguridad».

VII. Bibliografía

- Álvarez, Alejandro José, «Mujer, paz y seguridad y los nuevos desafíos a la seguridad global», *VI Congreso de Relaciones Internacionales*, La Plata (2016).
- Barbé, Esther, «Supporting Practices Inspiring by Solidarist Ideas: The EU and the UNSC Open Debates on Women, Peace and Security», en *EU Policy Responses to a Shifting Multilateral System*, Barbé, Esther, et al. (Palgrave Macmillan, 2016): 135-156.
- Espinosa Fajardo, Julia, «La igualdad de género en la cooperación española y en la iniciativa Marca España. Abordajes en inconsistencias en tiempos de crisis», *Investigaciones Feministas*, vol. 5 (2015): 259-288.
- Fletcher, F., «The Women, Peace and Security Agenda: Integrating a Gendered Perspective into Security Operation», *World Affairs*, vol. 41, vol. 1 (2017).
- Guerrina, Roberta; Wright, Katharine A. M., «Gendering normative power Europe: lessons of the Women, Peace and Security agenda», *International Affairs*, 92 (2016): 293-312.
- Gunrum, B. F y Fritz, J. M., «Women, Peace and Security: An Analysis of the National Action Plans Developed in Response to UN Security Council Resolution 1325», en *Societies Without Borders*, Case Western Research University, vol. 4, issue 2 (2009): 209-225.
- Kirby, Paul; Shepherd, Laura, «Reintroducing women, peace and security», *International Affairs*, 92 (2016): 249-254.
- Mesa, Manuela, *Las mujeres cuentan: informe de seguimiento sobre la aplicación de la Resolución 1325 en España*, Documento de trabajo (CEIPAZ, Madrid, 2011).
- Swaine, A., «Assessing the Potential of National Action Plans to Advance Implementation of United Nations Security Council Resolution 1325», *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 12 (2009): 403-433.
- Martín Martínez, Magdalena y Jiménez Sánchez, Carolina, «La protección internacional de los Derechos Humanos de las mujeres: una visión desde la multiculturalidad y la perspectiva de género», en *Diversidad Cultural, Género y Derecho*, ed. por Patricia Laurenzo Copello y Rafael Durán Muñoz (Tirant lo Blanch, 2014): 269-305.
- Lombardo, Emanuela, «El mainstreaming de género en la Unión Europea», *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, vol. 10-15, mayo-diciembre (2003): 6-11.
- Paffenholz et al., «Making Women Count: Assessing Women's Inclusion and Influence on the Quality and Sustainability of Peace Negotiations and Implementation», Geneva: Inclusive Peace and Transition Initiative (The Graduate Institute of International and Development Studies and UN Women, April 2016): 61.
- Olsson, Louise et. al., *Gender, Peace and Security in the European Union's Field Missions* (Folke Bernadotte Academy, Stockholm, 2014): 65.
- Amich Elías, Cristina, «Capacitación, monitoreo e indicadores», en *Formación y adiestramiento sensible al género del personal cívico-militar y el empoderamiento de la mujer*, De Tomás Morales, Susana (Dir.) (Dyckinson y Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2015): 280.

- Jiménez Sánchez, Carolina, *Las mujeres en los conflictos armados: conflicto, proceso de paz y posconflicto* (SPYDUM, Málaga, 2016): 276.
- Miller, Barbara et. al., *Women in Peace and Security through United Nations Security RESolution 1325: Literature REview, Content Analysis of National Action Plans and Implementation*, IGIS WP 13/GGP WP 09 (Institute for Global and International Studies, May 2014).
- Solanas Cardín, María, «Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325», *ARI 44/2015*, Real Instituto Elcano (15 de septiembre de 2015).
- «Ocho recomendaciones para el II Plan de Acción Nacional sobre Mujeres, Paz y Seguridad», *ARI 69/2016*, Real Instituto Elcano (30 de septiembre de 2016).
- Villelas Ariño, María, *Women, Peace and Security: 15 years of UN Security Council Resolution 1325. An Assesment of the Women, Peace and Security Agenda*, Reports 12/2016 (Institut Catalá Internacional per la Pau, 2016): 32.

Sobre el autor

Carolina Jiménez Sánchez es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga y tutora de la UNED de Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea. Forma parte de varios proyectos de investigación sobre riesgos y amenazas a la seguridad global y sobre grupos marginados por el Derecho. En 2015 fue Premio Internacional de Investigación Victoria Kent por una adaptación de su tesis, publicándose como monografía con el título «Las mujeres en los conflictos armados: conflicto, proceso de paz y posconflicto». Ha realizado diversas estancias internacionales de investigación en centros de excelencia entre los que se cuentan la Universidad de Cambridge (Reino Unido), el European University Institute (Florenia, Italia), el Transitional Justice Institute (Belfast, Reino Unido) o el Centre for Gender and Women's Studies (Lancaster, Reino Unido). Cuenta con diferentes publicaciones en español, inglés y francés en revistas y obras colectivas, así como con otras dos monografías, una sobre el conflicto del Sáhara Occidental (Eumed, 2014) y una tercera sobre la dimensión de género en los tribunales penales internacionales (Aranzadi, 2016). Sus principales líneas de investigación son la perspectiva de género en el Derecho Internacional, el refugio y el asilo y el conflicto del Sáhara Occidental.

About the author

Carolina Jimenez Sanchez is a lecturer on Public International Law and International Relations at the University of Malaga and Tutor Lecturer

of National University of Distance Education. Public and Private International Law and European Law. She takes part in several research projects about new treats and risk on International Security as well as vulnerable group at the boundaries of Law. In 2013 she obtained her PhD with a thesis on gender and armed conflict. In 2015 won the International Research Award «Victoria Kent». She has made several international research stays at centers of excellence, among which the University of Cambridge, the Transitional Justice Institute, University of Ulster (Northern Ireland) or the European University Institute in Florence (Italy) or the Centre for Gender and Women's Studies (Lancaster, UK) and have published books and papers in the field of gender and International Law, Asylum and Refugee Law and Western Sahara conflict. She have two recently published books about women and war: «Las mujeres en los conflictos armados: conflicto, proceso de paz y posconflicto» (2015) and «La dimensión de género en los Tribunales Penales Internacionales» (2016).

Inmigración, integración y diversidad: Un análisis crítico a partir del tratamiento de la mutilación genital femenina en la Unión Europea*

*Immigration, Integration and Diversity:
A Critical Analysis Based on the Treatment
of Female Genital Mutilation in the European Union*

Julia Roper Carrasco
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Rey Juan Carlos
julia.ropero@urjc.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp133-165>

Sumario: I. Propuesta de partida: el dilema de la intervención penal ante la MGF en los países occidentales.—II. La MGF como una práctica «aberrante» y el derecho penal cómo respuesta básica: ¿hay cabida para la integración? 1. Planteamiento. El ejemplo de España. 2. Condena penal, repudia social y marginación. 3. Respuesta penal, protección de las menores y derecho a la reagrupación familiar. 4. Recapitulación y propuestas parciales: el Derecho penal como parte de una respuesta social guiada por el principio de integración.—III. Jurisdicción internacional, asilo y refugio en los supuestos de MGF. Algunas contradicciones.—IV. Conclusiones: por una política decidida en la Unión Europea contra la violencia de género y la MGF.—V. Bibliografía.

Resumen: La mutilación genital femenina representa una grave violación de derechos humanos, tal y como recoge el Derecho Internacional más actual. Esta circunstancia y la extensión de la práctica a nivel mundial exigen la intervención del Derecho penal y la toma en consideración de la aplicación del principio de universalidad en su persecución. Sin embargo, la aplicación del Derecho penal en los países de destino a los migrantes, padres de las menores mutiladas, genera un conjunto de dilemas que han de ser abordados no sólo desde una perspectiva humanitaria, sino en aras de una mayor legitimidad en la intervención. En esta búsqueda es preciso reflexionar sobre la falta de un consenso en el ámbito de la Unión Europea sobre estándares referidos a la violencia de género, de la que la MGF es una modalidad, la condición de refugiado y la efectividad del principio de universalidad.

* El presente estudio se enmarca dentro de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

Palabras clave: Mutilación genital femenina, violencia de género, diversidad e integración, intervención penal, Derecho Internacional Público y Unión Europea.

Abstract: *Female genital mutilation represents a serious violation of the Human Rights as indicated in current International Law. This circumstance and the world-wide spread of the practice require a Criminal Law intervention and the consideration of applying the Principle of Universality in its prosecution. However, the application of Criminal Law in the destination countries to those migrants who are the parents of the mutilated minors produces a set of dilemmas which must be addressed. This must happen from a humanitarian perspective whilst upholding a higher legitimacy in the intervention. In this research effort it is essential to reflect on the lack of agreement in the European Union about standards referring to gender violence, of which FGM is a typology, the condition of refugee and the effectiveness of the Principle of Universality.*

Keywords: *Female genital mutilation, gender violence, diversity and integration, Criminal Law intervention, Public International Law and European Union.*

I. Propuesta de partida: el dilema de la intervención penal ante la mutilación genital femenina (MGF) en los países occidentales

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la mutilación genital femenina (MGF) abarca todos los procedimientos consistentes en la ablación parcial o total de los órganos genitales femeninos externos o cualquier daño a los genitales femeninos, causados por razones culturales u otras y no con fines terapéuticos. Se diferencian cuatro tipos principales¹:

¹ Organización Mundial para la Salud. «Mutilación genital femenina. Nota descriptiva», febrero, 2016. Entrada el 30 de noviembre de 2016.

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>. Sobre los diferentes tipos de mutilación genital femenina y sus secuelas, cfr. también, Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España (2015): 21-28. Disponible en:

<http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/introProtocoloComun2015.htm>. «Mutilatations Génitales Féminines: Guide à l'usage des professions concernées». SPF Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement et GAMS Belgique. Bruxelles (2011). Disponible en:

<http://www.endfgm.eu/resources/tools-and-training-resources/mutilations-gnitales-fminines-guide-lusage-des-professions-concernes-2011/>. Adriana Kaplan Marcusán y Cristina Martínez Bueno (coords.). «Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales», Associació Catalana de Llevadoras, Barcelona (2004): 9-19.

- Tipo I o Clitoridectomía: resección parcial o total del clítoris (y en algunos casos, sólo del prepucio a capuchón del clítoris).
- Tipo II o Escisión: recesión parcial o total del clítoris y los labios menores (con o sin escisión de los labios mayores).
- Tipo III o Infibulación: estrechamiento de la abertura vaginal para crear un sello mediante el corte y recolocación de los labios menores o mayores, con o sin resección del clítoris.
- Tipo IV: amplio abanico de prácticas variadas e inclasificables. Procedimientos lesivos de los genitales externos con fines no médicos: perforación, incisión, raspado, cauterización.

En la mayoría de estos casos la mutilación genital representa una importante lesión contra la integridad física. Sin embargo, las consecuencias van más allá: por un lado, la forma en la que muchas de estas mutilaciones se realizan puede determinar que en el momento de la intervención, ya sea por la pérdida de sangre, por el choque producido por el dolor o por la infección (a través de una septicemia), se cause la muerte. A corto plazo, la mutilación genera hemorragias capaces de crear daños diversos, así como tumores, problemas de retención de orina o lesiones en los tejidos circundantes, entre otros. A largo plazo, es frecuente que las mutiladas padezcan toda su vida dolores en la zona, creados por quistes en la piel, así como infecciones graves en los órganos genitales (debido a las dificultades para expulsar el flujo menstrual) o diversas secuelas en el tracto urinario (infecciones crónicas, piedras y otros trastornos renales)².

Junto a estas secuelas de carácter físico hay que mencionar el atentado contra la integridad moral, así como las negativas repercusiones que esta intervención provoca en el libre desarrollo y disfrute de la sexualidad de estas mujeres. En las formas más agresivas de mutilación, la primera relación sexual se convierte en una experiencia sumamente dolorosa, que requiere una intervención previa para abrir los labios y el acceso a la vagina. La escisión total o parcial del clítoris representa un obstáculo en ocasiones insalvable para el disfrute sexual. A todo ello hay que unir los evidentes proble-

http://www.aen.es/docs/guias_vg/guia_mutilacion_genital.pdf.

UNICEF. «United Nations Children'Fund, Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern», New York, 2016. Acceso el 30 de noviembre de 2016.

https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf.

Female genital mutilation in the European Union and Croatia. European Institute for Gender Equality, 2013.

<http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/eige-report-fgm-in-the-eu-and-croatia.pdf>

² Julia Roperero Carrasco, «La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual», en *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 4, ed. por Juan Soroeta Liceras (San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2003), 357-360.

mas psicológicos creados por el trauma derivado de la propia intervención, la ansiedad crónica asociada a cualquier actividad relacionada con la zona genital o el miedo a la infertilidad (pues los informes médicos ponen de manifiesto que la mutilación, debido a los trastornos que provoca —infecciones, quistes— se presenta como una importante causa de infecundidad)³.

La intervención del Derecho penal en la lucha contra la MGF es irrenunciable. Las mutilaciones genitales constituyen un grave atentado contra bienes jurídicos fundamentales, como son la integridad física y, en una concepción más amplia, la salud (incluyendo la salud psíquica, el bienestar físico y el pleno disfrute de la sexualidad y de la maternidad). La amenaza de la pena resulta un medio necesario para que se extienda la convicción (de forma específica, entre las comunidades en las que la MGF está arraigada) de que las mutilaciones representan una forma de lesión grave sin que el carácter de costumbre cultural que se adjudica a estas prácticas pueda justificarlas. La protección de los bienes jurídicos y de los derechos fundamentales por encima de cualquier práctica consuetudinaria (por mucho que se considere una manifestación cultural) aparece recogida en numerosas normas de Derecho Internacional. La Declaración de NU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993, estableció en su artículo 4 que los Estados no deben invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminar la violencia contra la mujer. Después, otros instrumentos internacionales, a nivel mundial o regional (especialmente Unión Europea y Consejo de Europa), consolidaron este principio, como más adelante se detalla.

Ahora bien, admitido esto, es necesario advertir que la intervención del Derecho penal como mecanismo de respuesta y de prevención frente a la MGF acarrea numerosos problemas que todavía hoy no han sido satisfactoriamente resueltos, siendo necesario diferenciar entre los planteados en los países de origen de la práctica y los suscitados en los de destino de los migrantes. En las regiones del mundo donde la MGF se encuentra más extendida, Egipto y África Subsahariana, la dificultad más significativa a la que hacer frente es la falta de eficacia del Derecho Penal: a pesar de que muchos de estos países, ante la presión internacional, han prohibido expresamente las mutilaciones, en la práctica estos hechos no se persiguen por distintas razones. En algunos casos, es la falta de medios para hacer frente a una política de prevención necesaria para garantizar la efectividad de la prohibición; en otros, la debilidad de las estructuras del Estado o la corrupción abonan el desinterés por un tema que no resulta prioritario; en la mayoría, a todos estos factores se suman las dificultades de carácter social y

³ Véanse los documentos citados en nota 1.

cultural para transformar tradiciones arraigadas en las estructuras tribales, en las que el individuo tiene un valor relativo frente al poder de la comunidad. La ineficacia del Derecho Penal en los países de origen conduce a la consolidación de la práctica en los mismos, al extenderse la creencia de que al margen de lo dispuesto en las leyes existen otras normas morales, sociales o culturales que tienen prevalencia.

La convicción acompaña a los migrantes hasta el mundo occidental, y funda la pretensión de ostentar un derecho a una identidad cultural mediante la conservación de las propias tradiciones. Al igual que ocurre con otras prácticas (como puede ser el ayuno en Ramadán, o vestir el velo, por ejemplo) el desarraigo y la vulnerabilidad de los inmigrantes impulsan la necesidad de reafirmar dicha identidad para fortalecer su dignidad como persona. Sin embargo, el choque entre esta pretensión y la realidad de los países de destino es mucho más dramático cuando hablamos de mutilación genital femenina: el vestido del velo en los países occidentales puede ser más o menos admitido; la mutilación genital es una práctica que repugna a la sociedad, y el sentimiento de desaprobación, enfatizado por el etiquetamiento que representa la intervención penal, envuelve no sólo a las víctimas más directas, las niñas mutiladas o en riesgo de serlo, sino también a sus padres y familiares.

II. La MGF como una práctica «aberrante» y el derecho penal cómo respuesta básica: ¿hay cabida para la integración?

1. *Planteamiento. El ejemplo de España*

A finales de los años 90 del siglo pasado se detectaron en España los primeros casos de MGF en niñas y mujeres inmigrantes procedentes de países del África subsahariana, residentes en diversas zonas de Cataluña, Baleares y Aragón. Tras ello se inició un debate en el que predominó una línea político criminal represiva reclamándose dos medidas: por un lado, la tipificación expresa en el Código penal (CP en lo que sigue) del delito de mutilación genital femenina, lo que requería una reforma de los tipos de lesiones, y por otro la modificación del artículo 23. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en el sentido de incluir a la MGF dentro de la lista de delitos que, de acuerdo con el principio de universalidad o de justicia mundial, pueden ser perseguidos por los Tribunales españoles⁴.

⁴ Sobre este proceso, cfr. Julia Roperó Carrasco, «El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina», *La Ley*, n.6 (2001): 1393-1395.

En respuesta a estas demandas, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros⁵, introdujo un nuevo apartado en el artículo 149, referido a las lesiones graves, con el siguiente texto:

Art. 149. (...) 2. «El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o *incapaz*⁶, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o *incapaz*⁷.

En la Exposición de Motivos de la mencionada LO 11/2003 se explicaba que:

«(...) la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de las mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. (...) En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a doce años. Se prevé, además, que si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones».

⁵ BOE n.º 234, de 30 de septiembre de 2003.

⁶ El término «incapaz» fue sustituido por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección» por la LO 1/2015, de 30 de marzo (BOE n.º 77, de 31 de marzo), con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

⁷ También sustituido por «persona con discapacidad necesitada de especial protección».

A pesar de que la Ley se refiere a la «integración social de los extranjeros», tanto de la nueva regulación del artículo 149 como del extracto de la Exposición de Motivos se deduce sin lugar a dudas que el concepto de «integración» manejado por el legislador penal está muy alejado del principio de reconocimiento de la diversidad que preside las teorías de la multiculturalidad o interculturalidad en las sociedades contemporáneas. Con ello no quiere decirse que el Derecho penal no deba intervenir en este ámbito o que las lesiones derivadas de la MGF estén justificadas por razones culturales. Tan sólo se pretende enfatizar que la respuesta penal debería estar justificada más bien en la necesidad de salvaguardar los bienes jurídicos afectados, aunque de forma mediata la intervención de los Tribunales produzca un efecto estigmatizador que precisamente dificulta la integración. El énfasis en la responsabilidad de los padres y la medida de la inhabilitación para la patria potestad, así como una especie de presunción de que en estos casos pueden producirse «futuras agresiones o vejaciones», o la definición de las mutilaciones como «aberrantes», evidencian un acercamiento desde una posición de supremacía moral y de repulsa que parece no detenerse en la penalización de la práctica⁸.

Cabe esperar que la intervención penal consiga su fin esencial que es la prevención, de modo que la tipificación expresa de la MGF contribuya a la intimidación para que estas prácticas sean erradicadas. Pero al lado de este efecto positivo resulta necesario advertir otras posibles consecuencias de la aplicación del Derecho Penal, pues el instrumento del que se vale, la imposición de la pena, no sólo representa la limitación de derechos fundamentales sino que se trata de una medida acompañada de un proceso de marginación social que inevitablemente entorpecerá la integración⁹. Veamos esto más despacio.

2. *Condena penal, repudia social y marginación*

Toda condena penal conlleva una razonable repudia social. Sin embargo, en el ámbito de la MGF cabe esperar que la contextualización de este rechazo sobre criterios de superioridad cultural, e incluso racial, acarree una

⁸ Los riesgos de la utilización del Derecho Penal como única respuesta a la MGF, así como de la carga emocional excesiva en la valoración de esta práctica son destacados por Sara Johnsdotter. «The FGM Legislation Implemented: Experiences from Sweden», Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 17 (2008): 7-12.

⁹ Michela Fusaschi. «Modifications génitales féminines en Europe: raison humanitaire et universalismes ethnocentriques», Synergies Italie, n.º 10 (2014): 101-102.

mayor marginación de los colectivos de inmigrantes que incluyen entre sus costumbres la MGF¹⁰.

Desde una perspectiva crítica se ha advertido del discurso hegemónico y etnocéntrico existente en torno a la MGF entre los medios de comunicación, que desprecia y estigmatiza las prácticas que provienen del «mundo subdesarrollado» sin advertir que en la sociedad occidental pueden existir otras similares. Bajo este enfoque, destaca Isabel Ortega, Occidente aparece como el procurador de la libertad y la integridad, despreciando la existencia de la lucha contra la MGF llevada a cabo por las mujeres africanas¹¹. De manera expresa, María Caterina La Barbera duda de que las leyes penales representen el instrumento más adecuado para resolver los conflictos interculturales, denunciando su ineficacia y la posible potenciación del efecto contrario: la reafirmación de las prácticas; por ello, reclama que sean otros sectores del Ordenamiento y otras disciplinas las que den respuestas a la MGF¹².

Aun admitiendo la necesidad de la intervención penal, la mayoría de los autores subraya el dilema ético que representa asumir esta respuesta como la primera e inmediata en los países de destino de los inmigrantes: el riesgo de ser procesada se cierne sobre la mujer africana desde el primer momento que llega a un país occidental, proveniente de una sociedad en la que la práctica de la MGF le es impuesta: en sus países de origen las mujeres se convierten en las víctimas de la mutilación y al mismo tiempo se erigen en las garantes de su perpetración sobre sus propias hijas. La inmigración a países occidentales se lleva a cabo sin tiempo para asumir un cambio tan radical en sus creencias, lo que se traduce en la imposición de un nuevo rol marginal: el de ser declarada culpable por las graves lesiones sufridas por su hija. Como acertadamente se pregunta Adela Asúa, «¿podemos ignorar el condicionamiento cultural que afecta a la persona encausada, sin infringir la máxima que obliga a tratar igual lo igual, y su

¹⁰ Advertía de esto Myriam Herrera Moreno, «Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina». *Lex Nova*, n.º 5 (2002): 51-52. También Els Leye y Jessika Deblonde, «A comparative analysis of the different legal approaches towards female genital mutilation in the 15 EU Member States, and the respective judicial outcomes in Belgium, France, Spain, Sweden and the UK», *ICRH Publications*, n.º 8 (2004): 44-45.

¹¹ Isabel Ortega Sánchez, «Narrativas periodísticas en torno a la ablación / mutilación genital femenina», en *I Congreso Internacional de Educación y Género*, ed. por Juan Carlos Suárez Villegas, Irene H. Liberia Vayá, Belén Zurbano-Berenguer (Sevilla: Universidad de Sevilla, 2012), 1892-1894.

¹² María Caterina La Barbera, «Mujeres, migración y Derecho penal: el trato jurídico de la mutilación genital femenina», *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, n.º 4, 1 (2010): 57-60.

reverso, de forma desigual lo que es desigual? (...) ¿Una mutilación intencional sin otro motivo que el de perjudicar y lesionar a la víctima puede equipararse a una mutilación realizada para cumplir con un rito ancestral, conforme a dictados culturales sentidos como ejercicio responsable para asegurar la inserción de las hijas en la propia comunidad?»¹³. En definitiva, aunque un sector mayoritario acepta la necesidad preventiva de la pena como punto de partida, exige al mismo tiempo un enfoque multidisciplinar y que tenga en cuenta la diversidad cultural y la integración como aspiración esencial de una sociedad democrática, trabajando por ello en la educación y la sensibilización¹⁴.

Esta demanda es justa y ha de ser compartida. Igualmente hay que conceder a Adriana Kaplan y otros¹⁵ que los Servicios de Salud y los Servicios Sociales, por «sus características de proximidad, accesibilidad y universalidad, constituyen el espacio idóneo para permitir la aproximación a este reto intercultural que plantean las nuevas ciudadanías en el país». Esta idea es recogida en el «Protocolo común para la actuación sanitaria ante la mutilación genital femenina»¹⁶ del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que entre otros aspectos recomienda un abordaje preventivo basado en la generación de una relación de confianza con los migrantes, que garantice el debido respeto a la persona empleando el tiempo necesario para ello a través de las consultas que sean necesarias¹⁷.

¹³ Adela Asua Batarrita, «Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina», *Eguzkilore*, n.º 18 (2004): 94-96.

¹⁴ De esta opinión Elena Torres Fernández, «La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 17 (2008): 18-21; Grande-Gascón, María Luisa; Ruiz-Seisdedos, Susana; Hernández-Padilla, María. «El abordaje social y político de la mutilación genital femenina». *Portularia*, Vol. XIII, n.º 1 (2013): 11-18; Rocío Salamanca de Dueñas, «Dossier II: Mutilación genital femenina: análisis criminológico y tratamiento jurídico penal», *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º 26 (2014): 29-30; Nieves Sanz Mulas, «Diversidad cultural y política criminal: estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)», *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11 (2014) 11:45-11:49, <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf>.

¹⁵ Adriana Kaplan, Pere Torán, Kira Bermúdez y María José Castany, «Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales», *Revista Migraciones*, n.º 19 (2006): 189-217.

¹⁶ Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/introProtocoloComun2015.htm>.

¹⁷ Páginas 66-67 del Protocolo.

Sin embargo, si lo que queremos es evitar la aplicación del Derecho penal con las duras consecuencias que éste arrostra, tal vez no dispongamos de ese tiempo. Como la mutilación genital femenina es un delito, es preciso recordar lo dispuesto en los artículos 262 y 355 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), que recogen la obligación de denuncia impuesta a los profesionales, médicos y personal sanitario, que tengan conocimiento de la comisión del mismo¹⁸. Siendo esto así, la apreciación de signos de mutilación en las madres representa un riesgo para las niñas menores de cuantificación compleja (la MGF no sólo se lleva a cabo en los viajes a los países de origen). Por esta razón, aunque la atención socio sanitaria propuesta es esencial, deberíamos advertir que además de todo ello se imponen dos actuaciones concretas, a corto y a largo plazo.

A largo plazo, a la actuación socio sanitaria habría que unir una campaña de sensibilización social (en los países de destino) y de educación y formación a distintos niveles, para que al sentimiento de rechazo ante una práctica que se juzga de culturas inferiores, se una el interés en afrontar este problema con la sensibilidad y el humanismo que impone el respeto a la dignidad del otro como un igual. Al mismo tiempo, a corto plazo, sería oportuno desarrollar un programa de intervención más inmediata, que garantizase de la manera más rápida posible el acceso del migrante a la información sobre la penalización de la MGF y de las consecuencias del Derecho Penal. La limitación de los recursos públicos ha repercutido, al menos en España, en que la atención «socio sanitaria» se vea reducida a la «sanitaria» (ésta última también amenazada en su dispensa universal). Por esa razón, conviene potenciar la actuación de los servicios sociales de los Ayuntamientos, auxiliados por las Policías Locales, no en una función represiva o de seguridad, sino de asistencia y prevención, para garantizar el censo de los migrantes y el acceso urgente a la información sobre el control de las prácticas tradicionales lesivas.

Porque la marginación es sin duda una consecuencia indeseable, pero no es la única ni la más grave que se deriva de la aplicación del Derecho Penal, como vemos a continuación.

¹⁸ El artículo 262 de la Lecrim señala:

«Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante».

Por su parte, el artículo 355 dispone:

«Si el hecho criminal que motive la formación de una causa cualquiera consistiese en lesiones, los médicos que asistieran al herido estarán obligados a dar parte de su estado».

3. *Respuesta penal, protección de las menores y derecho a la reagrupación familiar*

El Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina¹⁹, dirigido especialmente al personal sanitario, advierte que la información a las autoridades referida a estas prácticas puede representar la pérdida de confianza de las familias, con la repercusión negativa para la salud. Siendo esto de una importancia innegable, debemos recordar que el artículo 149 CP castiga la mutilación genital con penas de prisión de seis a doce años, que implican el ingreso en la cárcel de los autores del delito sin posibilidad de suspensión de la condena.

La condena de los padres como autores (aunque sea por un delito de omisión debido a su responsabilidad como garantes), deja a las menores en manos de la tutela del Estado, sumándose a su condición de víctima de la mutilación y a su estatus de pertenencia a un colectivo marginal, la situación de vulnerabilidad y revictimización al perder su entorno familiar más inmediato, que pasa a estar criminalizado. En este ámbito, es preciso tener en cuenta la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁰, que en su artículo 11 reconoce al mismo tiempo como principios rectores de la acción administrativa la supremacía del interés superior del menor (letra a), el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés (letra b), su integración familiar y social (letra c) y la protección contra toda forma de violencia (...) incluyendo (...) la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso (letra i).

De esta ley se deriva claramente que uno de los principios rectores es la protección del menor frente a la mutilación genital femenina, al que responde, entre otras medidas, la tipificación en el CP. Ahora bien, si la mutilación ya se ha producido cuando las niñas llegan a España, o tiene lugar en territorio español y ha sido descubierta y está siendo juzgada, la supremacía del interés superior del menor debería estar presente entre los distintos intereses a considerar, tanto durante el proceso penal, como en la sentencia a imponer y en las condiciones de ejecución de la misma²¹. Advirtiendo, al mismo tiempo, que, en contra de lo que parece presuponer el legislador penal cuando en la Exposición de Motivos de la

¹⁹ Disponible en:

<http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/introProtocoloComun2015.htm>.

²⁰ BOE número 180, de 29 de julio de 2015.

²¹ Advierte también de los posibles efectos indeseables para los intereses de las menores, Sanz Mulas, «Diversidad cultural y política criminal: estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)», 11:31.

Ley 11/2003²² se refiere a la inhabilitación especial para la patria potestad como medida a imponer para evitar «futuras agresiones», en los casos de la MGF el peligro de otras agresiones no es un dato a considerar, ya que la mutilación en sí no es siquiera sentida como una agresión, sino como un cumplimiento responsable de una tradición, que no dice nada en sí misma de otras posibles agresiones.

Las consecuencias para las menores derivadas del ingreso en prisión de los padres pueden estar detrás de la corriente mayoritaria en la jurisprudencia que se inclina por la absolucón o la atenuación de la pena, alegando bien el desconocimiento de la mutilación²³ la ausencia de intención de causar lesiones²⁴ o el error sobre la ilicitud de su conducta (ya sea como eximente²⁵ o atenuante²⁶). Sin embargo, un análisis detenido de las decisiones jurisprudenciales no permite deducir un criterio claro de tratamiento ya que en situaciones bastante similares se ha llegado a soluciones muy diversas, de modo que la alegación del desconocimiento de la situación ha sido reconocida por los Tribunales de manera muy diversa: como circunstancia eximente, como simple atenuante o incluso rechazada de manera explícita, sin que en el relato fáctico se aprecien, insisto, diferencias sustanciales entre los casos juzgados²⁷.

²² Ley 11/2003, de 29 de septiembre (*BOE* n.º 234, de 30 de septiembre), de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

²³ Cfr. la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN), núm. 36/2012, de 24 de julio, que absuelve al padre de la menor, que había inmigrado en primer lugar a España, invocando su falta de conocimiento de la situación, al ser realizada la mutilación genital de la niña en Senegal.

²⁴ Cfr. la SAN núm. 5/2014 de 24 de febrero, que absuelve a los padres de la niña mutilada alegando ausencia de dolo de lesionar.

²⁵ Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 939/2013, de 16 de diciembre.

²⁶ Cfr. la STS núm. 835 de 2012, de 31 de octubre, que castiga a los padres de origen gambiano de una menor mutilada, imponiendo una pena de seis años de prisión al padre, al no considerar la alegación de un error sobre la ilicitud del hecho en la medida en que éste llevaba varios años de residencia en España, y dos años de prisión para la madre, a quien sí se le aplica una atenuante de error de prohibición vencible, hasta llegar a una cantidad que permite la suspensión de la ejecución de las penas previstas en el artículo 80 CP, que señala en su número 1:

«Los jueces o tribunales mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a **dos años** cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos (...)».

²⁷ En la STS núm. 399/2014, de 8 de mayo, el Tribunal Supremo confirma la Sentencia dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de mayo de 2013, castigando a los padres de origen gambiano por la mutilación genital de su hija menor, a las penas de seis años de prisión para cada uno de ellos, rechazando la petición de atenuación por error de prohibición.

Un ejemplo que destaca la falta de un criterio certero, y que al mismo tiempo señala el interés final en evitar la cárcel para al menos uno de los progenitores es el caso resuelto finalmente en la STS núm. 939/ 2013 de 16 de diciembre, que contiene los siguientes antecedentes:

El acusado, BT, inmigrante de Senegal, vino a trabajar a Cataluña en 1999, dejando en su país, a su esposa, FD, y a sus dos hijos varones, si bien regresó allí en diversas ocasiones. El 20 de septiembre de 2006, cuando el citado acusado se encontraba trabajando en Cataluña, nació en Senegal su hija A. a quien le practicaron la amputación genital, sin que conste acreditado que tuviera conocimiento de lo sucedido. Una vez que BT consiguió la reagrupación familiar, lo que permitió que su esposa FD y sus tres hijos vinieran a España en el 2010, llevaron a la pequeña A. al Centro de Salud Primaria de Premiá de Mar, donde tras el reconocimiento médico practicado le fue detectada la ausencia de clítoris así como una sinequia o adherencia de labios menores. En los procesos penales que siguieron a estos hechos, la prueba de cargo de mayor peso fue la declaración del enfermero que atendió a la familia, en el sentido de que no hubo reacción de especial sorpresa por parte de los padres. La madre no intervino, ya que no hablaba español, sólo mandinga, y el padre señaló que la ablación sufrida por su hija era un hecho cultural en África y que su esposa también sufrió la misma lesión consecuencia de las costumbres imperantes en las zonas rurales de su país. Denunciados los hechos por el Centro de Salud, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 instruyó sumario contra los padres en 2011. La madre desapareció y fue declarada en rebeldía el 5 de diciembre de 2011, acordándose su busca y captura. El proceso contra el padre, BT, finalizó con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2012, que le absolvió del delito de lesiones del artículo 149.2 del Código penal por el que había sido inicialmente acusado, si bien el Ministerio Fiscal retiró la acusación y solicitó una sentencia absolutoria. Uno de los fundamentos jurídicos esgrimidos fue la imposibilidad de constatar que el padre hubiese participado de manera directa en la comisión del hecho. Al mismo tiempo, el Tribunal consideró que el tipo penal sólo tenía sentido para proteger a las menores que se encontraban en situación de riesgo en España, y no a las que habían sido mutiladas en su país de origen. La madre, FD, tras ser capturada fue procesada en la Audiencia Nacional, quien en su sentencia de 4 de abril de 2013, el mismo tribunal que había absuelto al padre, le condenó por un delito de lesiones graves del artículo 149.2, apreciando la atenuante de error vencible, imponiendo una pena de dos años de prisión. En el juicio, FD alegó que la práctica de la ablación había tenido lugar cuando su hija estaba al cuidado de su madre, abuela de la niña, mientras FD trabajaba en el campo. El Tribunal no concedió validez a esta declaración y señaló que no había duda alguna de la autoría de la madre. La sentencia condenatoria fue recurrida por

FD ante el Tribunal Supremo, alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia por violación del principio *in dubio pro reo*. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de diciembre de 2013, le da la razón, y absuelve a FD. En primer lugar, el Tribunal aduce que si, como señala el Fiscal, «no consta la forma y circunstancias en que se ha mutilado a la niña», no es posible construir una prueba de cargo válida que demuestre la participación directa de la madre en los hechos. Por otra parte, la responsabilidad por omisión derivada del deber de garante recogido en el artículo 11 del Código Penal (responsabilidad que sustentó la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional), sólo se explicaría si FD tuviera constancia de la prohibición y lesividad de la práctica, algo que no se considera probado, ya que la misma es contemplada en su lugar de origen como una actuación socialmente obligada».

Este caso pone de relieve los importantes dilemas que la aplicación práctica del Derecho Penal presenta en los casos de mutilación genital femenina. Es preciso destacar que la mutilación de la niña se había llevado a cabo en el país de origen, y que la presencia de la niña y la madre en España se deriva del ejercicio por parte del padre al derecho a la reagrupación familiar. El derecho a la reagrupación o reunificación familiar es el derecho de los migrantes a mantener la unidad de su familia. Este derecho encuentra su justificación en otros fundamentales, reconocidos en Tratados y en el Derecho Internacional de los Derechos humanos, como son el derecho a la intimidad en el ámbito familiar²⁸. En cumplimiento de esta Directiva, la mayoría de los países europeos incluye en su legislación sobre extranjería los procedimientos para hacer efectivo este derecho²⁹. El problema que se presenta en la práctica es que este derecho se puede ver seriamente obstaculizado con la prohibición penal de la MGF: si un migrante se plantea hacer efectiva la reagrupación, la posibilidad de que la llegada de sus hijas mutiladas al país en el que reside termine con un proceso penal y penas de cárcel para él o para su mujer, madre de las menores, se consolida como un elemento claramente disuasorio de su legítima pretensión. En definitiva, como señala Francisco Jiménez, el miedo a las condenas en los países de

²⁸ En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, tiene como objetivo establecer normas comunes que permitan a los miembros de la familia de los nacionales de fuera de la UE que residen legalmente en el territorio de la Unión Europea (UE) que se reúnan con ellos en el país donde residen.

²⁹ En España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículos del 16 al 19) y el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (artículos del 52 al 58).

destino no sólo impide la reagrupación familiar, sino que propicia la permanencia en los países de origen, donde es más difícil escapar de la práctica de esta tradición³⁰.

4. *Recapitulación y propuestas parciales: el Derecho penal como parte de una respuesta social guiada por el principio de integración*

Las voces críticas que demandan la superación de una posición etnocéntrica en el tratamiento de la MGF han contribuido positivamente a mantener una actitud reflexiva que advierte de la complejidad del problema y las dificultades de tratamiento en los países de destino. Un análisis más detenido en torno a las razones que explican la pervivencia de esta práctica ha arrojado como tesis mayoritaria el interés en el control de la sexualidad de la mujer: con la mutilación se garantiza la pureza, la virginidad, el sometimiento de la mujer y con todo ello el honor de la familia³¹. Como narra Asha Ismail³², «la MGF es una de las armas que (los hombres) utilizan para que la mujer sea sumisa, para que obedezca (...) Lo que ocurre es que esos hombres, en esas comunidades, eligen para casarse a una mujer mutilada, porque la mujer que va a ser su esposa y la madre de sus hijos tiene que serlo», y añade «tienes que casarte porque la existencia de una mujer en esas culturas es nacer, crecer, casarse, servir a su marido, tener tantos hijos como pueda (...)».

La comprensión de la mujer como ser inferior, subordinada al hombre, que encuentra su función social en el matrimonio y la maternidad no es exclusiva de las culturas que practican la MGF, sino que es un tópico mundial, más evidenciado en aquellas regiones que han alcanzado menor desarrollo social y político, y en la que perviven prácticas como los matrimonios forzados, el castigo del adulterio, los homicidios por motivos de honor y la imposición en general de prácticas que garantizan ese control. Pero

³⁰ Francisco Jiménez García, «La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 de 4 de abril de 2013», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm.2 (2013): 356.

³¹ Cfr. en este sentido, Anika Rahman y Nahid Toubia, *Female Genital Mutilation. A Practical Guide to Worldwide Laws and Policies* (Londres: Zed Books, 2000), 4-5; María Dolores Adam Muñoz, *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado* (Córdoba: Universidad de Córdoba, 2004), 30; Bénédicte Lucas, «Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho* 17 (2008): 6-7; Torres Fernández, «La mutilación genital femenina...», 13.

³² Asha Ismail, entrevista por María Gascón, publicada en «Página abierta» 236, enero-febrero de 2015, disponible en <http://www.pensamientocritico.org/ashism0215.htm>.

la asimetría en las relaciones entre el hombre y la mujer no es exclusiva de estas regiones, sino que pervive en la mayoría de los países y sigue apoyándose esencialmente en la consideración de la mujer como posesión del hombre, sobre todo en el ámbito de la sexualidad. La exaltación de la virginidad de las mujeres es un referente universal, presente en casi la totalidad de las religiones y en la base de muchas de las convenciones culturales. En el mundo occidental, las mujeres se enfrentan a modelos sociales contradictorios, que les animan a una sexualización desde edades cada vez más tempranas³³, pero que por otro promueven que sean despreciadas si ejercen su sexualidad con libertad. Esta universalidad en los parámetros sobre las relaciones entre hombres y mujeres debe contribuir a la relativización de la postura de la superioridad moral con la que afrontar el problema de la MGF y favorecer un análisis más detenido que huya de la simplificación que considera estas prácticas como una «aberración» extraña a nuestro bagaje cultural superior³⁴.

Ahora bien, este reconocimiento no significa que se proponga una minimización de las lesiones que esta práctica representa³⁵: como se ha señalado más arriba, no sólo se han demostrado médicamente las secuelas de la intervención en la integridad física y la salud, sino que la mutilación realizada sobre las niñas, que no tienen capacidad para consentir, encierra en sí misma un atentado contra la dignidad y representa un trato degradante. El reconocimiento de la práctica de la MGF como una grave lesión de derechos fundamentales universalmente reconocidos es un paso adelante irrenunciable en la lucha contra la misma y en general, en la erradicación de tradiciones lesivas para los derechos humanos. No deberíamos olvidar, como destaca Nuria Merchal, que sólo recientemente la MGF ha dejado de ser considerada un asunto privado, al igual que otras prácticas de violencia

³³ Sexualización que impone un modelo de apariencia física en el que se incluyen prácticas agresivas sobre el cuerpo, como la implantación de mamas, depilación, cirugía estética con carácter general y en algunos casos también genital.

³⁴ Como destaca Adela Asúa, «Criminología y multiculturalismo...», 88-89, la idea de la inferioridad natural de la mujer no es ajena a la cultura occidental, en la que ha estado presente la supeditación de la mujer a su «destino» como esposa y madre. Adela Asúa señala los ejemplos vigentes en la ley penal española y en la práctica de los tribunales que respondían al ideario de la consideración de la mujer como posesión sexual del hombre: el «uxoricidio» (matar a la esposa que era sorprendida en adulterio) se castigaba con el destierro y no merecía pena de prisión, el «infanticidio» (matar al hijo recién nacido para ocultar la deshonra) merecía cierta comprensión y una pena inferior al homicidio, la jurisprudencia rechazaba la violación en el matrimonio, entre otros.

³⁵ María Caterina La Barbera cree sin embargo que no debe asumirse sin mayores explicaciones que todas las intervenciones genitales sean lesivas o creen disfunción sexual («Mujeres, migración y Derecho Penal...», 54-56).

contra las mujeres en el ámbito de las familias y las comunidades³⁶. A pesar de que ya en 1948 la Declaración Universal de Derechos humanos recoge en su artículo 2 el reconocimiento de los derechos sin discriminación basada en el sexo³⁷, e igualmente se pronuncian el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966³⁹, la superación de una comprensión antropológica de los derechos humanos (que no concede la visibilidad requerida para la protección específica de mujeres y niños) no comienza a plantearse hasta unos años después, cristalizándose en la Convención de NU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁴⁰ y en la Declaración de NU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993⁴¹. En el ámbito específico de protección de los menores, la Convención de NU sobre los Derechos del Niño (que entró en vigor en 1990) señala en su artículo 24.3 que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños».

De este modo se instituye una «conciencia jurídica internacional»⁴², que reconoce dos principios esenciales: la necesidad de favorecer una protección específica para mujeres y niños y el rechazo de que las prácticas tradicionales lesivas puedan legitimarse en convicciones religiosas o cul-

³⁶ Nuria Merchal Escalona, «Mutilación genital femenina y violencia de género», en Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía, ed. por Francisco Javier García Castaño y Nina Kressova (Granada: Instituto de Migraciones, 2011), 2179.

³⁷ Artículo 2 de la Declaración universal de los derechos del hombre (adoptada el 10 de diciembre de 1948, Resolución 217 de la Asamblea General, UN Doc. A/810):

«Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición»

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), concretamente artículos 2 y 26.

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 3 de enero de 1976), concretamente artículo 2.

⁴⁰ Adoptada el 18 de diciembre de 1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981. Esta Convención requiere expresamente a los Estados, en su artículo 5, para que trabajen en la eliminación de los prejuicios y de las prácticas consuetudinarias que estén basados en la idea de superioridad o inferioridad de los sexos.

⁴¹ Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada en la 85.ª Sesión Plenaria, el 20 de diciembre de 1993, que establece en su artículo 4 que los Estados no deben invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de eliminar la violencia contra la mujer.

⁴² Expone esta idea Jiménez García, «La mutilación genital femenina y el principio de extraterritorialidad», 352.

turales⁴³. Con ello, el interés en la diversidad cultural no puede ser argüido para mantener tradiciones que perpetúan la discriminación y amparan la lesión de derechos humanos. Y esto es así tanto en los países originarios de las prácticas como en aquellos que reciben inmigrantes con estas tradiciones: por ello, la invocación a la diversidad no resulta ser suficiente para legitimar la pasividad ante la violación de los derechos humanos.

Llegados a este punto nos encontramos con dos conclusiones de compleja conciliación entre sí. Por un lado, es muy difícil discutir en la actualidad que la MGF representa una clara vulneración de derechos fundamentales que no puede ser justificada en prácticas tradicionales; más aún cuando estas prácticas se sostienen en una discriminación sexista que tiene como fin el control de la sexualidad de las mujeres, y que representa, en consecuencia, un acto de violencia de género. Esta convicción se ha asentado por fin en Derecho Internacional y ha determinado la adopción de medidas diversas, entre ellas las penales. Pero, por otro lado, sería injusto desatender el choque cultural que se produce cuando las mujeres emigran desde sus países de origen, en los que las reglas sociales impulsan a la práctica de la MGF para garantizar la inserción social de las niñas, hasta los países de destino en los que son juzgadas como criminales, pudiendo serles impuestas penas privativas de libertad o la pérdida de la patria potestad sobre sus hijas⁴⁴. Y también sería injusto no tener en cuenta los efectos que para los intereses de las menores y de las familias implicadas se derivan de la respuesta penal, especialmente el desaliento para la reagrupación familiar.

¿Cómo conciliar estas consideraciones? En primer lugar, rechazando una simplificación basada en una supuesta superioridad moral de occidente y aceptando la complejidad del problema⁴⁵, lo que exige un acercamiento multidisciplinar al mismo⁴⁶. La respuesta penal será más legítima cuando realmente sea la última ratio, cuando hayan fracasado la educa-

⁴³ Estos axiomas son recogidos en distintos instrumentos y acciones de Derecho Internacional, como la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General de UN el 25 de noviembre de 1981 (resolución 36/55), que insta a la protección de los derechos de los niños y niñas contra los abusos cometidos en nombre de una creencia o tradición cultural concreta y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer en Pekín, de 1995. También recoge la necesidad de la protección especial el Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos, relativo a los derechos de la mujer en África (Protocolo de Maputo), adoptado el 11 de julio de 2003, Asamblea de la Unión Africana (entrada en vigor: el 25 de noviembre de 2005).

⁴⁴ En sentido similar, Adela Asúa, «Criminología y multiculturalismo...», 94.

⁴⁵ En este sentido, Adela Asúa, «Criminología y multiculturalismo...», 82.

⁴⁶ Rocío Salamanca de Dueñas, «Dossier II: Mutilación genital femenina...», 29.

ción, la prevención y la integración. Por ello, con carácter universal es necesario acentuar las medidas nacionales y transnacionales encaminadas a la prevención y, en concreto en los países occidentales, asumir un concepto de integración que implique el reconocimiento esencial de la dignidad de todas las personas implicadas. Es preciso contribuir al empoderamiento de las mujeres africanas (que son las mayoritariamente afectadas), favoreciendo el contacto de las mismas con las organizaciones no gubernamentales y las instituciones estatales e internacionales que trabajan en la educación precisamente a partir de las propias voces de mujeres⁴⁷ afectadas que contribuyen a la erradicación de la MFG (y a partir de ahí extender los programas de prevención también con la implicación de los hombres, sin la cual no es posible acabar con esta tradición, especialmente en las estructuras sociales tribales).

En segundo lugar, es necesario favorecer una clarificación conceptual que contribuya a una mejor comprensión del fenómeno. La MGF, como se ha señalado, se produce sobre niñas y representa una práctica que tiene como objetivo esencial la adjudicación de un rol de sometimiento de las mujeres en un aspecto tan esencial para las personas como es la sexualidad. Si recordamos que el control de la sexualidad de la mujer es una práctica extendida prácticamente en todas las culturas, tendremos mayor capacidad para acercarnos a este fenómeno desde dos perspectivas distintas. Por un lado, advirtiendo que la discriminación sexista que se encuentra en la base del mismo no nos es ajena, por lo que cualquier reacción no puede basarse en una superioridad moral. Por otro, reconociendo que en todo caso el Derecho Penal ha de intervenir de igual modo que ha de hacerlo en otros supuestos de violencia de género, ante la lesión de bienes jurídicos fundamentales. Sin embargo, esto no puede conducir a una equiparación de la MFG con otras prácticas sociales que inciden en el cuerpo de la mujer (operaciones estéticas y otras)⁴⁸, ya que la MGF, ante todo, se lleva a cabo sobre niñas sin capacidad de consentimiento e implican una mutilación con efectos en la salud y en el disfrute de la sexualidad. Este elemento, la realización sobre niñas, confiere a la MGF una gravedad especial que no puede ser discutida a la que se suma la consideración de la

⁴⁷ En este sentido, Alfonso Serrano Mañillo, «El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas», reseña de *Beyond the dances. Voices of women on female genital mutilation*, de V. Barungi y H. Twongyeirwe (Eds.), Kampala: FEMRITE, 2009, en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 7, 2010, 652. También Isabel Ortega destaca como la asunción de una posición etnocéntrica, que no tiene en cuenta la lucha de las propias mujeres africanas, conduce a la «alterización» y a la presunción de superioridad moral («Narrativas periodísticas en torno a la ablación...», 1894).

⁴⁸ Sí que realiza esta comparación Isabel Ortega, «Narrativas periodísticas en torno a la ablación...», 1893.

misma como un acto de violencia de género. Esta doble comprensión es la única que facilita una correcta comprensión del fenómeno⁴⁹.

Desde un punto de vista más concreto, la propuesta defendida, a saber, priorizar la respuesta social y la integración en los países de destino, aunque manteniendo una necesaria intervención penal sometida a límites y cautelas, exige tener en cuenta la posibilidad de aplicar circunstancias eximentes o atenuantes recogidas en la ley, que tienen que ver con las dificultades para interiorizar unas normas sociales contradictoras con los valores asumidos desde la infancia en los países de origen. La vía más adecuada para recoger esta posibilidad es el error de prohibición, que permite aminorar la pena, al menos, en los casos en los que cabe probar un desconocimiento del alcance de la prohibición en torno a estas conductas⁵⁰.

Igualmente es preciso plantearse hasta qué punto tiene sentido extender la jurisdicción de los Tribunales españoles hasta las mutilaciones realizadas en los países de origen antes de la llegada a España. Esto es lo que vemos a continuación.

III. Jurisdicción internacional, asilo y refugio en los supuestos de MGF. Algunas contradicciones

La aparición de casos de MGF en los países occidentales, destino de inmigrantes de origen subsahariano entre los que se encuentra fuertemente arraigada esta práctica, planteó en el terreno jurídico dos cuestiones esenciales. Por un lado, de la de si resultaba necesaria una tipificación expresa en las leyes penales nacionales de esta clase de mutilación o sin embargo bastaban las previsiones tradicionales que penalizan las lesiones (entre las que cabe encuadrar la mutilación genital). En el Derecho Europeo, ha resultado hasta ahora mayoritaria la posición contraria a una regulación expresa

⁴⁹ Algunos autores sin embargo creen que la MGF no es propiamente un acto de violencia de género ya que no todas las mujeres del mundo tienen la posibilidad de ser víctimas (María Dolores Serrano Tárrega, «Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español», en Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas, ed. por María Teresa Regueiro García, 409. Valencia: 2014). A favor de la consideración de la misma como violencia de género Carmen Vallejo Peña, «Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España», Revista de Estudios Jurídicos Universidad de Jaén n.º 14 (2014): 2-3.

⁵⁰ Plantean esta posibilidad Nieves Sanz, «Diversidad cultural y política criminal...», 11-12, Adela Asúa, «Criminología y Multiculturalismo...», 86. En contra de esta posibilidad, Rocío Salamanca, «Dossier II: Mutilación genital femenina...», 93.

que sólo algunos países han incorporado⁵¹. Por otro lado, la de sí en aras de una efectiva persecución cabría incluir la MGF como un delito de persecución universal, de manera que los países de destino pudieran juzgar no sólo las mutilaciones cometidas en su territorio, sino también las llevadas a cabo en los países de origen, tanto si la mutilación tuvo lugar cuando la niña aún no se había desplazado con la familia a Occidente, como si se llevaba a cabo en un desplazamiento de «vacaciones», después de haber llegado a un país occidental.

En España, esta última cuestión se resolvió en un primer momento a favor de la jurisdicción universal, priorizando una intervención penal máxima de los Tribunales, incluso en aquellos casos en los que la MGF se hubiera realizado en los países de origen antes del desplazamiento. Con este fin, se procedió a reformar el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LPOJ) en 2005, y la MGF fue incluida en el número 4 del artículo 23, como uno de los graves delitos que permite la justicia mundial, aunque exigiéndose un criterio de vinculación, como es el hecho de que los responsables se encontrasen en España:

Artículo 23. (Versión vigente entre el 10/07/2005 y el 20/11/2007)

1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

(...)

4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

(...)

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

Sin embargo, los problemas internacionales y diplomáticos planteados por la aplicación de este principio por parte de los Tribunales españoles, favorecieron una nueva reforma con el objetivo de limitar el alcance de la jurisdicción universal, en 2014 (Ley 1/2014, de 13 de marzo, de Reforma de

⁵¹ Incluyen una tipificación expresa de la MGF: Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Irlanda, Italia, España, Croacia, Suecia y Reino Unido. Véase un análisis detenido sobre esta cuestión en *Female genital mutilation in the European Union and Croatia*. European Institute for Gender Equality, 2013.

<http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/eige-report-fgm-in-the-eu-and-croatia.pdf>

la Ley Orgánica del Poder Judicial), de manera que la competencia de los Tribunales españoles en estos casos ya no puede sustentarse únicamente en el principio de justicia mundial frente a la gravedad de los hechos, sino que se exige un vínculo de conexión con España y la ausencia de conflictos con otros Estados. Con esta reforma, la MGF ya no aparece expresamente mencionada, aunque pudiera ser uno de los supuestos que permite la jurisdicción de los Tribunales españoles, al consistir en un acto de violencia de género⁵². Según esta nueva regulación, para que los Tribunales españoles puedan conocer los hechos será necesario: que el presunto culpable sea español o extranjero con residencia habitual en España, o que la víctima tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, en el momento de la comisión de los hechos.

En definitiva, la Reforma de 2014 de la LPOJ española ha restringido la aplicabilidad del principio de jurisdicción universal en los casos de MGF. Esta decisión ha sido criticada por algunos autores que consideran prioritaria la intervención penal y creen, por ello, que dicha limitación no contribuye a la erradicación de esta práctica a nivel mundial⁵³. Sin embargo, es preciso advertir que, a pesar de la restricción, la ley permite la competencia de los tribunales españoles, siempre, al menos, que los posibles autores ten-

⁵² Artículo 23 de la LOPJ. (Versión vigente tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2014)

1. En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.

(...)

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

(...) 1) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

⁵³ Vallejo Peña, Carmen, «Mutilación genital femenina...», 21. Antes de la Reforma, a favor de esta jurisdicción universal también María Dolores Serrano Tárraga, «Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina», *Revista de Derecho Uned*, n.º 11 (2012): 884-886.

gan como mínimo residencia habitual en España. Puesto que la responsabilidad en estos casos se atribuye a los padres, ya sea por intervención directa (en grado de autoría, inducción o cooperación necesaria) o por omisión, con infracción del deber de garante, la posibilidad de intervención penal subsiste con independencia del tiempo o lugar de la comisión de los hechos. Precisamente, la restricción operada por la Reforma será juzgada como insuficiente para otro sector de opinión que considera que dicha intervención imposibilita la reagrupación familiar, tal y como más arriba veíamos: si la llegada a España de esposa e hijas de los inmigrantes (la mayoría ya mutiladas en los países de origen) puede suponer una condena penal para la madre o para ambos progenitores, cabe esperar que el derecho a la reagrupación no pueda ser ejercido⁵⁴.

Efectivamente, este recurso a la intervención penal para juzgar las mutilaciones producidas en los países de origen antes de iniciar la migración, impide tomar en consideración las diferencias socio culturales que se encuentran en el sustrato de valores asumidos en las distintas sociedades, como una posible atenuante que conceda una razonable armonización entre las respuestas penales y las educativas. Y, por otra parte, parece incidir en la impresión de que la jurisdicción universal resulta haber sido creada para los africanos, los más desfavorecidos a nivel económico y social, y quienes con mayor frecuencia deben asumir responsabilidades por crímenes internacionales, como si sólo en África tuvieran lugar hechos de estas características. En conexión con ello, Daniel R. Pastor ha advertido que la legitimidad de las Cortes penales internacionales queda en entredicho desde el momento en que en la práctica no cabe hablar de «sociedad mundial» homogénea ni de «comunidad internacional», sino de un mundo dividido entre una minoría rica y poderosa y una mayoría condenada a la pobreza, el hambre y la guerra. En estas circunstancias, continúa este autor la falta de desarrollo equitativo y las limitaciones del derecho a la migración impiden hablar de «ciudadanía universal»⁵⁵.

Por último, resulta especialmente difícil sustentar la jurisdicción universal y la intervención penal para juzgar las mutilaciones cometidas en los

⁵⁴ En esta dirección, Adela Asúa recuerda que uno de los votos particulares en el Comité Nacional de Bioética en Italia, en el informe sobre la MGF de 1998, concretamente el firmado por Sergio Stamatti, defendía que, sin negar la condena de la MGF y la necesidad de la prohibición general de tales prácticas, sería adecuado reservar la sanción penal para aquellas personas que, establecida su residencia en el país de acogida durante un tiempo, pretendieran continuar con la práctica («Criminología y multiculturalismo...», 95). Expone también las dificultades para la reagrupación familiar, Francisco Jiménez, «La mutilación genital femenina...», 356.

⁵⁵ Daniel R. Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma* (Barcelona: Atelier, 2006), 65-90.

países de origen sobre la base de la grave violación de derechos humanos, y después mantener una posición restrictiva en la concesión del derecho de asilo. Como señala Adela Asúa⁵⁶, el reconocimiento del asilo en los casos de MGF representa un indicador del grado de compromiso en la protección de las víctimas de esta práctica y de la legitimidad de la intervención. Y en este ámbito nos encontramos con los siguientes problemas.

En primer lugar, hasta hace apenas unos años, las demandas de asilo basadas en razones de género no estaban expresamente reguladas, y tenían difícil acomodo legal⁵⁷. El carácter androcéntrico en las Convenciones de los derechos humanos se apreciaba igualmente en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en la que se desconoce la persecución por razón de sexo. La necesidad de reinterpretar la definición de refugiado desde una perspectiva de género ha sido reclamada por un importante sector de la doctrina⁵⁸, que ha puesto de relieve las reticencias de los Gobiernos y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos para admitir la violencia de género como causa de asilo. La incorporación de las experiencias de las mujeres y, en definitiva, del enfoque de género, ha producido una transformación paulatina en este ámbito, de modo que concretamente en España la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, incluye el género en su artículo 3 como causa de persecución que puede dar lugar a la condición de refugiado.

Sin embargo, la efectiva práctica de esta protección, en segundo lugar, se ve entorpecida por la inexistencia de un consenso en torno a la definición de la lesión que representa la MGF y por su consideración como un aspecto de la privacidad, ligado a la esfera más íntima de las personas. De este modo, y a pesar de los avances, todavía no parece existir una idea clara entre las mujeres africanas sobre el alcance de esta práctica. La lentitud con la que evolucionan las sociedades en las que esta tradición está arraigada impide hablar de una conciencia colectiva sobre la lesividad de la misma: hasta ahora, son más las mujeres que perpetúan la tradición sobre sus hijas, con el objeto de que no sean marginadas socialmente, que las que huyen buscando refugio para escapar de ella. La pobreza, el fuerte patriarcado y el constreñimiento cultural no sólo dificultan el cambio de perspec-

⁵⁶ Adela Asúa, «Criminología y Multiculturalismo...», 100.

⁵⁷ Víctor M. Merino i Sancho, «Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?», Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho 17 (2008): 3-5.

⁵⁸ Cfr. Ana Valero Heredia, «Derecho de asilo y mutilación genital femenina», Cuadernos de Derecho Público, n.º 30 (2007): 79-82; Carmen Miguel Juan, «La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional». Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho 17 (2008): 1-4; Tamar Pitch, Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad (Madrid: Trotta, 2003), 259.

tiva, sino que, en el caso de que éste se produzca, imponen fuertes barreras para escapar de la tradición. Pero también en los países de destino todavía se muestran reticencias para la concesión del asilo. En el caso de España, la actividad de los Tribunales en la persecución penal de la MGF, recurriendo incluso a la jurisdicción universal, contrasta con la irrelevancia de las cifras en las peticiones de asilo⁵⁹, y la tendencia mayoritaria de la Jurisdicción contencioso-administrativo que rechaza la concesión⁶⁰.

En definitiva, a pesar de los avances en este tema, existen algunas contradicciones que arrancan de la inexistencia de un consenso claro en la definición del fenómeno. Las mujeres que nacen en las sociedades en las que la MGF está arraigada, la sufren en primer lugar siendo niñas como víctimas, con una intervención que lesiona su integridad moral y atenta contra su salud e integridad física. Sin embargo, crecen luego en un entorno como mujeres que advierten muy nítidamente que la mutilación garantiza su integración social, y el interiorizado miedo a la exclusión las convierte en partícipes de las mutilaciones practicadas sobre sus propias hijas. Si por alguna razón acceden a una perspectiva diferente que les aporta referencias negativas sobre lo sufrido (o sobre lo que pueden sufrir si la MGF se ha retrasado y se impone solicitada por el futuro marido), la posibilidad de escapar de la misma, al igual que ocurre en otros casos de violencia de género, en los que el agresor es la propia familia y la víctima es alguien sin relevancia, como ocurre a las mujeres, es mínima.

Y esta confusión se traslada a Occidente. Condenamos enérgicamente la práctica, recurrimos a la intervención penal, y en algún momento, cuando hay que meter a la cárcel varios años a la mujer mutilada, por haber mutilado a su hija, apartándola de la misma y dejando a la menor en manos del padre (quien alega que él no sabía nada porque esto es una cosa de mujeres) o bajo la tutela del Estado, entonces nos damos cuenta que, en contra del maniqueísmo y la simplificación que nos alivia, concluimos que no sabemos quiénes son las víctimas y quiénes los verdugos, y que tal vez de este modo cooperamos a la desprotección de las menores.

⁵⁹ United Nations High Commissioner for Refugees. «Mutilations génitales féminines et asile dans l'Union Européenne». New York, 2013. Acceso el 30 de noviembre de 2016.

<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5163edf14>

⁶⁰ Rechazan la concesión del asilo las siguientes resoluciones: Auto del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014; Sentencia de la Audiencia Nacional, de 10 de febrero de 2004; Sentencia la Audiencia Nacional, de 24 de marzo de 2006; Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2008; Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015. Conceden: Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2009; Sentencia de la Audiencia Nacional, de 21 de junio de 2006; Sentencia de la Audiencia Nacional, de 24 de noviembre de 2015.

Tal vez deberíamos empezar por aclararnos. Por definir claramente la MGF como un acto de violencia de género, lo que exige comenzar por conceptualizar la violencia de género en sí misma. Por establecer con nitidez unos estándares en la comprensión de un fenómeno cuya complejidad exige afrontar con rigor y valentía una respuesta estructural que articule medidas de distinto calado (entre las que el Derecho Penal sea realmente la última ratio) y por aceptar de una vez por todas que la violencia de género, y entre ellas la MGF como es una grave consecuencia de una situación de desigualdad entre sexos y de sometimiento de las mujeres a distintos niveles. El empecinamiento en definir el problema sobre la diferenciación entre víctima-verdugo, no contribuye a resolver este reto con la justicia que merece.

¿Caminamos en esta dirección? En mi opinión, no lo suficiente. La política de la Unión Europea al respecto, centrada esencialmente en la atención a las víctimas, puede ser significativa, por sus deficiencias, de la necesidad de definir la violencia de género con la mayor precisión.

IV. Conclusiones: por una política decidida en la Unión Europea contra la violencia de género y la MGF

La violencia de género no se refiere a los actos de violencia de hombres sobre mujeres. Es un fenómeno mucho más complejo en el que la violencia en el ámbito de la pareja es sólo un exponente. La simplificación que reduce el problema a una especie de enfrentamiento entre hombre-mujer es pueril e impide un tratamiento digno de este grave problema. Para alcanzar una comprensión más acertada conviene escapar de una asignación de roles «víctimas-verdugos» que tiene efectos negativos: genera reticencias e impide un entendimiento más profundo del problema. Por ejemplo, en el caso de la MGF es cierto que la práctica se perpetúa de manera directa con la intervención de las propias mujeres: son las mujeres las que se encargan de «gestionar» una intervención sobre los genitales femeninos. Por ello, se habla de «cosas de mujeres». Sin embargo, a nadie se le escapa, gracias especialmente a las mujeres africanas que se han revelado contra ella, que la perpetuación se deriva del sometimiento de la mujer a una creencia sobre su propia sexualidad, impuesta por valores patriarcales que exigen la virginidad en las mujeres antes del matrimonio. La «posesión sexual» que los hombres esperan sólo es válida si resulta ser exclusiva. Esta comprensión, como vimos, no está tan sólo detrás de la MGF, sino de otras tradiciones de sometimiento en culturas diversas.

Por ello, en el tratamiento de la violencia de género debería ser esencial en todo caso acometer su definición, y afrontarlo como un problema de toda la sociedad, que exige cambios estructurales, sin que la mera atención a las

víctimas baste para hacerle frente. En el ámbito de la MGF nos acaba confundiendo el hecho de que las víctimas coincidan con los responsables de la agresión. En el contexto general de la violencia de género, la respuesta sobre víctimas concretas, de agresiones denunciadas y perseguidas, contribuye a tranquilizar la conciencia social al centrar el problema en individuos concretos, pero será siempre una solución sólo a medias hasta que no comprendamos que las raíces de este fenómeno se hallan en la propia conformación social de carácter patriarcal.

No cabe duda de que en la Unión Europea existe una fuerte conciencia en torno a la violencia de género⁶¹, que se traduce en un considerable número de medidas de carácter jurídico⁶² y político, con el desarrollo de diversos programas dirigidos a la atención de las víctimas. Sin embargo, como destaca Magdalena Martín⁶³, aunque el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales proclaman el respeto de la dignidad humana, la no discriminación activa y la igualdad entre hombres y mujeres, no se ha establecido un título competencial que permita a la Unión Europea legislar en esta materia. Esto ha contribuido a la falta de una definición propia de violencia de género y de una legislación específica⁶⁴, a una importante dispersión normativa y a una deficiente armonización legislativa y político criminal entre los países miembros⁶⁵.

En este contexto, la Unión Europea ha centrado su esfuerzo en la Orden Europea de Protección, instrumento de cooperación judicial que permite extender las medidas de protección sobre las víctimas con independencia del país de la UE en el que éstas se encuentren. Sin menoscabar las consecuencias positivas en la atención a las víctimas, la implementación de la Orden

⁶¹ En este sentido, María Morgade Cortés, «La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de la violencia de género». Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos n.º 3 (2014): 80-81.

⁶² La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección) y el Reglamento (UE) núm. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013.

⁶³ Sobre esta cuestión, Magdalena Martín Martínez, «Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa», Revista de Derecho Comunitario Europeo n.º 39 (2011): 409-412.

⁶⁴ Incide en estos aspectos, Morgade Cortés, «La Orden Europea de Protección...»: 81-82.

⁶⁵ Véase sobre esta cuestión, Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF), 2015, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España. Disponible en:

<http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/introProtocoloComun2015.htm>.

Europea de Protección (OEP) dejar ver diversas fallas en el sistema. La primera tiene que ver con las distintas cláusulas que contiene, que permiten en la práctica una importante fragmentación en la cooperación penal⁶⁶. En segundo lugar, la OEP no busca la armonización entre los diversos Estados y su aplicación depende de decisiones judiciales previas por lo que protección se ve finalmente debilitada⁶⁷. Pero, especialmente, las consecuencias más indeseables han sido la renuncia a la implementación de unos estándares normativos y a la delimitación de una estrategia integral en la lucha contra la violencia de género⁶⁸. Una estrategia que atienda a los problemas sociales estructurales y que advierta en primer lugar de la necesidad de sensibilización a través del análisis, la reflexión, la formación, la educación, las políticas de integración y prevención, para lo cual es esencial visualizar el fenómeno en sí: definirlo con claridad.

Todas estas observaciones deben ser traídas al estudio y tratamiento de la MGF, teniendo en cuenta que además en esta última cuestión es preciso añadir las políticas de integración social de la migración. Este trabajo no puede ser escamoteado a través de respuestas parciales y ni mucho menos por reacciones sexistas y de resistencia al reconocimiento de la igualdad de derechos de las mujeres.

V. Bibliografía

- Adam Muñoz, María Dolores. La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Córdoba: Universidad de Córdoba, 2004.
- Asua Batarrita, Adela. «Criminología y multiculturalismo. Medidas internacionales y propuestas de tratamiento jurídico para la erradicación de la mutilación genital femenina». *Eguzkilore*, n.º 18 (2004): 83-101.
- Cueto Moreno, Cristina. «La Orden Europea de Protección. Su transposición en el Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.º 21 (2014): 221-260.
- Female genital mutilation in the European Union and Croatia. European Institute for Gender Equality, 2013. <http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/eige-report-fgm-in-the-eu-and-croatia.pdf>

⁶⁶ Y así lo destaca Martín Martínez, «Protección a las víctimas...», 436-437.

⁶⁷ En este sentido Morgade Cortés, «La Orden Europea de Protección...»: 101; Cristina Cueto Moreno, «La Orden Europea de Protección. Su transposición en el Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.º 21 (2014): 226-228.

⁶⁸ De esta opinión, Magaly Thill, «States'duty to prevent and eliminate violence against women in the European Union», *Revista Universitaria Europea* n.º 21 (2014): 66-61.

- Fusaschi, Michela. «Modifications génitales féminines en Europe: raison humanitaire et universalismes ethnocentriques», *Synergies Italie*, n.º 10 (2014): pp. 95- 107.
- Grande-Gascón, María Luisa; Ruiz-Seisedos, Susana; Hernández-Padilla, María. «El abordaje social y político de la mutilación genital femenina». *Portularia*, Vol. XIII, n.º 1 (2013): 11-18.
- Herrera Moreno, Myriam. «Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre la mutilación genital femenina». *Lex Nova*, n.º 5 (2002): 49-84.
- Ismail, Asha, entrevista por María Gascón, publicada en «Página abierta» 236, enero-febrero de 2015, disponible en <http://www.pensamientocritico.org/ashism0215.htm>.
- Jiménez García, Francisco. «La mutilación genital femenina (MGF) y el principio de extraterritorialidad. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional 9/2013 de 4 de abril de 2013». *Revista española de Derecho Internacional*, vol. LXV, núm.2 (2013): 349-356.
- Johnsdotter, Sara. «The FGM Legislation Implemented: Experiences from Sweden», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 17 (2008): 1-12.
- Kaplan Marcusán, Adriana y Martínez Bueno, Cristina (coords.). «Mutilación genital femenina: prevención y atención. Guía para profesionales», *Associació Catalana de Llevadoras*, Barcelona, 2004, http://www.aen.es/docs/guias_vg/guia_mutilacion_genital.pdf.
- Kaplan, Adriana; Torán, Pere; Bermúdez, Kira y Castany, María José. «Las mutilaciones genitales femeninas en España: posibilidades de prevención desde los ámbitos de la atención primaria de salud, la educación y los servicios sociales». *Revista Migraciones*, n.º 19 (2006): 189-217.
- La Barbera, María Caterina. «Mujeres, migración y Derecho penal: el trato jurídico de la mutilación genital femenina». *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, n.º 4, 1 (2010): 34-67.
- Leye, Els y Deblonde, Jessika «A comparative analysis of the different legal approaches towards female genital mutilation in the 15 EU Member States, and the respective judicial outcomes in Belgium, France, Spain, Sweden and the UK». *ICRH Publications*, n.º 8 (2004): 1-76.
- Lucas, Bénédicte. «Aproximación antropológica a la práctica de la ablación o mutilación genital femenina». *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho* 17 (2008): 1-13.
- Martín Martínez, Magdalena. «Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 39 (2011): 407-442.
- Merchal Escalona, Nuria. «Mutilación genital femenina y violencia de género». En *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, ed. por Francisco Javier García Castaño y Nina Kressova, 2179-2190. Granada: Instituto de Migraciones, 2011.
- Merino i Sancho, Víctor M. «Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?». *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho* 17 (2008): 1-10.

- Miguel Juan, Carmen. «La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional». *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, 17 (2008): 1-15.
- Morgade Cortés, María. «La Orden Europea de Protección como instrumento tutitvo de las víctimas de la violencia de género». *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n.º 3 (2014): 79-112.
- Organización Mundial para la Salud. «Mutilación genital femenina. Nota descriptiva», febrero, 2016. Entrada el 30 de noviembre de 2016, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>
- Ortega Sánchez, Isabel. «Narrativas periodísticas en torno a la ablación / mutilación genital femenina». En I Congreso Internacional de Comunicación y Género, editado por Juan Carlos Suárez Villegas, Irene H. Liberia Vayá, Belén Zurbano Berenguer, 1888-1904. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2012.
- Pastor, Daniel R. El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Barcelona: Atelier, 2006.
- Pitch, Tamar. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003.
- Protocolo común para la actuación sanitaria ante la Mutilación Genital Femenina (MGF), 2015, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España. Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/introProtocoloComun2015.htm>.
- Rahman, Anika y Nahid Toubia. Female Genital Mutilation. A Practical Guide to Worldwide Laws and Policies. Londres: Zed Books, 2000.
- Roper Carrasco, Julia. «El Derecho Penal ante la Mutilación genital femenina». *La Ley*, n.º 6 (2001): 1393-1410.
- Roper Carrasco, Julia. «La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación sexual», en Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 4, editado por Juan Soroeta Licerias, 353-385. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2003.
- Salamanca de Dueñas, Rocío. «Dossier II: Mutilación genital femenina: análisis criminológico y tratamiento jurídico penal». *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, n.º 26 (2014): 22-30.
- Sanz Mulas, Nieves. «Diversidad cultural y política criminal: estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español)». *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, 16-11 (2014) 11:1-11:49.
<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf>.
- Serrano Maíllo, Alfonso. «El secuestro de la mutilación genital femenina: devolviendo la voz a sus protagonistas». Reseña de Beyond the dances. Voices of women on female genital mutilation, de V. Barungi y H. Twongyeirwe (Eds.). Kampala: FEMRITE, 2009, en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 7, 2010.
- Serrano Tárraga, María Dolores. «Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina», *Revista de Derecho Uned*, n.º 11 (2012): 867-888.

- Serrano Tárraga, María Dolores. «Diversidad cultural y ordenamiento jurídico penal: el delito de mutilación genital femenina en el Código Penal español», en *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, ed. por María Teresa Regueiro García, Valencia, 2014.
- SPF Santé publie, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement et GAMS Belgique. «Mutilations Génitales Féminines: Guide à l'usage des professions concernées». Bruxelles (2011). Disponible en: <http://www.endfgm.eu/resources/tools-and-training-resources/mutilations-gnitales-fminines-guide-lusage-des-professions-concernees-2011/>.
- Thill, Magaly. «States'duty to prevent and eliminate violence againts women in the European Union». *Revista Universitaria Europea* n.º 21 (2014): 43-68.
- Torres Fernández, María Elena. «La mutilación genital femenina: un delito culturalmente condicionado». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 17 (2008): 1-21.
- UNICEF. «United Nations Children'Fund, Female Genital Mutilation/Cutting: A global concern», New York, 2016. Acceso el 30 de noviembre de 2016, https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf.
- United Nations High Commissioner for Refugees. «Mutilations génitales féminines et asile dans l'Union Européenne». New York, 2013. Acceso el 30 de noviembre de 2016.
- <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5163edf14>.
- Valero Heredia, Ana. «Derecho de asilo y mutilación genital femenina», *Cuadernos de Derecho Público* n.º 30 (2007): 79-93.
- Vallejo Peña, Carmen. «Mutilación genital femenina: violencia de género con nuevas trabas para su persecución en España». *Revista de Estudios Jurídicos Universidad de Jaén* n.º 14 (2014): 1-21.

Sobre el autor

Julia Roper Carrasco es Profesora Titular de Derecho Penal, en la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Es doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2000). Es autora de tres monografías y de numerosas colaboraciones en libros colectivos, así como de publicaciones en distintas revistas de carácter nacional e internacional. Las principales líneas de investigación sobre las que versan estas publicaciones son: terrorismo, delincuencia organizada, mujeres y menores y Derecho Penal, corrupción, codificación del Derecho Penal, armonización legislativa internacional y cooperación judicial.

Ha participado en distintos proyectos de investigación financiados, con especial interés en la delincuencia organizada y el terrorismo. Entre estos Proyectos, es Investigadora Principal de los siguientes: «La RES 2178

de UN y su transposición a los Derecho Penales Nacionales: propuestas de equilibrio entra la seguridad y los derechos individuales» Ref. DER2016-77838-R, Entidad financiadora Ministerio de Economía y Competitividad (2016-2020); «Blanqueo de capitales y corrupción: acciones e interacciones desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales para su efectiva erradicación», Ref. DER2013-41962-R, Entidad Financiadora Ministerio de Economía y Competitividad (2014-2017).

Entre las publicaciones más recientes se encuentran: «Aspectos críticos en la Mutilación Genital Femenina», en KAPLAN / NUÑO, «Guía Multi-sectorial de Formación Académicas sobre Mutilación Genital Femenina», Madrid, 2017, edit. Dykinson, 192 pp.; «Corruption in urban planning in Spain», *Law Study*, 2015, vol. XXVI, pp. 15-24; «El cuestionamiento de la legitimidad de las Cortes Penales Internacionales», en AZEREDO / FERNÁNDEZ, «Jurisdições internacionais e evolução da ordem internacional», Universidad Católica Editora, Oporto, 2015, pp. 117-142; «Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014, pp. 225-300; «Los delitos de pornografía infantil y ciber acoso tras las últimas reformas del Código Penal», en JORDÁ/DE PRIEGO, «La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos», Madrid, 2014, edit. Reus, pp. 123-157.

About the author

Julia Ropero Carrasco is Professor of Criminal Law at the Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, Spain. She holds a doctorate in law from the Universidad Complutense de Madrid (2000). She is the author of three monographs and numerous collaborations in collective books, as well as publications in different magazines of national and international character. The main lines of research on these publications are: terrorism, organized crime, women and children and criminal law, corruption, codification of criminal law, international legislative harmonization and judicial cooperation.

He has participated in different funded research projects, with special interest in organized crime and terrorism. Among these Projects, she is Principal Investigator of the following: «UN RES 2178 and its transposition to National Criminal Laws: proposals for balance between security and individual rights» Ref. DER2016-77838-R, Funding Entity Ministry of Economy And Competitiveness (2016-2020); «Money Laundering and Corruption: Actions and Interactions from International Law and National Systems for Effective Eradication», Ref. DER2013-41962-R, Financing Entity Ministry of Economy and Competitiveness (2014-2017).

Among the most recent publications are: «Critical Aspects in Female Genital Mutilation», in KAPLAN / NUÑO, «Multisectoral Guide to Academic Training on Female Genital Mutilation», Madrid, 2017, edit. Dykinson, 192 pp. ; «Corruption in urban planning in Spain», *Law Study*, 2015, vol. XXVI, pp. 15-24; «The questioning of the legitimacy of the International Criminal Courts», in AZEREDO / FERNÁNDEZ, «International Jurisdictions and Evolution of the International Order», Universidad Católica Editora, Oporto, 2015, pp. 117-142; «Criminal reforms and criminal policy in the protection of the sexual indemnity of the minors», *Criminal and Criminological Studies*, vol. 34, 2014, pp. 225-300; «The crimes of child pornography and cyber harassment following the latest reforms of the Criminal Code.» in JORDÁ / DE PRIEGO, «The protection and security of the person on the Internet. Social and legal aspects», Madrid, 2014, edit. Reus, pp. 123-157.

**Contribuciones de la Unión Europea a los desafíos
que representa la protección del medio ambiente:
La diplomacia europea en materia
de lucha contra el cambio climático*¹**

*Contributions of the European Union to Environmental Protection
Challenges: The European Diplomacy Towards Climate Change*

Justo Corti Varela
Profesor Adjunto de Derecho Internacional y Europeo
Instituto de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
jlcorti@ceu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp167-192>

Sumario: I. Introducción.—II. Las razones internas. 1. ¿Por qué los Estados Unidos cedieron a la UE el liderazgo en materia de cambio climático? 2. La diplomacia interna de la UE y el problema de la competitividad.—III. La evolución del liderazgo europeo. 1. De la Convención sobre el Cambio Climático al Protocolo de Kioto. 2. El fracaso de Copenhague. 3. El renacer de la UE como «líder-mediador»: de Durban a París.—IV. El liderazgo europeo más allá de las instituciones de la UE: El rol jugado por la presidencia francesa en los acuerdos de París.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

Resumen: En la literatura sobre cambio climático existe un consenso en que la UE (Unión Europea) ha sido la gran impulsora de acuerdos, tanto por su rol activo en las negociaciones como su labor en el diseño de un modelo de economía sostenible. Sin embargo, no ha sido hasta el «fracaso» de Copenhague en que se haya estudiado con más profundidad el mecanismo de actuación de la diplomacia europea en la materia, las estrategias seguidas, las razones de los éxitos y los fracasos. En este trabajo analizaremos, en primer lugar, cómo la UE se convirtió en

* Recibido el 12 de enero de 2017 y aceptado el 30 de abril de 2017.

¹ El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación: «Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas Contra la Seguridad Humana» (RASEGUR), Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED). Un agradecimiento especial a los pares ciegos por sus comentarios y sugerencias así como a la Prof. Rosa Giles Carnero por las ideas vertidas en las etapas iniciales de esta investigación.

el líder en materia de acuerdos sobre cambio climático, los necesarios consensos internos a que se tuvo que arribar para tener una postura aceptable para todos y la evolución de las diferentes estrategias seguidas, desde los éxitos de Kioto (1997) y Paris (2015), pasando por el fracaso de Copenhague (2009) y el cambio iniciado en Durban (2011).

Palabras clave: diplomacia europea – cambio climático – «líder/mediador» – Acuerdo de Paris

Abstract: *In the literature on climate change there is an extended consensus about the EU (European Union) leadership in the agreement making, including its active role in negotiation and its contributions in the design of a model of sustainable economy. However, it was not until the failure of Copenhagen when scholars studied more in detail how the European diplomacy acts in practice, the different strategies followed and the reasons for success and breakdown. In this article we will analyze, firstly, how the EU has built its leadership in the promotion of climate change agreements, the necessary internal consensus that it had to achieve in order to present a common position and the evolution of different strategies, from the success of Kyoto (1997) and Paris (2015), to the failure of Copenhagen (2009) and the big change initiated in Durban (2011).*

Keywords: *European diplomacy – climate change – «leadior» – Paris agreement*

I. Introducción

Si bien hoy en día nadie discute que la UE tiene un rol destacado en la promoción y firma de acuerdos internacionales tendientes a la protección del medio ambiente, y que en dichos foros se enfrenta a visiones diferentes defendidas por otros socios como Estados Unidos o más recientemente China, esto no siempre fue así. En los años 70 y 80 del siglo pasado el liderazgo en materia lo ostentaba los Estados Unidos y la Comunidad Europea (CE), o los países que en ese momento la formaban y ejercían plenamente las competencias internacionales en la materia, tenían una posición más bien pasiva, de acompañamiento al liderazgo americano.²

² R. Daniel Kelemen y Tim Knievel, «The United States, the European Union, and international environmental law: the domestic dimensions of green diplomacy!», *International Journal of Constitutional Law* 13, n.º 4 (2015): 946. Para una evolución histórica sobre el liderazgo europeo en la materia ver Rüdiger K.W. Wurzel, Duncan Liefferink y James Connelly «Introduction. European Union climate leadership» en *The European Union in International Climate Change Politics: Still Taking a Lead?*, ed. por Rüdiger K.W. Wurzel, James Connelly y Duncan Liefferink (Abingdon: Routledge, 2017): 1-17.

A partir de 1990 estos roles se intercambiaron³ pero a diferencia del período anterior en la nueva etapa los Estados Unidos no solo no lideraron la promoción ni la firma de acuerdos medioambientales sino que en muchos casos boicotearon las iniciativas europeas. En algunos supuestos simplemente no ratificaron los acuerdos⁴, en otros rechazaron su firma⁵ e incluso en algunos, como ocurrió en Copenhague, hicieron todo lo posible para decretar su fracaso⁶. Resulta interesante estudiar las causas de este cambio, como haremos en el apartado II de este artículo, ya que, en primer lugar, la UE puede llegar a sufrir un proceso similar si llegasen a repetirse esta vez en territorio europeo las condiciones internas que generaron la desafección americana al cambio climático y; en segundo término y tal como enseña la experiencia del Protocolo de Kioto, porque la UE está condenada a entenderse con su socio trasatlántico (y también con China) si quiere influir realmente en la agenda medioambiental global. Uno de los puntos de contacto es, especialmente, el problema de la pérdida de competitividad que genera una agenda que no incluya a todos los actores principales del cambio climático. El llamado «carbon leakage» ha sido esencial en el proceso de consenso interno europeo y, seguramente, pasará a ser muy importante en las negociaciones post-París ya que al ser un esquema flexible cada Estado intentará concentrar su margen de maniobra en aquellas actividades más vulnerables desde el punto de vista del comercio internacional.

El apartado III estudia la evolución histórica del liderazgo europeo en las negociaciones climáticas. Desmitificando algunos elementos del relato europeo, esencial en los noventa para justificar la creación de una política

³ R. Daniel Kelemen y David Vogel, «Trading places: the role of the United States and the European Union in international environmental politics», *Comparative Political Studies* 43, n.º 4 (2010): 427-456.

⁴ Los Estados Unidos no ratificaron la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992), la Convención de Helsinki sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (1992), el Protocolo de Kyoto (1997), el Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (1998), el Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes (2001) o el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (2001).

⁵ Por ejemplo la Convención sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (1998) o el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (2000).

⁶ Es conocida la anécdota de que el tibio acuerdo final alcanzado en Copenhague se tomó en un momento en que el negociador europeo no estaba presente en la mesa. Charles F. Parker, Christer Karlsson y Mattias Hjerpe «Assessing the European Union's global climate change leadership: from Copenhagen to the Paris Agreement» *Journal of European Integration* 39, n.º 2 (2017): 239-252, DOI: 10.1080/07036337.2016.1275608.

exterior y paliar, en parte, los fracasos sonoros de la guerra de Yugoslavia y de Irak, analizamos la actuación de la UE primero en Kioto y luego en Copenhague. Si bien la estrategia fue parecida, montada sobre la idea de un liderazgo duro con muy poca negociación, las circunstancias históricas llevaron al primero a ser un éxito relativo (teniendo en cuenta el número real de Estados vinculados) y al segundo un fracaso rotundo. El gran cambio hacia un liderazgo «mediador» llegará con Durban y recogerá sus frutos en París. La pregunta que nos hacemos, y trataremos de responder en las conclusiones, es hasta qué punto París no ha sido también, como Kioto, un producto de las circunstancias y si la nueva administración americana cumple sus promesas de desandar lo acordado por el presidente Obama no nos encontraremos nuevamente ante un escenario de desequilibrio en las obligaciones?

Finalmente, en el apartado IV, se analizará el papel jugado por la presidencia francesa en los acuerdos de París, en clave de liderazgo europeo general, no necesariamente de la UE. Teniendo en cuenta que la acción exterior de la UE es una política compleja, donde los Estados miembros tienen un rol crucial, se analizará hasta qué punto la actuación de un Estado en particular, en este caso Francia, puede ser considerado un complemento a la acción de la UE y, en su conjunto, parte de su estrategia de liderazgo en el ámbito del cambio climático.

II. Las razones internas

Todo liderazgo internacional se construye previamente en el fuero interno. Si no existe un consenso interno fuerte es muy difícil desarrollar una política exterior coherente. El liderazgo europeo en materia de cambio climático no es la excepción. Pero en este caso, dado lo reciente de las competencias exteriores europeas, cuando la UE apostó de lleno por dicho liderazgo debió compartir el mérito no sólo en las virtudes internas sino también en el retroceso voluntario que realizó el entonces líder (Estados Unidos). Por lo tanto, no estamos, en realidad, ante un enfrentamiento de liderazgos como el ocurrido en la guerra fría sino más bien al abandono voluntario de uno y la ocupación de ese espacio por otro. Comprender las razones internas de ambos cambios nos ayudan a entender no sólo los reflejos que luego tuvieron en la esfera internacional, sino también nos pueden dar pistas de los movimientos futuros de cada uno, incluidos los problemas a que se puede enfrentar la UE en el supuesto de que se den condiciones parecidas a las vividas en los Estados Unidos en el momento del intercambio de roles.

1. ¿Por qué los Estados Unidos cedieron a la UE el liderazgo en materia de cambio climático?

Como explica con detalle Pamela Chasek, la principal causa del desinterés americano por los acuerdos medioambientales a partir de 1990 es, en realidad, fruto de una aversión hacia el multilateralismo en general y, en particular, a aquel vinculado con la protección de los derechos sociales y económicos⁷. Probablemente la industria americana fue la primera que comprendió que la lucha contra el cambio climático era en realidad una guerra económica y ellos no estaban dispuestos a comprometerse a nada que pudiese alterar su modelo de producción.

Sin embargo, si abandonamos un poco los estereotipos e intentamos ahondar en los focos de resistencia dentro del entramado institucional americano resulta interesante ver que el retroceso americano no siempre formó parte de la estrategia general de la Secretaría de Estado (diplomacia central) sino más bien fue consecuencia de una oposición contundente del Senado, órgano legislativo encargado de ratificar los tratados internacionales. En esta institución, donde están representados los intereses de los Estados frente al poder central de la presidencia, es particularmente renuente a ceder competencias sea a una organización internacional sea a una agencia federal. Además, es una institución particularmente conservadora ya que en ella tienen igual peso todos los Estados sin importar su población o economía, con un aclara sobre-representación de miembros del centro-oeste, interior y rural. Por ejemplo, el Senado, bajo el control del partido republicano, rechazó ratificar la Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes a pesar que los contaminantes prohibidos por dicho acuerdo ya eran ilegales en los Estados Unidos desde hacía décadas ¿Por qué el rechazo entonces? Porque la convención podía ampliar en el futuro el número de prohibiciones y, de ser así, la autoridad nacional de ejecución (la *Environmental Protection Agency*) acrecentaría indirectamente sus competencias⁸.

En esta lucha interna y externa por mantener las competencias la fijación de los propios estándares parece ser un factor importante. Los Estados Unidos y la UE son los únicos dos actores con capacidad de imponer sus modelos a nivel internacional⁹. Sin embargo, la creación de los estándares propios

⁷ Pamela Chasek «US policy in the UN environmental arena: powerful laggard or constructive leader?», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 7, n.º 4 (2007): 363-387.

⁸ Kelemen y Knievel (2015): 952.

⁹ Para ver las razones de esta afirmación ver Norman J. Vig y Michael Gebert Faure (eds.) *Green Giants? Environmental Policies of the United States and the European Union* (Cambridge: MIT Press, 2004), esp. la introducción de los editores.

es un proceso interno que se desarrolla según parámetros locales. A partir de los años ochenta el movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos comenzó a perder fuerza y, en particular, dejó de centrarse en las causas vinculadas con el medioambiente. Por el contrario en dicha misma época los partidos verdes europeos comenzaron a consolidarse¹⁰ y a imponer su agenda. Esto explica en cierto modo por qué la legislación medioambiental americana dejó de evolucionar y la europea pasó a ocupar la delantera. La cuestión no es baladí ya que cuanto más estrictos sean los estándares internos, más cohesión habrá para tratar de reflejar esos mismos estándares a nivel internacional, promoviendo o apoyando acuerdos que los incluyan. Esto es así por tres razones, en primer lugar por simple coherencia; en segundo término, para evitar perder competitividad (tal como analizaremos en el siguiente punto); y en tercer lugar, para promover la propia industria medioambiental que creció al calor de la normativa interna y que al ver extender el marco normativo que hizo posible su modelo de negocio a otros países puede encontrar oportunidades de expansión hacia el extranjero¹¹.

El freno de la normativa medioambiental americana, que en definitiva hará perder su liderazgo internacional, responde a razones ideológicas más que económicas. Este argumento es difícil de explicar ya que la concienciación ecologista no es necesariamente un elemento ideológico. Al menos así se entiende en Europa. De hecho, es normal que en los países como más tradición en la protección del medioambiente tanto partidos de derecha como de izquierda apoyen las medidas de protección. Sin embargo en los Estados Unidos, en especial a partir de la administración Reagan¹², el partido republicano vinculó la protección del medioambiente en general y la del cambio climático en particular a un atentado contra la propiedad. El inicio del cambio fue el informe especial *The Specter of Environmentalism* (1982) redactado por la *House Republican Study Committee* que califica a los ambientalistas de «extremistas», una mezcla de liberales, revolucionarios y «contraculturales» que quieren contaminar los fundamentos sociales y políticos del país con una nueva ideología¹³. El discurso se mantuvo en

¹⁰ Sobre el desarrollo del movimiento ambientalista en Europa y su transformación en partidos políticos ver Yves Frémion: *Histoire de la révolution écologiste* (Paris: Hoëbeke, 2007), esp. capítulo 6.

¹¹ Para un estudio de estas causas ver David Vogel, *The politics of precaution: regulating health, safety, and environmental risks in Europe and the United States* (Princeton: Princeton University Press, 2012): 235-248.

¹² Antes no era así. Por ejemplo la *Clean Air Act*, pionera en la protección de la calidad del aire, fue promovida por el Presidente Nixon a inicios de los años 70.

¹³ Para un comentario de este informe y sus repercusiones en el conservadurismo americano ver: James Morton Turner, «*The Specter of Environmentalism: Wilderness, Environmental Politics, and the Evolution of the New Right*», *The Journal of American History* 96, n.º 1 (2009): 123-148.

varios grupos de presión, como por ejemplo el *Competitive Enterprise Institute* que continuaron alimentando esta visión y pusieron en duda las pruebas científicas sobre el cambio climático¹⁴. El senador Malcom Wallop, del partido republicano, sintetizó este sentimiento al hablar de su rechazo a la Convención sobre la Diversidad Biológica:

«*The administration has fought to subordinate private property rights to the newly proclaimed rights of various plant and animal species... The biodiversity treaty, as written, would give the Clinton administration even greater authority to accomplish suspect environmental goals.*»¹⁵

Inclusive durante las presidencias demócratas de Clinton y Obama no se lograron grandes avances por el bloqueo republicano sea en el Congreso o en el Senado. Por ejemplo la *American Clean Energy and Security Act* (2009), que incluía un sistema de comercio de emisiones, no llegó a aprobarse por falta de acuerdo en la asignación de los derechos de emisión. En la reciente campaña presidencial lejos de cambiar la posición republicana, y finalmente vencedora, no hizo más que reforzarse. En las primarias del partido republicano todos los candidatos se manifestaron contrarios a adoptar medidas para revertir el cambio climático, llegando incluso varios a seguir negando su existencia¹⁶. La recientes declaraciones del presidente electo Donald Trump de revisar el presupuesto de la NASA destinado a la investigación sobre cambio climático por considerarlo «ciencia politizada»¹⁷, la posible salida de los acuerdos de París y la nominación dentro de su gabinete, de Rex Tillerson¹⁸ para el Departamento de Estado, Scott

¹⁴ Para un análisis en detalle de la actuación de ese grupo de presión junto a otros ver Naomi Oreskes y Erik M. Conway, *Merchants of doubt: How a handful of scientists obscured the truth on issues from tobacco smoke to global warming* (Nueva York: Bloomsbury Publishing, 2011): 169-215 .

¹⁵ 140 Congress Records (30 septiembre 1994), acceso 30 de diciembre 2016, www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-1994-09-30/html/CREC-1994-09-30-pt1-PgS22.htm.

¹⁶ Republican Views, «Republican Views on Global Warming», post publicado el 5 de marzo de 2016, acceso 30 de diciembre 2016, <http://www.republicanviews.org/republican-views-on-global-warming-2/>.

¹⁷ The Guardian «Trump to scrap Nasa climate research in crackdown on “politicized science”» 22 de noviembre 2016, acceso 30 de diciembre 2016, <https://www.theguardian.com/environment/2016/nov/22/nasa-earth-donald-trump-eliminate-climate-change-research>.

¹⁸ Tillerson, de Exxon Mobil, una compañía cuya posición oficial durante años ha sido la de negar la existencia del cambio climático. Se le atribuye la frase de que el cambio climático no es una cuestión realmente importante y, de existir, «ya nos adaptaremos a él». The Guardian «Climate change fears overblown, says ExxonMobil», 28 de junio de 2012, acceso 30 de diciembre 2016, <https://www.theguardian.com/environment/2012/jun/28/exxonmobil-climate-change-rex-tillerson>.

Pruitt¹⁹ para la *Environmental Protection Agency* o Rick Perry²⁰ para el Departamento de Energía, seguramente dejará libre el camino al liderazgo europeo en la materia.

2. La diplomacia interna de la UE y el problema de la competitividad

Que la UE haya logrado mantener una política exterior en materia climática coherente a lo largo de los años no responde sólo al desinterés americano sino que engloba méritos propios. La política europea en materia climática viene precedida de un ejercicio de diplomacia interna para poner de acuerdo a 28 Estados que no tienen necesariamente la misma visión del problema, algo que no ha sido posible en otras esferas de la política exterior²¹.

Probablemente uno de los mayores logros de la política climática europea fue unirla a la política energética. Esto tiene claras ventajas en términos de coherencia pero presenta el problema competencial de que la política energética en general, y la construcción del mix energético en particular, están todavía muy poco comunitarizadas. Por ello no es extraño que existan diferentes visiones internas de cómo hacer frente al cambio climático cuando las medidas inciden en las fuentes de producción energética.

Hay por lo menos dos grandes visiones, la del grupo Visegrad, liderado por Polonia²², y la del grupo Crecimiento Verde (Green Growth) liderado especialmente por Alemania, Dinamarca y Francia²³. Dentro de este último,

¹⁹ Pruitt es abogado general de Oklahoma y como tal ha encabezado varios pleitos contra la EPA para no aplicar en su Estado las regulaciones de dicha agencia para limitar las emisiones de las plantas generadoras de electricidad. Kate Sheppard «Donald Trump Picks Fossil Fuel-Friendly Oklahoma Attorney General To Head EPA» *The Huffington Post*, 12 julio 2016, acceso 30 de diciembre 2016, http://www.huffingtonpost.com/entry/trump-pruitt-environmental-protection-agency_us_584856f1e4b0b9feb0dab14f

²⁰ Perry, antiguo gobernador de Texas, dijo que el cambio climático es «una teoría que aun no ha sido demostrada» y que los científicos que lo estudian «manipulan los datos para mantener la financiación». Kate Sheppard «It's hard to overstate how anti-environment Donald Trump's Cabinet Picks Are» *The Huffington Post*, 13 diciembre 2016, acceso 30 de diciembre 2016, http://www.huffingtonpost.com/entry/trump-administration-anti-environment_us_58507c5ae4b0ee009eb44512.

²¹ Lisanne Groen y Arne Niemann, «The European Union at the Copenhagen Climate Negotiations: A Case of Contested EU Actorness and Effectiveness» *International Relations* 27, n.º 3 (2013): 308-324.

²² Participan en él, además de Polonia, otros países del centro y este de Europa como Bulgaria, República Checa, Hungría, Rumania y Eslovaquia.

²³ España forma parte de este grupo y en él intervienen también Bélgica, Estonia, Finlandia, Italia, Holanda, Portugal, Eslovenia, Suecia y, con sus particularidades, Reino Unido.

sin embargo, hay diferencias importantes en cuando a la transición energética. Alemania, por ejemplo, prefiere pasar directamente a las renovables mientras que Reino Unido, al menos antes del Brexit, opinaba que la energía nuclear y el gas eran pasos intermedios insalvables.

Las diferentes visiones coinciden, no obstante, en un tema esencial con claras repercusiones internacionales: cómo evitar que la política climática europea socave la competitividad internacional de nuestra economía.

Uno de los principales temores del sistema de derechos de emisión que se instauró en el Protocolo de Kioto fue que, debido a que muchos de los socios comerciales de la UE no eran parte del sistema, el progresivo aumento de los derechos incentivarían la deslocalización de las industrias más intensivas en el uso de energía²⁴.

Si bien el «carbon leakage» ha sido objeto de estudio en diferentes trabajos²⁵, todavía no ha sido posible demostrar una clara relación causa-efecto²⁶ ya que el fenómeno de la deslocalización depende de diversos factores como la incidencia de los derechos de emisión en la estructura de costes o la capacidad que tiene el sector para trasladar dichos costes a otros sectores o a los propios consumidores. Este último elemento puede ser determinante y, en él, la estructura del mercado y en especial el adecuado funcionamiento de las reglas de la competencia²⁷. La Comisión Europea ha visto riesgos en algunos sectores de alta intensidad energética (cemento, aluminio, acero, papel) aunque en dicho estudio no se considera la estructura del mercado ni la repercusión de los costes a los consumidores, con lo que los riesgos reales parecen ser bastante más reducidos.²⁸

Para curarse en salud, y garantizar la necesaria cohesión interna de cara a las negociaciones de Copenhague, en 2009 la Comisión Europea decidió aumentar la asignación de derechos de emisión a todas las industrias con

²⁴ Madison Condon y Ada Ignaciuk «Border Carbon Adjustment and International Trade: A Literature Review» *OECD Trade and Environment Working Papers*, n.º 6 (2013).

²⁵ Para un resumen de la literatura ver Andrei Marcu, et al. «Carbon Leakage: An overview» *CEPS Special Report* (2013), acceso 30 de diciembre 2016, www.ceps.be/book/carbon-leakage-overview.

²⁶ Ralf Martin, Laure de Preux y Ulrich Wagner «The impacts of a carbon tax on manufacturing: Evidence from microdata» *Journal of Public Economics* 117, n.º 1 (2014): 1-14.

²⁷ Justo Corti Varela «EU Emission Trading System, competitiveness and taxes on the energy sector» en *State Aids, Taxation and the Energy Sector*, ed. por Marta Villar Ezcurra (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2017), 323-336.

²⁸ Sander de Bruyn, Dagmar Nelissen y Marnix Koopman «Carbon leakage and the future of the EU ETS market. Impact of recent development in the EU ETS on the list of sectors deemed to be exposed to carbon leakage» *CE Delft* n.º 13.7917.18 (abril 2013).

cierto riesgo de «carbon leakage», es decir a aquellas intensivas en el uso de carbono o con alta exposición al comercio externo, garantizándoles una cobertura del 100% de sus costes de emisión²⁹.

Esta decisión, aunque importante en la consolidación del consenso interno, fue muy criticada tanto por los defensores de una política de cambio climático más coherente. No hay evidencia empírica que las excepciones generalizadas como la utilizada por la UE en 2009 puedan realmente reducir los riesgos de deslocalización³⁰. Además, su carácter generalizado y sectorial (cubría aproximadamente un 25% de todas las industrias incluidas en el sistema de derechos de emisión) era injusto e ineficiente ya que dentro de cada sector podía haber industrias realmente vulnerables junto con otras con capacidad para absorber el sobrecoste o invertir para innovar y reducir las emisiones mediante tecnologías más verdes.

En definitiva, como en toda negociación la diplomacia climática interna ha tenido que realizar ciertas concesiones para poder alcanzar una voz única a nivel internacional. En la materia que estamos estudiando ésta ha estado ligada a la asignación de los derechos de emisión para las actividades con riesgo de pérdida de competitividad. Si bien las reformas introducidas a partir de 2014 intentan evitar las asignaciones de derechos sin coste alguno, lo cierto es que probablemente se mantengan algunas excepciones especialmente para las industrias intensivas en uso de energía.

El problema de la competitividad puede resurgir con fuerza si los acuerdos de París finalmente no conducen a planes nacionales compatibles. Es muy probable que los Estados intenten usar la flexibilidad del nuevo marco de París para proteger bien a su industria exportadora, bien para impedir la deslocalización de su producción para consumo local. De ser así no sería de extrañar que se creen nuevas excepciones en el esquema europeo y así, aunque con diferentes formas, en parte se haga propio algunos argumentos del discurso americano que acepta tomar medidas contra el cambio climático en la medida que no afecte el núcleo duro de su industria. De hecho los partidos euroescépticos tienen una visión muy fría de la política climática de la UE y de ganar fuerza puede que impon-

²⁹ Decisión de la Comisión 2010/2/UE, de 24 de diciembre de 2009, por la que se determina, de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, una lista de los sectores y subsectores que se consideran expuestos a un riesgo significativo de fuga de carbono [notificada con el número C(2009) 10251] DO L 1 de 5.1.2010, p. 10/18.

³⁰ Ralf Martin, Mirabelle Muuls, Laure B. de Preux y Ulrich J. Wagner «Industry compensation under relocation risk: A firm-level analysis of the EU emissions trading scheme» *The American Economic Review* 104, n.º 8 (2014): 2482-2508.

gan reformas que posicionen a la UE mucho más cerca de Estados Unidos de lo que pareciera a simple vista.

III. La evolución del liderazgo europeo

En la literatura especializada prácticamente no se discute el liderazgo europeo en materia de cambio climático³¹. No es poca cosa, ya que los liderazgos en materia internacional son difíciles de establecer y más aún de mantener. Si bien la historia nos brinda ejemplos de liderazgos morales lo cierto es que normalmente éstos van acompañados de una sólida posición bien esa militar bien sea económica. En lo sustancial la UE cuenta, al menos por el momento, con la ventaja de ser una potencia comercial, aunque en declive. Por ello no es de extrañar que sea dicha tendencia la que marcó la evolución del liderazgo europeo en materia de cambio climático y obligó a mutar de un liderazgo duro a uno más flexible. Lo interesante es que en el camino la diplomacia europea encontró un rol que hasta ahora nunca había ejercido, el de mediador entre las dos superpotencias (China y Estados Unidos) lo que puede deparar unas experiencias muy interesantes para el futuro.

En este apartado hablaremos de «liderazgos» en plural porque, como ha demostrado Charles Parker, Christer Karlsson y Mattias Hjerpe, en materia de cambio climático habría una «fragmentación del liderazgo» ya que no hay ningún actor que supere el 50% de apoyo³². En la actualidad habría más bien tres o cuatro actores principales (tradicionalmente UE, Estados Unidos y China, y más recientemente India) que van variando su influencia según

³¹ Karin Bäckstrand y Ole Elgström «The EU's Role in Climate Change Negotiations: From Leader to "Leadiator"», *Journal of European Public Policy* 20, n.º 10 (2013): 1369-1386. Michael Grubb y Joyeeta Gupta «Climate Change, Leadership and the EU», en *Climante Change and European Leadership*, ed. por Michael Grubb y Joyeeta Gupta (Dordrecht: Kluwer, 2010), 3-14. Andrew Jordan et al. *Climate Change Policy in the European Union; Confronting the Dilemmas of Mitigation and Adaptation?* (Cambridge: Cambridge University press, 2010). Sebastian Oberthür y Claire Roche Kelly «EU Leadership in International Climate Policy: Achievements and Challenges» *The International Spectator* 43, n.º 2 (2008): 35-50. Rüdiger Wurzel y James Connelly «Introduction» en *The European Union as a Leader in International Climate Change Politics*, ed. por Rüdiger Wurzel y James Connelly (Londres: Routledge, 2011): 3-20. Farhana Yamin «The role of the EU in climate negotiations» en *Climante Change and European Leadership*, ed. por Michael Grubb y Joyeeta Gupta (Dordrecht: Kluwer, 2000), 47-66. Joyeeta Gupta y Lasse Ringius «The EU's climate leadership: Reconciling ambition and reality» *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 1/2 (2001): 281-299.

³² Parker, Karlsson y Hjerpe (2017).

sus estrategias y las circunstancias. El liderazgo puede seguir cuatro modos principales: estructural, ideológico, direccional e instrumental³³. La UE ha utilizado los cuatro modos, aunque no siempre al mismo tiempo y con variaciones en su intensidad a lo largo del tiempo.

Finalmente aclarar que el liderazgo europeo es fruto de una aspiración propia³⁴ y no siempre se corresponde con un reconocimiento externo. Según una reciente encuesta más allá del mundo occidental, es decir Europa y Norteamérica, el liderazgo europeo en materia de cambio climático es débil en América Latina y Oceanía, y más bien reducido en África y Asia, lo que nos obligará a matizar ciertas generalizaciones³⁵.

1. *De la Convención sobre el Cambio Climático al Protocolo de Kioto*

En el período que va desde el inicio de las negociaciones de la Convención sobre Cambio Climático en 1991 hasta la firma del protocolo de Kioto (1997) la UE mantuvo un marcado liderazgo direccional. Este incluyó propuestas concretas y muy ambiciosas como la reducción en un 8% las emisiones de CO₂ para los países industrializadas, iniciativa rechazada en la convención y finalmente aprobadas en el Protocolo de Kioto, que se han tratado de imponer a otros países con la esperanza de que éstos siguieran el «ejemplo» europeo. Pese al fracaso relativo de Kioto, en particular a partir de la salida de los Estados Unidos en 2001, la UE mantuvo esta estrategia, profundizando su modelo interno con reducciones más profundas en el Consejo Europeo de marzo de 2007 (reducción del 20%

³³ Charles F. Parker, Christer Karlsson y Mattias Hjerpe « Climate Change Leaders and Followers: Leadership Recognition and Selection in the UNFCCC Negotiations» *International Relations* 29, n.º 4 (2015): 434-454.

³⁴ Por ejemplo, en el Consejo de la UE de 9 de marzo de 2007, cuando se debatía el tratado llamado a suceder al Protocolo de Kioto, la UE se auto asignó el rol de liderar una acción global contra el cambio climático hasta 2020 y más allá. Consejo de la Unión Europea «Conclusiones de la Presidencia», Bruselas, 9 de marzo de 2007. En 2012 el presidente Barroso afirmaba que el mundo necesita que la UE lidere la lucha contra el cambio climático. Comisión Europea «Estado de la Unión – 2012», Ref. SPEECH/12/596 (2012). Más recientemente el Comisario para Cambio Climático y Energía afirmaba que el acuerdo de París fue un gran éxito de la diplomacia europea. Miguel Arias Cañete «How Will the Paris Agreement Impact EU Climate and Energy Policies?» Ref. Speech/16/264 (2016).

³⁵ Según una encuesta realizada por Parker, Karlsson y Hjerpe en París el liderazgo europeo sería percibido como tal por el 17% de los consultados africanos, 22% asiáticos, 69% europeos, 51% norteamericanos, 37% sudamericanos y 38% de Oceanía. Parker, Karlsson y Hjerpe (2017): 245.

respecto a valores de 1990), y ha ido más allá en la estrategia 2030 con un objetivo de bajar incluso un 40% las emisiones respecto a la misma fecha base³⁶.

Este liderazgo ha sido calificado de «direccional», «liderazgo a través del ejemplo», «diplomacia, persuasión y argumentación» y se vincula a la idea de la UE como «civilian power»³⁷. Sin menoscabar las bondades teóricas del modelo lo cierto es que en materia de cambio climático la estrategia ha tenido resultados dispares. Es verdad que ha logrado poner el problema en la agenda internacional, alcanzando una colaboración muy importante con organismos dependientes de Naciones Unidas y la comunidad científica internacional (liderazgo ideológico). Sin embargo, en cuando a la «exportabilidad del modelo» ha tenido poco impacto fuera de las fronteras de la UE. El principio de responsabilidades compartidas pero diferenciadas dejó fuera a los países en desarrollo. Estados Unidos no llegó a ratificar el Protocolo y Canadá lo abandonó en la cumbre de Durban en 2011. Prácticamente sólo Australia, Nueva Zelanda y Japón se unieron al modelo europeo junto con el éxito de la incorporación tardía de Rusia, aunque con efectos dudosos a largo plazo.

Paradójicamente el protocolo de Kioto ha tenido mayores efectos internos que externos. Antes de 1997 la política europea en materia de cambio climático era más bien limitada. Hasta 1993 no hubo un mecanismo para el monitoreo de las emisiones de gases de efecto invernadero. La propuesta de la Comisión para crear un impuesto europeo combinando CO₂ y energía no logró el apoyo necesario en el Consejo. Una propuesta sobre reducción de emisiones fue fuertemente rechazada, en particular, por presiones de los fabricantes de coches. La mayor parte de las reducciones de emisiones durante este período se debieron más bien a políticas nacionales, como el reemplazo del carbón por gas en Reino Unido y Alemania, que a iniciativas propiamente europeas. De hecho en 1994 las emisiones eran aún mayores que en 1990³⁸.

La política en materia de cambio climático no fue realmente europea sino hasta la Directiva 2003/87/CE que posibilitó la creación del Programa Europeo de Derechos de Emisiones. El sistema se fue completando poco a poco con un conjunto de directivas y reglamentos ligados a diferentes aspectos de la política energética y medioambiental con incidencia en

³⁶ Para un análisis del contenido de la política europea en materia de cambio climático desde una perspectiva española ver Rosa Giles Carnero *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).

³⁷ Oberthür y Kelly (2008).

³⁸ *Ibid.*.

la reducción de emisiones³⁹ que, sin embargo, se desarrollaron en pocos años después de la puesta en marcha del Protocolo de Kioto a través de los acuerdos de Marrakech de 2001.

Cabe la duda, por lo tanto, si la UE impulsaba en Kioto más que un modelo una retórica⁴⁰, o un modelo teórico que, una vez aprobado el acuerdo, se convirtió en una profecía autocumplida. Hay autores que afirman que cuando la UE defendió en Kioto la reducción del 15 % «no tenía ni idea de cómo alcanzarlo»⁴¹. Lo que sí queda claro es que el relato se convirtió en realidad y a partir de entonces la UE ha pasado a ser un líder indiscutible en las negociaciones internacionales en materia de cambio climático.

2. *El fracaso de Copenhague*

El protocolo de Kioto expiraba en 2012, y en vistas a renegociar su continuación se convocó una convención en Copenhague en 2009. La UE siguió básicamente la misma estrategia anterior, tratando de imponer un modelo (reducción vinculante de emisiones) ampliando esta vez el número

³⁹ Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad. DO L 283 de 27.10.2001, p. 33/40; Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios. DO L 1 de 4.1.2003, p. 65/71; Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte. DO L 123 de 17.5.2003, p. 42/46; Directiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad con respecto a los mecanismos de proyectos del Protocolo de Kioto. DO L 338 de 13.11.2004, p. 18/23; Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE. DO L 52 de 21.2.2004, p. 50/60; Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE del Consejo. DO L 114 de 27.4.2006, p. 64/85; Reglamento (CE) n.º 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 sobre determinados gases fluorados de efecto invernadero. DO L 161 de 14.6.2006, p. 1/11; y la Directiva 2006/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las emisiones procedentes de sistemas de aire acondicionado en vehículos de motor y por la que se modifica la Directiva 70/156/CEE del Consejo. DO L 161 de 14.6.2006, p. 12/18.

⁴⁰ Yamin (2000).

⁴¹ David G. Victor *The collapse of the Kyoto Protocol and the struggle to slow global warming*. (Princeton: Princeton University Press, 2001): 115.

de países obligados a algunos países emergentes (particularmente China) y, por supuesto, al principal emisor (Estados Unidos).

Si bien la UE contaba como aval una sólida política climática europea (poco antes el Consejo había acordado incluso un objetivo de reducción de emisiones del 85/90% para 2050) erró en el modo persuadir a sus socios (liderazgo instrumental).

Tanto en Copenhague (donde se alcanzó un simple acuerdo político que las partes no ratificaron) como en Cancún (donde se incorporaron estas aspiraciones en la Convención sobre Cambio Climático) no se pudieron dar respuesta a los diferentes intereses en juego ya presentes en su día en Kioto pero que habían estado latentes hasta entonces. Probablemente la UE pecó de paternalista al intentar simplemente imponer «su» modelo⁴² (liderazgo estructural) cuando los principales actores, incluido los emergentes, si bien compartían en parte la visión general de la lucha con el cambio climático no estaban dispuestos a adoptar un esquema que pudiese poner en peligro su crecimiento. La crisis de 2008 había minado las economías y la confianza sobre los modelos de desarrollo y los países emergentes no estaban dispuestos, simplemente, a integrarse a un plan prediseñado. Tampoco la alianza transatlántica fue un punto de apoyo sólido. De hecho más que confrontación hubo desinterés. Las negociaciones en muchos casos corrían a través de una suerte de alianza Estados Unidos-China que movió el centro de gravedad de las relaciones internacionales al Pacífico⁴³. A continuación trataremos de describir las razones del desastre.

Una parte del fracaso se debió a las carencias negociadoras de la UE como consecuencia de su propia estructura interna de toma de decisiones⁴⁴. Una de las mayores críticas a este respecto se debió a la descoordinación interna de la propia Comisión y de ésta con los Estados miembros que, dado que estamos ante un acuerdo mixto, formaron parte directamente de la negociación. Si bien son conocidas las negociaciones paralelas llevadas a cabo

⁴² Hablando del paquete clima-energía aprobado poco antes, en 2008, la Comisión Europea pretendía que fuese «a clear signal to our international partners about our determination to address climate change and should convince them to follow our example». Comisión Europea, «Climate Change: Commission Welcomes Final Adoption of Europe's Climate and Energy Package» Ref. IP/08/1998 (2008).

⁴³ Christian Egenhofer y Anton Georgiev «The Copenhagen accord—A first stab at deciphering the implications for the EU». *CEPS commentary* (25 diciembre 2009) acceso el 30 diciembre 2016., <https://www.ceps.eu/publications/copenhagen-accord-first-stab-deciphering-implications-eu>.

⁴⁴ John Vogler. «The European Union as an actor in international environmental politics» *Environmental Politics* 8, n.º 3 (2009): 24-48. Louise van Schaik y Christian Egenhofer «Reform of the EU institutions: Implications for the EU's performance in climate negotiations» *CEPS policy brief* 40 (1 de septiembre 2003), acceso el 30 diciembre 2016 <https://www.ceps.eu/publications/reform-eu-institutions-implications-eus-performance-climate-negotiations>.

en Kioto, donde los ministros de la UE llegaron a una posición común sobre el Mecanismo de Desarrollo Limpio cuando el negociador europeo ya había presentado su propuesta y el acuerdo estaba cerrado⁴⁵, en Copenhague las descoordinaciones y la necesidad de pasar varias veces por diferentes filtros ralentizaron mucho la capacidad negociadora de la UE que se veía desbordada y no llegaba a tiempo para dar respuesta a los problemas planteados por las otras partes contratantes⁴⁶.

Sin embargo, la principal causa del fracaso fue lo desproporcionado de las aspiraciones europeas a los ojos de otros socios, en particular de los Estados Unidos. De haberse aceptado la propuesta europea, los Estados Unidos deberían haberse comprometido a una reducción de emisiones del 30% cuando la UE sólo necesitaba reducir entre un 3 y un 9%, Japón un 12%, Australia un 17% y Canadá un 29%⁴⁷. El sacrificio que se estaba pidiendo a los socios era políticamente inviable. La UE estaba actuando más en su propio interés que llevando adelante un liderazgo de beneficios compartidos o *win-win* como se suele decir⁴⁸. También erró la UE al centrar los esfuerzos negociadores en los países industrializados y no consolidar acuerdos en intereses compartidos con los países en desarrollo, en particular con el G77 y China. No se trataba simplemente de que éstos siguieran el modelo europeo (liderazgo estructural) para lo cual se necesita una fuerte desproporción de poder en favor de la UE que, a todas luces carecía; sino de lograr crear un modelo común mutuamente beneficioso para ambos (liderazgo direccional) y, con el crédito del apoyo de un número importante de Estados, poder convencer a los Estados Unidos y a otros socios desarrollados. Como señala Stavros Afionis⁴⁹ el acercamiento llegó tarde y aisló aún más la posición europea. Como consecuencia el liderazgo de la UE cayó en picado. En el estudio de Parker, Karlsson y Hjerpe entre Poznac y Copenhague la percepción del liderazgo europeo a los ojos de terceros se redujo del 62 al 48%. Desde entonces, no hizo más que descender⁵⁰.

⁴⁵ Michael Grubb y Farhana Yamin «Climatic collapse at The Hague: What happened, why, and where do we go from here?» *International Affairs* 77 n.º 2 (2001): 261-276, 274.

⁴⁶ Stavros Afionis «The European Union as a negotiator in the international climate change regime» *International environmental agreements: politics, law and economics* 11, n.º 4 (2011): 341-360.

⁴⁷ Kathryn Harrison, Lisa McIntosh Sundstrom «The comparative politics of climate change» *Global Environmental Politics* 7, n.º 4 (2007): 1-18.

⁴⁸ Sobre las razones «egoístas» del liderazgo europeo en materia de cambio climático, ver Tora Skodvin and Steinar Andresen «Leadership revisited» *Global Environmental Politics* 6, n.º 3 (2006): 13-27.

⁴⁹ Afionis (2011).

⁵⁰ Parker, Karlsson y Hjerpe (2017): 247.

3. *El renacer de la UE como «líder-mediador»: de Durban a París*

El fracaso de Copenhague fue aleccionador y el liderazgo europeo en la materia ya no volvería a ser el mismo. En 2011, en Durban, se sentaron las bases para el cambio. La UE ya no llevaría simplemente un modelo (liderazgo ideológico y direccional), inútil sin una posición de *hard power* que la sustente (liderazgo estructural) sino que comenzó a tener una política pro-activa para la creación de coaliciones y alianzas (liderazgo instrumental), en primer lugar, con los países emergentes, en segundo término con los menos desarrollados y, finalmente con los socios comerciales más cercanos. Lejos de plantear unos objetivos fijos como en Copenhague la UE, y más concretamente su recientemente creado Servicio Europeo de Acción Exterior, implementó un plan de acción diplomático específico en materia de cambio climático. Dicho plan mejoró mucho la coordinación interna generando sinergias con los servicios diplomáticos de los Estados miembros, como por ejemplo las declaraciones conjuntas de Brasil y Alemania o Francia y China. Cuando dichas alianzas estuvieron consolidadas se exploraron visiones comunes con las políticas nacionales, en particular con los Estados Unidos, para buscar puntos en común y ámbitos de acuerdo⁵¹. El resultado fue que cuando se llegó a París la UE había conseguido conformar una amplia coalición que terminó arrastrando a los socios más duros a la mesa de negociación⁵².

¿Cuál ha sido el secreto del éxito? El primero fue el cambio de estrategia de acción. La UE abandonó el liderazgo clásico (estructural), probablemente alejado de su capacidad real de acción como «actor global» y adoptó una menos ambiciosa pero probablemente más efectiva mezcla de líder con mediador. Los primeros elementos del cambio ya fueron visibles en Durban⁵³ y consistieron en asumir que la UE es una potencia «media» en un mundo caracterizado por la multipolaridad con dos grandes actores como lo son China y los Estados Unidos. En este contexto la UE buscó tender puentes entre las dos potencias y los demás países con intereses divergentes. Durante los años que van desde Durban hasta París la UE fue el actor más activo en la remisión de propuestas concretas para responder

⁵¹ Para un desarrollo detallado de estos pasos previos ver Sebastian Oberthür y Lisanne Groen «The European Union and the Paris Agreement: leader, mediator, or bystander?» *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change* 8 n.º 1 (2017) doi: 10.1002/wcc.445.

⁵² Wolfgang Obergassel et al. *Phoenix from the ashes – An analysis of the Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy (2016), acceso 30 diciembre 2016, http://wupperinst.org/fa/redaktion/downloads/publications/Paris_Results.pdf.

⁵³ Bäckstrand y Elgström (2013).

a inquietudes variadas planteadas en diferentes foros sobre cambio climático y energía⁵⁴. Cuando la cita se acercaba, no se esperó a la reunión, sino que se preparó el camino con la creación de alianzas primero entre países Norte/Sur (Diálogo de Cartagena por una Acción Progresiva, liderada respectivamente por Reino Unido y Australia) y luego con una gran alianza multilateral llamada «Coalición por una Gran Ambición» comandada por las islas Marshall y financiada por la UE. Si bien eran alianzas con un contenido más bien etéreo dieron a Francia el oxígeno suficiente como para crear una base sobre la cual iniciar los puntos en común durante la convención. Es interesante destacar que la UE, y a diferencia de la era post-Kioto, no tuvo problemas en ceder el protagonismo dejando en muchos casos a algunos Estados miembros (Alemania, Francia, Reino Unido) e incluso países en principio poco relevantes como las islas Marshall, estar en el foco de atención.

El segundo gran cambio es en la moderación significativa de las aspiraciones, lo que obligó a Estados Unidos y a China a sentarse a negociar. Las posiciones eran las siguientes: La UE pretendía un acuerdo *top-down* vinculante que requería drásticas reducciones de emisión y un sistema de control externo transparente; los EEUU quería impedir a toda costa el carácter vinculante y era partidario de un sistema más flexible, *bottom-up*, pero compartía con la UE la necesidad de tener un control externo transparente; finalmente China era favorable, al igual que la UE, del carácter vinculante aunque no estaba dispuesto a aceptar una fiscalización externa (transparente) del cumplimiento del plan de reducciones.⁵⁵ El G77, particularmente los países en desarrollo liderados por India, centraban su interés en la financiación de los planes de reducción.

Respecto a este último elemento, la convención los Estados miembros de la UE comprometieron el cincuenta por ciento de la necesidad financiera del propuesto Fondo Verde para el Clima, haciendo que éste sea una realidad palpable y así ganaron el apoyo de un número significativo de países potencialmente beneficiarios. La flexibilidad europea llegó incluso a la forma del acuerdo, acordándose una fórmula jurídica que permitiese a los Estados Unidos poder firmarlo sin necesitar posteriormente la ratificación del Senado⁵⁶.

En el acuerdo final todos perdieron y ganaron algo. La UE y China no consiguieron que el acuerdo sea vinculante en cuanto a sus objetivos. Par-

⁵⁴ Oberthür y Groen (2017).

⁵⁵ Radoslav S. Dimitrov «The Paris Agreement on Climate Change: Behind Closed Doors» *Global Environmental Politics* 16, n.º 3 (2016): 1-11, 3.

⁵⁶ David A. Wirth «Cracking the American Climate Negotiators' Hidden Code: United States Law and the Paris Agreement» *Climate Law* 6, n.º 1-2 (2016): 152-170.

ticamente la UE no logró que se fijara un objetivo concreto de reducción, sí en cuanto a la obligación de crear planes nacionales de reducción, cediendo así en parte ante los Estados Unidos. Estos y la UE impusieron a China transparencia en el seguimiento de planes nacionales. El G77 obtuvo financiación, pero perdió la batalla por mantener la diferenciación entre países desarrollados y en desarrollo, y en la creación de instituciones estables, con lo cual se diluye la posibilidad de compensar responsabilidades históricas.

No se puede negar, sin embargo, que la UE contó con elementos externos que funcionaron a su favor. En primer lugar, el presidente Obama, ya finalizando su segundo mandato, estaba especialmente interesado en sumar un legado ambiental a su administración por lo que la delegación americana se encontraba especialmente dispuesta a negociar. En segundo término, y a diferencia de Copenhague, el país anfitrión era una potencia histórica en materia diplomática. Como veremos en el apartado siguiente la presidencia francesa actuó en muchos casos por iniciativa propia de forma separada de la delegación europea asumiendo muchos esfuerzos negociadores por su cuenta y cubriendo lagunas y descoordinaciones⁵⁷. Finalmente China, que se había mostrado inflexible en Copenhague, estaba inmerso en un proceso de transformación económica que la haría virar, antes pronto que tarde, a un modelo de crecimiento más sostenible. Una prueba del cambio fue que poco antes del acuerdo China llegó a consensos bilaterales con la UE en materia cooperación para la creación de un mercado de derechos de emisión y un entendimiento sobre la necesidad de llegar a acuerdos vinculantes en París⁵⁸; lo que contrasta con la sintonía que hubo entre China y los Estados Unidos en Copenhague⁵⁹.

Sea por unas razones o por otras lo cierto es que el acuerdo fue calificado como «histórico»⁶⁰ y seguramente sentará las bases de las negociaciones futuras al menos para las siguientes dos décadas.

⁵⁷ Lili Fuhr, Liane Schalatek y Hans Verolme «COP 21 and the Paris Agreement: A Force Awakened» *Chinese Journal of Urban and Environmental Studies* 4, n.º 01 (2016): <http://dx.doi.org/10.1142/S2345748116500093>

⁵⁸ EU-China Joint Statement on Climate Change, 29 de junio de 2015, acceso el 30 diciembre 2016: <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/international-summit/2015/06/150629-EU-China-Joint-Statement-on-Climate-Change/>

⁵⁹ Charles F. Parker, Christer Karlsson y Mattias Hjerpe «Fragmented Climate Change Leadership: Making Sense of the Ambiguous Outcome of COP-15» *Environmental Politics* 21, n.º 2 (2012): 268-286.

⁶⁰ Como calificaron varias delegaciones en la sesión de clausura de la Conferencia de París: «A tremendous collective achievement» (EU), «a marvelous act» (China), «a tremendous victory for the planet» (EEUU), «new chapter of hope in the lives of 7 billion people on the planet» (India). Citado por Dimitrov (2016): 1.

IV. El liderazgo europeo más allá de las instituciones de la UE: el rol jugado por la presidencia francesa en los acuerdos de París

Una de las mayores paradojas del éxito de París es que la UE ha retrocedido como líder global en materia climática a los ojos de otros países. Según Parker, Karlsson y Hjerpe en París la UE habría retrocedido al 41% (frente al 48% de Copenhague) siendo los dos actores mejor valorados China (54%) y los Estados Unidos (59%) respectivamente⁶¹. Una explicación es que los terceros países valoran más el cambio de actitud, por parte de China y Estados Unidos, que las razones de dicho cambio, como pueden ser la labor de «líder-mediador» de la UE. Otra razón, apuntada en este caso por los autores del estudio, es que los ocho puntos de retroceso corresponden aproximadamente a la aportación que se le otorga a Francia como contribución para alcanzar el acuerdo final⁶².

Siempre se ha reconocido la importancia del país anfitrión en las negociaciones en materia de cambio climático⁶³. Pero en el caso de París la presidencia francesa llevó esta influencia a un grado antes nunca visto. La labor del presidente Laurent Fabius y su equipo fue magistral, utilizando hasta el extremo, pero de forma fina y sutil, todos los instrumentos diplomáticos disponibles, incluido un sofisticado sistema de negociación donde el secreto y la política de hechos consumados estuvo a la orden del día. Las negociaciones se llevaban a cabo en grupos reducidos, donde no era posible grabar o siquiera tomar notas. Solo la presidencia guardaba registro de las posiciones de cada uno y, un acuerdo de las partes en un punto, no necesariamente garantizaba su incorporación en el acuerdo final ya que esto dependía de los contrapesos de otras negociaciones paralelas. Esto hacía que el texto final sólo era conocido en el último minuto, forzando una votación global y a libro cerrado⁶⁴. Está claro que tales técnicas pueden ser tachadas de contrarias a la transparencia, pero como el resultado final fue satisfactorio para todas las partes, al final el haber alcanzado un acuerdo legitimó su utilización.

¿Puede considerarse el éxito de la presidencia francesa parte de los méritos de la diplomacia europea? En parte si y en parte no. Si bien Francia asumió la responsabilidad personal de llevar las negociaciones a buen puerto está claro que actuó en coordinación y bajo el impulso de la diplo-

⁶¹ Parker, Karlsson y Hjerpe (2017): 245.

⁶² *Ibid.*, 249.

⁶³ Siwon Park, «The Power of Presidency in UN Climate Change Negotiations: Comparison Between Denmark and Mexico», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 16, n.º.6 (2016): 781-795.

⁶⁴ Dimitrov (2016) : 6/7.

macia de la UE. No debemos olvidar que la competencia exterior de la UE, también en cambio climático, es compartida con los Estados miembros por lo que toda acción del Servicio Europeo de Acción Exterior y de la Comisión se consulta con los ministerios de asuntos exteriores nacionales. La conclusión más probable es que ambas, la diplomacia de la UE y la francesa, actuaron coordinadamente siendo parte de una diplomacia más general, a la que podemos llamar europea a secas. Esto no debilita la posición de la Unión, sino que la fortalece ya que suma a sus objetivos en materia de cambio climático la experiencia de uno de los servicios diplomáticos nacionales más potentes en términos históricos.

V. Conclusiones

Resulta complicado sacar unas conclusiones en relación a la contribución de la UE a la lucha contra el cambio climático en clave de diplomacia medioambiental. Es cierto que la UE ha ejercido y sigue ejerciendo un rol particularmente importante en las negociaciones aunque, como tratamos de demostrar a lo largo de estas páginas, existen muchos matices que en algunos casos ensombrecen y en otros resaltan la acción europea. No pretendemos en estas conclusiones repetir las principales ideas ya expuestas aunque sí intentaremos rescatar algunas enseñanzas que puedan servir para comprender los futuros pasos tanto de la diplomacia en materia de cambio climático como del papel que merece la UE a nivel global.

En primer lugar, hay que decir que la UE no eligió ser el líder en materia de cambio climático sino fue presionada por las circunstancias. Ante el peligro de caer en la irrelevancia internacional la UE se aferró a un papel que le dejaba libre los Estados Unidos e intentó mantenerlo a toda costa. Lo curioso es que en ese juego de intercambio de roles creyó que podía ejercer el mismo papel que el *hard power* y cayó primero en el aislamiento (Kioto) y luego en la indiferencia (Copenhague).

El cambio de estrategia de Durban y luego de París es positivo, pero no tanto por la flexibilidad que ahora demuestra Europa para aceptar, si se me permite la comparación, una gobernanza climática a «diferentes velocidades», sino más bien por su rol activo de mediador. Es en este juego de triangulación norte-sur y occidente-oriente donde la UE tiene un papel que jugar como potencia media. Sin embargo, tal como ocurre dentro de la Unión, el papel de mediador le exige tomar la iniciativa si se puede antes o al menos inmediatamente después de que surjan los problemas, proponiendo soluciones, tal como hizo los meses previos a París. Esto genera un claro coste en tiempo y esfuerzo que la maquinaria diplomática europea sólo se puede permitir en un ámbito relativamente acotado como es el cambio climático.

Además, en París la diplomacia europea se sirvió de la aceitada maquinaria del *Quai d'Orsay*, perdiendo peso y visibilidad a los ojos de terceros, pero ganando en resultados.

En cuanto al fondo, la duda que surge es si verdaderamente el acuerdo de París crea un entramado de planes nacionales de reducción de emisiones, y la política climática muta verdaderamente hacia una nueva gobernanza de economía sostenible (ahora también llamada economía circular⁶⁵) ¿Podrá realmente la UE vencer sus contradicciones internas y seguir manteniendo el papel de líder mediador multilateral? Las contradicciones todavía latentes en el sistema europeo que protege a sus industrias altamente contaminantes si existen riesgos de deslocalización o incluso permitir abusos en los controles de emisiones de industrias con poder de presión como la de coches nos demuestran que en algunas cosas no nos diferenciamos tanto de los americanos. Es más, el reforzamiento de los partidos ultra nacionalistas quedará reflejado, como se vislumbra en algunas de las medidas de la nueva administración Trump, con lo que la cohesión interna será aún más difícil que hasta ahora.

Las tensiones en materia de competitividad seguramente serán un foco de conflicto importante y si la UE quiere mantener el liderazgo tendrá que centrar su atención en resolverlas proponiendo soluciones equitativas, paulatinas y sostenibles. Al fin y a cabo se trata de administrar un problema económico, un campo en el que la UE tiene una gran experiencia negociadora.

VI. Bibliografía

- Afionis, Stavros «The European Union as a negotiator in the international climate change regime» *International environmental agreements: politics, law and economics* 11, n.º 4 (2011): 341-360.
- Arias Cañete, Miguel «How Will the Paris Agreement Impact EU Climate and Energy Policies?» Ref. Speech/16/264 (2016).
- Bäckstrand, Karin y Ole Elgström «The EU's Role in Climate Change Negotiations: From Leader to "Leadiator"», *Journal of European Public Policy* 20, n.º 10 (2013): 1369-1386.
- Chasek, Pamela «US policy in the UN environmental arena: powerful laggard or constructive leader?», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 7, n.º 4 (2007): 363-387.
- Comisión Europea «Climate Change: Commission Welcomes Final Adoption of Europe's Climate and Energy Package» Ref. IP/08/1998 (2008).

⁶⁵ Beatriz Pérez de las Heras «La gestión eficiente de recursos en la unión europea: alcance e impacto de la normativa europea para una economía más sostenible y circular» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 781-818.

- Comisión Europea «Estado de la Unión – 2012», Ref. SPEECH/12/596 (2012).
- Consejo de la Unión Europea «Conclusiones de la Presidencia», Bruselas, 9 de marzo de 2007.
- Corti Varela, Justo, «EU Emission Trading System, competitiveness and taxes on the energy sector» en *State Aids, Taxation and the Energy Sector*, ed. por Marta Villar Ezcurra (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2017), 323-336.
- De Bruyn, Sander, Dagmar Nelissen y Marnix Koopman «Carbon leakage and the future of the EU ETS market. Impact of recent development in the EU ETS on the list of sectors deemed to be exposed to carbon leakage» CE Delft n.º 13.7917.18 (abril 2013).
- Dimitrov, Radoslav S. «The Paris Agreement on Climate Change: Behind Closed Doors» *Global Environmental Politics* 16, n.º 3 (2016): 1-11.
- Egenhofer, Christian y Anton Georgiev «The Copenhagen accord—A first stab at deciphering the implications for the EU». *CEPS commentary* (25 diciembre 2009) acceso el 30 diciembre 2016., <https://www.ceps.eu/publications/copenhagen-accord-first-stab-deciphering-implications-eu>.
- Frémion, Yves, *Histoire de la révolution écologiste* (Paris: Hoëbeke, 2007).
- Fuhr, Lili, Liane Schalatek y Hans Verolme «COP 21 and the Paris Agreement: A Force Awakened» *Chinese Journal of Urban and Environmental Studies* 4, n.º 01 (2016): <http://dx.doi.org/10.1142/S2345748116500093>
- Giles Carnero, Rosa, *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro* (Cizur Menor: Aranzadi, 2012).
- Groen, Lisanne y Arne Niemann, « The European Union at the Copenhagen Climate Negotiations: A Case of Contested EU Actorness and Effectiveness» *International Relations* 27, n.º 3 (2013): 308-324.
- Grubb, Michael y Farhana Yamin «Climatic collapse at The Hague: What happened, why, and where do we go from here? » *International Affairs* 77 n.º 2 (2001): 261-276.
- Grubb, Michael y Joyeeta Gupta «Climate Change, Leadership and the EU», en *Climante Change and European Leadership*, ed. por Michael Grubb y Joyeeta Gupta (Dordrecht: Kluwer, 2010), 3-14.
- Gupta, Joyeeta y Lasse Ringius «The EU's climate leadership: Reconciling ambition and reality» *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 1/2 (2001): 281-299.
- Harrison, Kathryn, Lisa McIntosh Sundstrom «The comparative politics of climate change» *Global Environmental Politics* 7, n.º 4 (2007): 1-18.
- Jordan, Andrew, Dave Huitema, Harro van Asselt, Timothy Rayner y Frans Berkhout *Climate Change Policy in the European Union; Confronting the Dilemmas of Mitigation and Adaptation?* (Cambridge: Cambridge University press, 2010).
- Kelemen, R. Daniel y David Vogel, «Trading places: the role of the United States and the European Union in international environmental politics», *Comparative Political Studies* 43, n.º 4 (2010): 427-456.
- Kelemen, R. Daniel y Tim Knievel, «The United States, the European Union, and international environmental law: the domestic dimensions of green diplomacy!», *International Journal of Constitutional Law* 13, n.º 4 (2015): 945-965.

- Marcu. Andrei, Christian Egenhofer, Susanna Roth y Wijnand Stoefs «Carbon Leakage: An overview» *CEPS Special Report* (2013), acceso 30 de diciembre 2016, www.ceps.be/book/carbon-leakage-overview.
- Martin, Ralf, Laure de Preux y Ulrich Wagner «The impacts of a carbon tax on manufacturing: Evidence from microdata» *Journal of Public Economics* 117, n.º 1 (2014): 1-14.
- Martin, Ralf, Mirabelle Muuls, Laure B. de Preux y Ulrich J. Wagner «Industry compensation under relocation risk: A firm-level analysis of the EU emissions trading scheme» *The American Economic Review* 104, n.º 8 (2014): 2482-2508.
- Obergassel, Wolfgang, Christof Arens, Lukas Hermwille, Nico Kreibich, Florian Mersmann, Hermann E. Ott, y Hanna Wang-Helmreich *Phoenix from the ashes – An analysis of the Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy (2016), acceso 30 diciembre 2016, http://wupperinst.org/fa/redaktion/downloads/publications/Paris_Results.pdf.
- Oberthür, Sebastian y Claire Roche Kelly «EU Leadership in International Climate Policy: Achievements and Challenges» *The International Spectator: Italian Journal of International Affairs* 43, n.º 2 (2008): 35-50.
- Oberthür, Sebastian y Lisanne Groen «The European Union and the Paris Agreement: leader, mediator, or bystander?» *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change* 8 n.º 1 (2017) doi: 10.1002/wcc.445.
- Oreskes, Naomi, y Erik M. Conway, *Merchants of doubt: How a handful of scientists obscured the truth on issues from tobacco smoke to global warming* (Nueva York: Bloomsbury Publishing, 2011): 169-215.
- Park, Siwon «The Power of Presidency in UN Climate Change Negotiations: Comparison Between Denmark and Mexico», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 16, n.º 6 (2016): 781-795.
- Parker, Charles F., Christer Karlsson y Mattias Hjerpe «Climate Change Leaders and Followers: Leadership Recognition and Selection in the UNFCCC Negotiations» *International Relations* 29, n.º 4 (2015): 434-454.
- Parker, Charles F., Christer Karlsson y Mattias Hjerpe «Assessing the European Union's global climate change leadership: from Copenhagen to the Paris Agreement» *Journal of European Integration* 39, n.º 2 (2017): 239-252, DOI: 10.1080/07036337.2016.1275608.
- Parker, Charles F., Christer Karlsson y Mattias Hjerpe «Fragmented Climate Change Leadership: Making Sense of the Ambiguous Outcome of COP-15» *Environmental Politics* 21, n.º 2 (2012): 268-286.
- Pérez de las Heras, Beatriz «La gestión eficiente de recursos en la unión europea: alcance e impacto de la normativa europea para una economía más sostenible y circular» *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 (2016): 781-818.
- Skodvin, Tora and Steinar Andresen «Leadership revisited» *Global Environmental Politics* 6, n.º 3 (2006): 13-27.
- Turner, James Morton, «The Specter of Environmentalism: Wilderness, Environmental Politics, and the Evolution of the New Right», *The Journal of American History* 96, n.º 1 (2009): 123-148.

- van Schaik, Louise y Christian Egenhofer «Reform of the EU institutions: Implications for the EU's performance in climate negotiations» *CEPS policy brief* 40 (1 de septiembre 2003), acceso el 30 diciembre 2016 <https://www.ceps.eu/publications/reform-eu-institutions-implications-eus-performance-climate-negotiations>.
- Victor, David G., *The collapse of the Kyoto Protocol and the struggle to slow global warming*. (Princeton: Princeton University Press, 2001).
- Vig, Norman J. y Michael Gebert Faure (eds.) *Green Giants? Environmental Policies of the United States and the European Union* (Cambridge: MIT Press, 2004).
- Vogel, David, *The politics of precaution: regulating health, safety, and environmental risks in Europe and the United States* (Princeton: Princeton University Press, 2012): 235-248.
- Vogler, John «The European Union as an actor in international environmental politics» *Environmental Politics* 8, n.º 3 (2009): 24-48.
- Wirth, David A. «Cracking the American Climate Negotiators' Hidden Code: United States Law and the Paris Agreement» *Climate Law* 6, n.º 1-2 (2016): 152-170.
- Wurzel, Rüdiger K.W., Duncan Liefferink y James Connelly «Introduction. European Union climate leadership» en *The European Union in International Climate Change Politics: Still Taking a Lead?*, ed. por Rüdiger K.W. Wurzel, James Connelly, y Duncan Liefferink (Abingdon: Routledge, 2017): 1-17.
- Wurzel, Rüdiger y James Connelly «Introduction» en *The European Union as a Leader in International Climate Change Politics*, ed. por Rüdiger Wurzel y James Connelly (Londres: Routledge, 2011): 3-20.
- Yamin, Farhana «The role of the EU in climate negotiations» en *Climante Change and European Leadership*, ed. por Michael Grubb y Joyeeta Gupta (Dordrecht: Kluwer, 2000), 47-66.

Sobre el autor

Justo Corti Varela, profesor adjunto de Derecho Internacional Público y Unión Europea en la Universidad CEU San Pablo. Acreditado a TU por la ANECA. Un sexenio de investigación reconocido por la CNEAI. Investigador *senior* del Instituto de Estudios Europeos. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Master en UE por la misma universidad. Profesor visitante de la *Université de Nanterre* (Paris X), Investigador Post-doct del CNRS (Paris), Investigador visitante del UCL (Londres) y de la *Scoula Superiore Sant'Anna* (Pisa). Sus áreas de investigación son el Derecho Medioambiental Internacional, el Derecho Económico Internacional, la Unión Europea, la regulación internacional de las nuevas tecnologías. Es miembro del consejo de redacción de la RDCE y de *Ius et Scientia*.

About the author

Justo Corti Varela is adjunct professor of Public International Law and European Union at CEU San Pablo University. Evaluated positively as Senior Lecturer by ANECA. He has a period of research recognized by CNEAI. Senior researcher at the Institute for European Studies. PhD in law and LLM in EU by Complutense University. Visiting professor of *Université de Nanterre* (Paris X), Post-doctoral researcher at CNRS (Paris), and visiting scholar at UCL (London) and at *Scoula Superiore Sant'Anna* (Pisa). His areas of research are International Environmental Law, International Economic Law, European Union, and the regulation of new technologies. He is member of the board of the RDCE and *Ius et Scientia*.

La contribución de la Unión Europea al desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático: el paquete europeo sobre clima y energía en el contexto de la acción internacional*¹

The Contribution of the European Union to the Development of the International Climate Change Regime: the EU Climate & Energy Package in the Context of the International Action

Dra. Rosa Giles Carnero

Profesora Titular de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Huelva
giles@uhu.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp193-215>

Sumario: I. Introducción.—II. El paquete europeo sobre clima y energía en el contexto del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto.—III. El paquete europeo sobre clima y energía como contribución determinada a nivel nacional en el contexto del Acuerdo de París.—IV. Conclusiones.

Resumen: La Unión Europea ha desplegado una estrategia de liderazgo en el régimen internacional en materia de cambio climático, basada en la credibilidad que le otorgaba el desarrollo de su política climática interna. La posición negociadora internacional se mostraba paralela al desarrollo de políticas europeas transversales que perseguían ambiciosos objetivos climáticos, al tiempo que se estructuraba una economía hipocarbónica que pretendía no perder competitividad. En este contexto, el paquete europeo sobre cambio climático y energía ha supuesto la principal contribución de la Unión Europea al desarrollo del régimen internacional sobre cambio climático, de forma que dotaba de contenido a los compromisos europeos diseñados en el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, y en el Acuerdo de París; y servía de modelo para el diseño de políticas nacionales con significativos objetivos de mitigación del cambio climático.

* Recibido el 30 de noviembre de 2016 y aceptado el 29 de abril de 2017.

¹ El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación: «*Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas Contra la Seguridad Humana*» (RASEGUR), Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

Palabras clave: Cambio climático; liderazgo de la Unión Europea; política climática de la Unión Europea.

Abstract: *The European Union has deployed a leadership strategy in the international regime on climate change, based on the credibility of the development of its internal climate policy. The negotiating position was parallel to the development of horizontal European policies that pursued ambitious climate objectives, while designed a low-carbon and competitive economy. In this context, the EU climate & energy package has been the main contribution of the European Union to the development of the international regime on climate change, on the one hand, these rules have provided content to the European obligations of the second commitment period of the Kyoto Protocol, and the Paris Agreement; on the other, have served as a model for designing national policies with significant objectives of climate change mitigation.*

Keywords: *Climate Change; EU Leadership; EU Climate Policy.*

I. Introducción

El cambio climático se configura como uno de los grandes desafíos para una sociedad internacional que tiene que enfrentar el anuncio de una amenaza de consecuencias potencialmente catastróficas, mientras persiste un cierto grado de incertidumbre respecto de su repercusión concreta en las diferentes partes del planeta². Ante este reto global, la principal respuesta internacional institucionalizada ha sido el desarrollo de un complejo régimen jurídico en materia de cambio climático, cuya evolución muestra la dificultad que presenta la negociación climática para alcanzar resultados ambientales efectivos. La estructura de este régimen internacional parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, instrumento que articula el armazón negociador que ha permitido mantener abierto un proceso de negociación continuado desde la década de los noventa³. Este texto se diseñó

² Los diferentes informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático han permitido avanzar en el consenso en torno a la gravedad de la amenaza que supone el cambio climático, y la necesidad de actuación urgente para enfrentarlo. Siguiendo esta línea, el quinto informe se presentó en octubre de 2014, y contiene la proyección de la evolución climática global en función de las diversas actuaciones que pudieran adoptarse. Vid. Rajendra K. Pachauri y Leo A. Meyer, eds. *Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático* (Suiza: IPPC, 2015).

³ *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*, hecha en Nueva York (Estados Unidos) el 9 de mayo de 1992, y con entrada en vigor el 21 de marzo de 1994. *UN Treaty Series*, I-30822.

como un primer paso que debía continuarse con la negociación de acuerdos específicos que asegurasen la estabilización de la temperatura global del planeta, de forma que la evolución del régimen puede seguirse a través del arduo proceso que llevó a la adopción de dos nuevos textos en 1997 y en 2015.

El Protocolo de Kioto supuso el primer acuerdo internacional para la disminución de las emisiones de gases de efecto invernadero, aunque con el importante límite de incluir obligaciones de reducción únicamente para los Estados que se calificaban como desarrollados conforme al Anexo I de la Convención Marco⁴. También este tratado se diseñó con la idea de que el régimen internacional tenía que desarrollarse paso a paso, de forma que se incluyó un primer periodo de cumplimiento que finalizaría en 2012, y el mandato de negociar uno posterior que fuera de aplicación desde esta fecha. Pese a esta previsión y ante la falta de compromiso de los Estados Partes, se agotó el plazo para negociar un segundo periodo de cumplimiento que pudiera estar en vigor desde 2013, y se llegó a una situación de parálisis en la negociación internacional que fue superada a través de la articulación de una doble vía de dialogo: mientras que se mantendría el esfuerzo para implementar un segundo periodo de cumplimiento en el sistema del Protocolo de Kioto; se abriría un nuevo espacio de negociación para alcanzar un acuerdo internacional que pudiera ser de aplicación a partir de 2020⁵. Ambas líneas de negociación se encuadraron en una fase que fue calificada como transitoria, y que abarcaría el parámetro temporal de 2013 a 2020. Como resultado de esta doble estrategia de dialogo se adoptó la Enmienda de Doha que conforma un segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto a implementar desde 2013 a 2020, y que supone el único instrumento con medidas previstas para este periodo pese a que permanece pendiente de su entrada en vigor⁶; y el Acuerdo de París, mediante el que se pretende articular un nuevo sistema de obligaciones climáticas a aplicar a partir de 2020⁷.

⁴ *Protocolo de Kioto a la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*, adoptado en Kioto (Japón) el 11 de diciembre de 1997, y con entrada en vigor el 16 de febrero de 2005. *UN Treaty Series*, A-30822.

⁵ Para un mayor desarrollo del análisis de esta fase transitoria, *vid.* Rosa Giles Carnero, «La acción internacional y europea en materia de cambio climático: construyendo la nueva fase 2013-2020», en *La negociación de emisiones GEI en los mercados de carbono. Régimen y regulación*, dir. Isabel Rodríguez Martínez (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014), 39-62.

⁶ *Enmienda de Doha al Protocolo de Kioto*, adoptada en Doha (Catar) el 8 de diciembre de 2012, y pendiente de su entrada en vigor. La entrada en vigor de la Enmienda de Doha debe realizarse conforme a los artículos 20 y 21 del Protocolo de Kioto, que requieren la aceptación de tres cuartos de las Partes (144 Partes). A 9 de noviembre de 2016, 73 Partes habían aceptado la enmienda.

⁷ *Acuerdo de París*, adoptado en París (Francia) el 12 de diciembre de 2015, y con entrada en vigor el 4 de noviembre de 2016.

En las sucesivas fases del devenir del régimen internacional en materia de cambio climático, la Unión Europea ha pretendido desarrollar un relevante papel de liderazgo, aunque no siempre se han conseguido los resultados perseguidos. La estrategia negociadora de la Unión Europea ha considerado que su capacidad de liderazgo se basaba en la idea de la diplomacia con el ejemplo, de forma que la política climática europea no se situaba como mero cumplimiento de la obligación internacional, sino que pasaba a convertirse en una relevante contribución para el avance del régimen jurídico internacional y en la fuente de credibilidad de los argumentos europeos⁸. Desde este punto de vista, la posición negociadora de la Unión Europea tenía que resultar coherente con una actuación interna que precedía al desarrollo normativo que se solicitaba en la negociación internacional, y al que podía servir de modelo. En consecuencia, la acción climática europea se ha dirigido, en la esfera interna, al desarrollo de una acción normativa transversal que permitiera avanzar en ambiciosos objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero; mientras que en la esfera internacional ha defendido la necesidad de alcanzar acuerdos multilaterales con un impacto efectivo en la mitigación del cambio climático. El desarrollo de las políticas climáticas y de energía europeas se convertían, de esta forma, no sólo en un argumento para generar confianza en la negociación internacional, sino también en un modelo que mostraba la posibilidad de reducir emisiones de gases de efecto invernadero sin paralizar el crecimiento económico y actuando en un sistema multinivel.

Partiendo de los presupuestos señalados, la Unión Europea defendió con empeño la pervivencia del Protocolo de Kioto y la adopción de un segundo periodo de cumplimiento, en el que la política climática europea aparecía como un modelo de implementación de la norma internacional. No obstante, esta estrategia negociadora no produjo los resultados deseados

⁸ La noción de liderazgo mediante el ejemplo ha interesado ampliamente a la doctrina internacionalista, que ha señalado tanto su potencialidad, como sus límites para lograr una posición relevante en la negociación global. A modo de ejemplo del interés y la controversia suscitados, pueden verse las reflexiones aportadas en: K. Bäckstrand y O. Elgström, *The EU's Role in Climate Change Negotiations: From Leader to «Leadiator»*, *Journal of European Public Policy* 20, n.º 10 (2013): 1369-86; Joyeete Gupta y Michael J., Grubb, eds., *Climate Change and European Leadership. A Sustainable Role for Europe?* (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000); Sebastian Oberthür y Lisanne Groen, «The European Union and the Paris Agreement: leader, mediator, or bystander?», *WIREs Clim Change* (2016), doi: 10.1002/wcc.445; C.F. Parker y C. Karlsson, «Climate Change and the European Union's Leadership Moment: An Inconvenient Truth?», *Journal of Common Market Studies* 48, n.º 4 (2010): 923-943; Sergio Salinas Alcega, *El cambio climático: entre cooperación y conflicto. Propuestas desde el Derecho Internacional* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014); RKW Wurzel y J. Connelly, eds. *The European Union as a Leader in International Climate Change Politics* (London: Routledge, 2011).

en un contexto en el que actores tan relevantes en la negociación climática como Estados Unidos y China se posicionaron a favor de un nuevo acuerdo internacional. Aunque finalmente fue posible la adopción de un segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, la Unión Europea quedó casi en solitario como la principal valedora de la pervivencia del sistema de obligaciones climáticas que conllevaba. Este escenario mostraba con claridad que el liderazgo climático había quedado desplazado hacia el eje conformado por China y Estados Unidos, de forma que la posición europea había perdido relevancia como motor de avance del régimen en materia de cambio climático. En este contexto, la Unión Europea adoptó una nueva posición apostando por un tratado multilateral y desplegando una renovada acción diplomática que facilitara los compromisos que llevarían a la adopción del Acuerdo de París. Después de transformar el objetivo, la diplomacia basada en el ejemplo volvía a convertirse en un instrumento útil para fomentar la confianza de los principales actores de la negociación climática, lo que resultaba especialmente relevante en un contexto en el que múltiples Estados en vías de desarrollo se habían mostrado reacios a aceptar compromisos climáticos relevantes.

Tanto en el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto como en el Acuerdo de París, se incluyeron, finalmente, diversos compromisos de mitigación del cambio climático, en el primero circunscritos a la reducción de emisiones de efecto invernadero en los Estados desarrollados; mientras que en el segundo con una aproximación más amplia respecto de las medidas a adoptar, y más general respecto a los Estados destinatarios de la obligación. En ambos sistemas, la posición de la Unión Europea ha resultado especialmente relevante a la hora de dotar de contenido a la obligación climática internacional, ya que la acción climática europea, desarrollada a través del denominado paquete sobre clima y energía, supone la concreción última del compromiso climático asumido, al tiempo que un modelo de implementación mediante los sistemas nacionales. La forma en la que se ha diseñado el sistema de obligaciones tanto en el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, como en el Acuerdo de París, convierten en buena medida al sistema europeo en uno de los principales elementos con relevancia ambiental de la norma internacional. De esta forma, se produce la concreción jurídica de la diplomacia europea que pretende liderar con el ejemplo, y se inserta la contribución europea como el principal contenido del desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático.

El objetivo del presente estudio es el análisis de la relación expuesta entre el paquete europeo sobre clima y energía, y los sistemas de compromisos climáticos diseñados en el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto y en el Acuerdo de París. Esta relación conlleva el elemento más relevante de la contribución de la Unión Europea al desarrollo del régimen

jurídico internacional en materia de cambio climático, ya que las medidas de mitigación se han convertido en la proyección concreta y más destacada del compromiso climático europeo, así como en modelo de implementación. A esto se añade que la relación expuesta muestra la capacidad de liderazgo climático de la Unión Europea, pero también sus límites en una situación de importantes contradicciones internas y un espacio internacional en el que ha perdido relevancia ambiental, económica y política. Aparecen en el momento de redactar este texto nuevos retos e incertidumbres que pueden afectar a la capacidad de implementar medidas eficaces de mitigación del cambio climático, tanto en el sistema europeo como en el internacional, por lo que una revisión de la experiencia adquirida en los últimos años puede servir de elemento de reflexión respecto a las medidas a adoptar ante los nuevos desafíos. El propósito del régimen internacional en materia de cambio climático es que la temperatura global del planeta no supere el nivel que puede conllevar consecuencias catastróficas; el de la Unión Europea es mostrarse como el modelo de una economía post carbono que pueda mantener un adecuado nivel de competitividad en una economía global; y ambas aspiraciones pretenden concretarse a través de un paquete de medidas sobre clima y energía que presenta aspectos contradictorios en su evaluación.

Conforme al objetivo señalado, en las páginas siguientes se aborda en un primer apartado el análisis de la acción de la Unión Europea en el desarrollo del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto; mientras que el segundo apartado se dedica al examen de la contribución prevista determinada a nivel nacional presentada por la Unión Europea en el marco de la negociación del Acuerdo de París, y que marca el inicio de los compromisos asumidos en el ámbito de este segundo instrumento. En ambos apartados se analizará el paquete europeo sobre clima y energía como destacada contribución al desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático, configurando una relación entre los sistemas europeo e internacional de mutua permeabilidad y continuada interacción. Se concluye el estudio con unas reflexiones sobre la experiencia de liderazgo mediante el ejemplo desarrollada por la Unión Europea, y la capacidad de esta aproximación para que la contribución europea resulte relevante en la consecución de los objetivos ambientales del régimen internacional en materia de cambio climático.

II. El paquete europeo sobre clima y energía en el contexto del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto

La aprobación del Acuerdo de París en 2015 ha eclipsado el recuerdo de un Protocolo de Kioto que se valora como un instrumento ineficaz para enfrentar el reto ambiental que supone el cambio climático. El impacto de

las medidas de mitigación que aportó el primer periodo de cumplimiento de este instrumento, estuvo muy lejos de ser las requeridas ante la gravedad del fenómeno ambiental al que respondía. La interpretación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas incluida en aquel primer desarrollo del régimen climático se apunta como la principal causa del fracaso en la obtención de los objetivos previstos. El sistema de obligaciones de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero operaba únicamente sobre los Estados desarrollados incluidos en el Anexo I de la Convención Marco, lo que motivó que Estados Unidos no aceptara finalmente el tratado, y que no fuera posible articular compromisos de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero de las economías emergentes. Esta situación provocó que, con el transcurrir de los años, los principales emisores de gases de efecto invernadero quedaran fuera del sistema de reducción de emisiones del Protocolo de Kioto, por lo que su eficacia quedó intensamente comprometida. El modelo acordado en París abandonó esta aproximación, incluyendo un sistema general a la vez que flexible destinado a que todas las Partes asuman diversos compromisos de actuación ante el cambio climático. Ahora bien, esta evolución del régimen internacional en materia de cambio climático no hace menos útil la valoración de la experiencia desarrollada durante el primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto y de la negociación del segundo, en los cuales la posición europea resulta especialmente destacada. La nueva fase que se abre parte ya de esta experiencia previa, y buena parte de las lecciones aprendidas y los límites detectados conformarán la acción a implementar.

La Unión Europea desarrolló un destacado liderazgo durante el primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, favorecido en buena medida por la decisión estadounidense de no ratificar el tratado, y mantenerse al margen del sistema desarrollado conforme a sus previsiones. Sin embargo, esta posición de liderazgo en la negociación internacional climática fue diluyéndose a medida que se hacía necesario alcanzar el acuerdo que permitiera adoptar nuevos compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, en un nuevo periodo de cumplimiento que debía comenzar en 2013⁹. En la Decimoquinta Conferencia de las Partes de la Convención Marco y la Quinta reunión de las Partes del Protocolo de Kioto, celebradas en Copenhague en 2009, quedó patente la pérdida de relevancia

⁹ Conforme al texto adoptado en 1997, el Protocolo de Kioto se configuró con un primer periodo de cumplimiento que finalizaría el 31 de diciembre de 2012, de forma que el segundo periodo tenía que diseñarse en función de las necesidades ambientales, sociales y políticas, y mediante el procedimiento de enmienda señalado en los artículos 2.9, 20 y 21.7 del mismo texto.

negociadora de una Unión Europea que había acudido con el objetivo de convertirse en el principal protagonista en el foro global de negociación¹⁰. No puede enunciarse una causa única de este declive en su posición negociadora, no cabe duda de que la conjunción de una presencia más activa de Estados Unidos en la Conferencia de las Partes, y los estragos de una crisis económica que necesitaban de una mayor atención interna, explica en buena medida esta situación. Lo cierto es que, sean prioritariamente unas causas u otras, la Unión Europea se fue quedando aislada en una vía de negociación en la que su objetivo prioritario era adoptar un segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto.

La estrategia de la Unión Europea en Copenhague se había basado en acudir con un desarrollo legislativo previo y unilateral, que aportara credibilidad a su posición negociadora. Es decir, la posición europea partía de aprovechar la experiencia desarrollada en el primer periodo de cumplimiento y asumir compromisos propios, al margen de que se produjese también la aceptación por otras Partes en el Protocolo. La diplomacia basada en el ejemplo definió la posición europea, de forma que la aprobación del denominado paquete de medidas sobre clima y energía para 2020 supuso el principal argumento para tratar de crear la confianza necesaria con la que alcanzar nuevos compromisos internacionales de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. El Consejo Europeo de marzo de 2007 configuró las líneas básicas de este paquete legislativo, que mediante una actuación transversal en la normativa europea pretende alcanzar, para 2020, el objetivo de reducir en un 20% las emisiones de gases de efecto invernadero, tomando como base el año 1990; incrementar la presencia de energías renovables en un 20%; y mejorar la eficiencia energética en otro 20%¹¹.

Entre las medidas incluidas en este paquete legislativo, destacó la modificación del régimen de comercio de derechos de emisión, principal instrumento para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en el sistema europeo. No cabe duda de que el mercado de emisiones europeo supone un relevante modelo de esta técnica de mercado para la mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero, cuyos logros y defectos suponen una experiencia observada por otras Partes en el régimen climático in-

¹⁰ Vid. Ana Barreira López, «El papel de la UE en las negociaciones de cambio climático», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 42 (2010): 41-57; y Rosa Giles Carnero, «La reunión de Copenhague de 2009: las nuevas negociaciones en torno al Principio de Responsabilidades Comunes pero diferenciadas de los Estados en materia de clima», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 42 (2010): 125-153.

¹¹ Vid. Conclusiones del Consejo Europeo de 8 y 9 de marzo de 2007 [7224/1/07]. Estos objetivos fueron incluidos en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, *EU-ROPA 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* [COM (2010) 2020], que recoge la estrategia de crecimiento de la Unión Europea hasta 2020.

ternacional¹². El nuevo objetivo de este instrumento definido por el Consejo Europeo para presentarlo en la reunión de Copenhague fue el de reducir un 21% las emisiones de los sectores incluidos en el régimen respecto de las registradas en 2005, lo que suponía un relevante esfuerzo de mitigación, y abría una nueva fase en el desarrollo de la actividad en este mercado¹³.

La actuación sobre los sectores no controlados por el comercio de derechos de emisión se llevaría a cabo mediante el sistema de distribución del esfuerzo entre los Estados miembros, de forma que se realizó una atribución de porcentajes que incluían un amplio espacio entre la reducción del 20% atribuida a los países más ricos, y el incremento del 20% en los de peor situación¹⁴. Estas medidas quedarían complementadas con la actuación en el ámbito de la energía, en el que destacaban tanto las medidas legislativas en materia de energías renovables¹⁵, como las relativas a

¹² La Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DOUE L 275 de 25 de octubre de 2003), estableció las bases de este mecanismo de reducción de emisiones a la atmósfera, y en su evolución se han incluido diferentes modificaciones que han pretendido superar algunos de los problemas que ha planteado su puesta en marcha. Sobre esta evolución *vid.* Pablo Antonio Fernández Sánchez, «El comercio de derechos de emisiones de CO₂ en la UE, esperanza para el clima o nuevo modelo de mercadeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 39 (2011): 369-406; Beatriz Pérez de las Heras, «El régimen europeo de comercio de emisiones en el período post-Kiotou: mecanismo más armonizado y de responsabilidad diferenciada, paradigma de un mercado mundial de carbono», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 26 (2002): 1-26. Íñigo Sanz Rubiales y Susana Aníbarro Pérez, coord., *Cambio climático y Unión Europea: presente y futuro del mercado europeo de emisiones* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

¹³ Las emisiones controladas por el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión incluyen las procedentes del sector de la aviación y de las grandes instalaciones de los sectores eléctrico e industrial, y comprende, aproximadamente, el 45% de las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión Europea.

¹⁴ Los sectores no incluidos en el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión suponen el 55% del total de las emisiones de la Unión Europea, y la distribución del compromiso en su reducción se realiza conforme a la Decisión n.º 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020 (DOUE L 140 de 5 de junio de 2009).

¹⁵ La Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DOUE L 140 de 5 de junio de 2009) incluye el reparto entre los Estados miembros del esfuerzo para el incremento de las energías renovables; y sería completada por la Directiva (UE) 2015/1513 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se modifican la Directiva 98/70/CE, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo, y la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 239 de 15 de septiembre de 2015).

eficiencia energética¹⁶. Se conformaba, de esta forma, todo un paquete de medidas de carácter transversal, con el objetivo de alcanzar un ambicioso reto de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y evolucionar hacia una economía hipocarbónica.

Como se ha señalado, la estrategia negociadora europea no produjo en Copenhague el resultado esperado, no sólo la Unión Europea perdió protagonismo en la negociación internacional, sino que los resultados obtenidos en el encuentro de 2009 distaron mucho de unas previsiones que lo anunciaban como la última oportunidad para evitar un vacío entre los sucesivos periodos de cumplimiento del Protocolo de Kioto. El acuerdo sobre un nuevo periodo de cumplimiento no fue posible hasta la octava sesión de la Reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto, celebrada en Doha a finales de 2012, en la que fue adoptada una enmienda a este tratado que establece nuevos compromisos para un segundo periodo de cumplimiento comprendido entre 2013 a 2020. El acuerdo para la adopción de este nuevo texto se logró, pero la eficacia ambiental del segundo periodo de cumplimiento quedaba muy limitada debido al escaso número de Estados Partes incluidos en el Anexo I de la Convención Marco que se mostraron dispuestos a aceptar nuevos compromisos de reducción. Las Partes que son Estados desarrollados, y que asumirán obligaciones cuantificadas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el nuevo periodo, son menos que las que lo hicieron en el texto inicial de 1997, y suponen un escaso porcentaje de las emisiones globales¹⁷.

¹⁶ En materia de eficiencia energética también se contemplan compromisos de los Estados miembros para su incremento, *vid.* en particular: la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE (DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012); y la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios (DOUE L 153 de 18 de junio de 2010).

¹⁷ Al comparar el listado de los Estados con compromisos de reducción en el primer periodo de cumplimiento y los que los asumirán en el segundo, aparecen diversas situaciones. Canadá ha sido el único Estado que ha abandonado el Protocolo de Kioto conforme al procedimiento de denuncia de su artículo 27. Los Estados que asumen nuevos compromisos de reducción de emisiones para el periodo 2013-2020 son Australia, Croacia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega, Suiza y Ucrania, a los que se suma la Unión Europea y sus Estados miembros. Los Estados desarrollados que no han aceptado nuevos compromisos cuantificados de reducción de emisiones siguen siendo Partes en el Protocolo de Kioto, y también entre ellos aparecen diferencias. Así, por ejemplo, mientras que Nueva Zelanda anunció que adoptaría medidas de reducción de emisiones para el periodo 2013-2020 con arreglo a los objetivos de la Convención Marco, la Federación Rusa y Japón comunicaron que no asumirían compromisos de reducción en el nuevo periodo.

En lo que respecta a la Unión Europea, si se acude a la columna del Anexo B de la Enmienda en la que aparecen los porcentajes de reducción de emisiones comprometidos, y se hace una lectura conjunta con las declaraciones de las Partes incluidas en la misma Decisión de la Reunión de las Partes, puede afirmarse que el compromiso asumido es el de reducir en un 20% sus emisiones de gases de efecto invernadero tomando como año base general 1990, a lo que se suma el ofrecimiento de incrementar el porcentaje al 30% para el año 2020 «a condición de que otros países desarrollados se comprometen a aplicar reducciones comparables de sus emisiones y los países en desarrollo hagan una contribución adecuada con arreglo a sus responsabilidades y capacidades respectivas»¹⁸. En el enmendado Protocolo de Kioto la Unión Europea asumiría, por tanto, unos porcentajes de reducción en todo caso, que podrían incrementarse en función del éxito con el que fuera desarrollándose el proceso negociador en el marco de la Conferencia de las Partes.

Aunque se ha enunciado la obligación internacional que asumiría la Unión Europea, no puede olvidarse que tanto el compromiso de reducción del 20% como el eventual incremento al 30%, suponen el objetivo general que ya había sido acordado de forma unilateral previamente a la reunión en Copenhague. Como ya se ha señalado, la Estrategia 2020, diseñada como la hoja de ruta del desarrollo económico de la Unión Europea en la presente década, asume estos objetivos como parte de un crecimiento que debe ser sostenible a largo plazo; mientras que el paquete sobre clima y energía supone un amplio entramado en el que tanto la política de cambio climático como la energética confluyen para alcanzar los objetivos previstos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. La implementación europea del segundo periodo del enmendado Protocolo de Kioto supone, de hecho, el cumplimiento de su normativa previamente decidida, ya que el diseño mismo de este nuevo periodo se debe en buena medida a la actividad de la Unión Europea y supone la proyección internacional de los objetivos diseñados en la normativa interna¹⁹. De esta forma, las previsiones del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto y del paquete sobre clima y energía quedan interrelacionadas, y suponen el escenario de influencia internacional y el compromiso interno de la Unión Europea en materia de cambio climático.

¹⁸ *Vid.* Decisión 1/CMP.8, Enmienda al Protocolo de Kioto de conformidad con su artículo 3, párrafo 9 (enmienda de Doha).

¹⁹ Ver en este sentido las Conclusiones del Consejo de 25 de octubre de 2012, para la preparación de la COP18-CMP8, en las que puede observarse la interacción entre ambos sistemas.

La escasa participación en el sistema de obligaciones definidas sitúa, además, a la Unión Europea como el principal escenario en el que se desplegarán los efectos ambientales del Protocolo de Kioto. Si se repasa el listado de Estados con compromisos de reducción en el periodo de 2013 a 2020, aparece que, a excepción de Australia, el territorio europeo es el ámbito en el que este instrumento desplegará su limitada eficacia. Puede afirmarse, por tanto, que el cumplimiento de los objetivos del Protocolo de Kioto va a coincidir, en buena medida, con el cumplimiento de los objetivos de la política climática de la Unión Europea. De nuevo, esta situación sitúa al modelo de actuación climática de la Unión Europea como el principal escenario en el que se ha desarrollado una experiencia que resultará valiosa a la hora de afrontar nuevas etapas en el régimen climático. El modelo europeo de reducción de emisiones aparece en el contexto del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto como la principal contribución a esta etapa del régimen internacional, no sólo como la implementación de unos compromisos concretos, sino como un espacio de experiencia en la aplicación de medidas de mercado y de actuación multi-nivel.

La incidencia ambiental de la Enmienda de Doha será, en cualquier caso, pequeña debido al escaso número de Estados del Anexo I que han aceptado nuevos compromisos de reducción, pero a esto debe añadirse que resulta incierta la posibilidad de que finalmente se alcance el número requerido de aceptaciones para su definitiva entrada en vigor. Pese a su escaso impacto ambiental, la participación en este segundo periodo de cumplimiento supondría una muestra del compromiso adquirido en el desarrollo de medidas de mitigación del cambio climático, así como la continuidad de la experiencia de actuación institucional que se había desarrollado en el primer periodo. Debido a esto, la Unión Europea ha defendido la conveniencia de su participación, e incluso ha anunciado la fecha de su aceptación en diversas ocasiones, pese a todo lo cual, no ha sido posible la prestación del consentimiento. Algunos Estados miembros han aceptado la enmienda, como por ejemplo Rumanía, el 3 de mayo de 2016, e Italia el 18 de julio de 2016, ésta segunda introduciendo una declaración sobre la competencia de la UE²⁰. La adopción

²⁰ En particular, Italia ha declarado al aceptar la enmienda que: «with regard to the instrument of acceptance of the Doha Amendment to the Kyoto Protocol deposited on 18 July 2016, the Government of Italy would like to point out that given the nature of the rights and obligations provided for therein and taking into account the legal system of the European Union (the EU) and its Member States, implementation will only be possible and obligations will come into effect once the EU and all its Member States will have deposited their relevant instruments of acceptance». Puede consultarse el estado de aceptación y las declaraciones presentadas en el sitio web: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=en

en el verano de 2015 de una Decisión del Consejo respecto a la aceptación de la enmienda pareció anunciar que se produciría antes de la celebración del encuentro en París previsto para el mismo año, finalmente no fue posible, y este último gesto no se ha llegado a producir²¹.

Aunque el efecto práctico de la ratificación europea es escaso, debido a que la Unión Europea ha asumido los objetivos del segundo periodo de cumplimiento de forma unilateral mediante el paquete sobre clima y energía para 2020, la aceptación de la enmienda tiene una importante trascendencia política en un actor que pretende desplegar una estrategia basada en el ejemplo. Aunque la obligación ambiental no aceptada se está cumpliendo conforme a la normativa europea en vigor, la aceptación continúa teniendo importancia tanto para mostrar el compromiso con el sistema internacional institucionalizado para la mitigación y adaptación al cambio climático, como respecto a la participación en un instrumento que incluye concretas obligaciones de información y un sistema institucionalizado de cumplimiento. Aunque el modelo de reparto de compromisos climáticos del Protocolo de Kioto ha sido abandonado al adoptar el Acuerdo de París, la experiencia acumulada en los años de su vigencia será aprovechada en las nuevas fases del régimen. En este aspecto, la contribución de la Unión Europea ha sido relevante a la hora de convertir al modelo europeo en el principal referente para la aplicación de medidas de mitigación, pero los problemas para poder finalizar una aceptación a la Enmienda de Doha resultan preocupantes a la hora de valorar la capacidad de mantener el compromiso con la actuación climática en los próximos años.

III. El paquete europeo sobre clima y energía como contribución determinada a nivel nacional en el contexto del Acuerdo de París

Como ya se ha apuntado, el Protocolo de Kioto se caracterizó por utilizar una interpretación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados, que se limitaba a hacer recaer los compromisos de mitigación sólo sobre los desarrollados incluidos en el Anexo I de la Convención Marco. El sistema adoptado en 1997 conjugó la aplicación del concepto de equidad, conectado a las emisiones históricas, y del principio del derecho al desarrollo, para promover un sistema en el que Estados con un alto potencial emisor de gases de efecto invernadero no

²¹ *Vid.* Council Decision on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Doha Amendment to the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change and the joint fulfilment of commitments thereunder, 12 de junio de 2015, [10400/5/14 REV 5].

asumirían compromiso alguno de limitación por ser calificados de países en vías de desarrollo. Esta situación conllevó una importante ineficacia para la consecución de los objetivos ambientales, y se fue agravando a medida que se iba produciendo un cambio de circunstancias que convertirían a algunos Estados en vías de desarrollo en los principales emisores de gases de efecto invernadero, y les dotaba de mayor protagonismo económico y comercial.

Esta experiencia del Protocolo de Kioto mostró la necesidad de buscar una nueva aproximación para el desarrollo del régimen climático, y en la decimoséptima sesión de la Conferencia de las Partes, celebrada en Durban a finales de 2011, se acordó el inicio de un proceso para «elaborar un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal» en el contexto de la Convención Marco, y que debía culminar con la adopción de un nuevo acuerdo internacional en la vigésima primera sesión de la Conferencia de las Partes, a celebrar en París en 2015²². El que posteriormente se calificaría de Acuerdo de París tenía que ser un nuevo acuerdo climático global y ambicioso, que permitiera lograr el objetivo de evitar la subida de la temperatura global del planeta por encima de los 2.°C, y supusiera el marco jurídico de referencia único a partir de 2020.

El concepto de las contribuciones previstas determinadas a nivel nacional (INCDs, por sus siglas en inglés) apareció en el proceso negociador del nuevo texto como la solución para incluir compromisos generales para las Partes en la Convención Marco que, a su vez, tuvieran en cuenta las diferentes circunstancias nacionales. La Conferencia de las Partes, en su décimo noveno periodo de sesiones, celebrado en Varsovia en noviembre de 2013, invitó a las Partes a iniciar o desarrollar la preparación de sus INCDs como nuevo método para asegurar el avance del régimen internacional en materia de clima, llamamiento que fue reiterado en su vigésima reunión celebrada en Lima en diciembre de 2014²³. Se estableció así un procedimiento en el que se animaba a las Partes a presentar su previsión respecto a sus planes nacionales de actuación en materia de cambio climático a partir de 2020, de forma que estas aportaciones se convirtieran en la base de la negociación de los compromisos internacionales que estarían dispuestas a asumir. En este nuevo modelo, el diseño de la norma internacional parte de una primera actuación de los sujetos que habrán de prestar el consentimiento y proceder a

²² Vid. Decisión 1/CP.17, *Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada*, par. 2 y 4.

²³ Vid. la Decisión 1/CP.19, *Intensificación de los trabajos relativos a la Plataforma de Durban*, 19.º periodo de sesiones, celebrado en Varsovia del 11 al 23 de noviembre de 2013, para. 2; y Decisión 1/CP.20, *Llamado de Lima para la Acción Climática*, 20.º periodo de sesiones, celebrado en Lima del 1 al 14 de diciembre de 2014, para. 9.

su aplicación, al tiempo que diferencia los compromisos en función de la situación específica de cada uno de ellos. En la búsqueda de la efectividad negociadora, este procedimiento pretendía asegurar el compromiso efectivo con las medidas internacionales que pudieran adoptarse, y para ello se aceptó asumir un sistema flexible de obligaciones en el que incluyeran diferentes tipos de actuaciones que compartiesen un efecto final de beneficio climático.

La figura de las INDCs sería trasladada al Acuerdo de París que las incluyó como la pieza clave del sistema de obligaciones climáticas que instituye. En su artículo 4, el tratado recoge la obligación de las Partes de preparar, comunicar y aplicar las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDCs, en sus siglas en inglés) que permitan estabilizar la temperatura del planeta a niveles seguros. Cada NDCs tendrá que revisarse cada cinco años, incrementando su ambición respecto a la consecución de los objetivos climáticos previstos. De esta forma, se establece un sistema progresivo en el que todas las Partes asumen compromisos independientemente de si son desarrolladas o no, pero con una extensa diferenciación en función de las circunstancias específicas de cada una. Desde una óptica global, se inicia un proceso de «descarbonización» general a través de la actuación diferenciada en cada uno de los sistemas nacionales.

Respecto al contenido que deberá incluirse en las NDCs, el artículo 4 va a remitir a la experiencia desarrollada en la negociación del Acuerdo de París. Durante las sucesivas reuniones de la Conferencia de las Partes fueron incluyéndose diferentes referencias que ayudaron a conformar el contenido mínimo que tendrían que incluir. En su décima novena reunión, la Conferencia de las Partes señaló que las INDCs debían incluir una información que facilitara la claridad, la transparencia, y la comprensión de las medidas a adoptar²⁴; mientras que en la siguiente reunión se precisó algo más el contenido al señalar que «deberá representar un avance con respecto a los compromisos actuales de esa Parte» y «podrá incluir, entre otras cosas, según corresponda, información cuantificable sobre el punto de referencia (con indicación de un año de base, cuando proceda), los plazos y/o períodos de aplicación, el ámbito y la cobertura, los procesos de planificación, los supuestos y los enfoques metodológicos, incluidos los destinados a estimar y contabilizar las emisiones y, cuando sea el caso, las absorciones antropógenas de gases de efecto invernadero, y una indicación de los motivos por los que consideren que su contribución prevista determinada a nivel nacional es justa y ambiciosa, a la luz de sus respectivas circunstancias nacionales, y de la manera en que contribuye a la consecución del objetivo de la

²⁴ *Vid.* Decisión 1/CP.19, para. 2 (b) y (c).

Convención»²⁵. A esto se añade que también en esta última reunión se invitó a todas las Partes a aportar sus planes de adaptación o a incluir un componente de adaptación en su contribución, de forma que se aceptaba que en la INDCs se incluyeran también compromisos e información sobre este apartado²⁶.

El procedimiento de presentación de las INCDs resultó un éxito a juzgar por las contribuciones presentadas, que supusieron el punto de partida para crear un clima de confianza mediante el que se adoptó el Acuerdo de París, y pudo obtener las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor en escasos once meses. Durante este proceso, la Unión Europea y sus Estados miembros se declararon comprometidos con el objetivo de adoptar un acuerdo global con capacidad jurídica vinculante. La Unión Europea reestructuró, de esta forma, su estrategia de negociación para tratar de mantener su capacidad protagónica en un escenario climático en el que un nuevo orden internacional se definía, tanto en los objetivos a alcanzar como en los actores relevantes. En las Conclusiones del Consejo Europeo, celebrado en octubre de 2014, se declaró el compromiso para alcanzar este acuerdo internacional, al tiempo que se avanzó en las medidas internas que se desarrollarían en su contexto²⁷. En este sentido, el Consejo Europeo concluyó con la decisión de apoyar una acción eficaz en materia de cambio climático a nivel internacional, al tiempo que con la de avanzar en el objetivo interno de configurar una economía baja en carbono. Una vez más se trataba de mostrar que la posición negociadora internacional resultaba coherente con un desarrollo legislativo interno, que se podía anticipar a la conformación definitiva del compromiso internacional, y servir de referente al resto de Partes negociadoras.

En aquella reunión, el Consejo europeo asumió que los objetivos previstos para 2020 se cumplirán, por lo que era posible avanzar en otros más ambiciosos y retomar una senda que se había desdibujado en las reuniones dedicadas a los urgentes problemas de la crisis económica. En consecuencia, la Unión Europea anunció su compromiso de reducir para 2030 un 40% las emisiones sobre el año base de 1990, así como un incremento al 27% de la presencia de renovables en el sistema energético y el mismo incremento en eficiencia energética. Se señaló, además, que el comercio europeo de derechos de emisión debía continuar como el principal instrumento para conseguir el objetivo de reducción de emisiones, a lo que se sumaría el paquete de medidas que fueran necesarias en el marco de la cada una de las políticas

²⁵ *Vid.* Decisión 1/CP.20, para. 10 y 14.

²⁶ Ver Decisión 1/CP.20, para. 12.

²⁷ Conclusiones del Consejo Europeo de 23 y 24 de octubre de 2014, EUCO 169/14, 24 de octubre de 2014.

sectoriales. Es decir, el Consejo dibujaba una nueva fase del paquete europeo sobre clima y energía que transcurrirá en el periodo de 2020 a 2030, aceptando la continuidad de las principales líneas de actuación desarrolladas que reciben un nuevo impulso y revisión. El paquete de medidas continuaba y progresaba, y en las conclusiones se subrayaba la idea del esfuerzo añadido, cuestión que sería clave para trasladarla a un proceso de negociación en el que se pretendía que la acción internacional pudiera avanzar sobre la base de unos compromisos cada vez más ambiciosos a desarrollar en las políticas nacionales.

Con esta determinación la Unión Europea muestra que la cuestión del cambio climático sigue siendo prioritaria en el desarrollo de su política internacional, y que su estrategia para mantener su influencia en los foros de negociación sigue siendo convertirse en el modelo de una sociedad baja en carbono. La Unión Europea se situaba, de esta forma, en la avanzadilla de los Estados dispuestos a colaborar con el régimen internacional, creando una confianza mutua en la que desarrollar el consenso sobre acciones ambientales cada vez más ambiciosas. La nueva fase del paquete sobre clima y energía pasaría, una vez más, a convertirse en el contenido del compromiso climático internacional que desde el ámbito europeo se ofrecía al régimen internacional, y en esta ocasión quedaría recogido en la INDCs. Si el segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto había mostrado una situación en la que la política climática interna de la Unión Europea se había convertido en el principal contenido; en esta nueva fase esa misma política quedaría recogida como una de esas contribuciones nacionales con las que el régimen internacional pretendía cumplir sus objetivos. Finalmente, la INDC europea fue presentada de forma conjunta por Latvia, que ostentaba la presidencia del Consejo Europeo, y por la Comisión Europea en representación de la Unión Europea y sus Estados Miembros el 6 de marzo de 2015²⁸.

Conforme al texto presentado, la Unión Europea y sus Estados miembros actuarán conjuntamente para la implementación de la contribución nacional a los objetivos ambientales del régimen internacional en materia de cambio climático que se describe. En particular, se señaló el compromiso de reducir en, al menos, un 40% las emisiones de gases de efecto invernadero tomando como base 1990, y durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2030. Como puede observarse, este objetivo se corresponde con el anunciado en el Consejo Europeo de octubre de 2014, y se conecta con la nueva fase del paquete europeo so-

²⁸ La Secretaría de la Convención Marco ha articulado un registro público on line en el que pueden consultarse las diferentes contribuciones nacionales, *vid.* <http://www4.unfccc.int/submissions/indc/Submission%20Pages/submissions.aspx>.

bre clima y energía. Deben destacarse además dos previsiones, la primera es que la reducción de las emisiones pretende ser únicamente doméstica, ya que se informa del compromiso de no utilizar mecanismos de mercado; la segunda se refiere al hecho de que la acción presentada se circunscribe únicamente al ámbito de la mitigación, sin que se haya incluido ninguna previsión respecto a adaptación.

En el texto de la contribución se señaló que la implementación de la INDC se realizará mediante el despliegue de las medidas incluidas en el paquete europeo sobre clima y energía. Se recordó las actuaciones ya en marcha y cuyo periodo de vigencia es hasta 2020, así como el hecho de que se insertan en el sistema del segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto, y por tanto en un sistema de verificación internacional, de forma que quedaba patente la línea de continuidad de los compromisos climáticos europeos. El esfuerzo agregado en esta nueva fase se concretaba en el anuncio de nuevas medidas que empezarían a tramitarse en 2015 y 2016, dirigidas a alcanzar los nuevos objetivos para 2030, y que afectarían tanto a los sectores incluidos en el mercado europeo de emisiones, como al resto. El enfoque transversal, coherente con el principio de integridad del artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se mantiene vigente en esta nueva fase del paquete sobre clima y energía, de forma que se señala expresamente la actuación en los ámbitos de energía, procesos industriales y uso de productos, agricultura, residuos, el uso de la tierra, el cambio del uso de la tierra y la silvicultura²⁹.

La INDC europea se insertó, por tanto, en un proceso que ha permitido la adopción y rápida entrada en vigor del Acuerdo de París, y se configuró como la contribución europea al esfuerzo por avanzar en el régimen climático internacional³⁰. No obstante, nuevos interrogantes se abren respecto a las fases subsiguientes. La primera cuestión es la de la ratificación del Acuerdo de París que, como tratado mixto, debe realizarse conforme al artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La Unión Europea presentó su aceptación el 5 de octubre de 2016, como también lo hicieron algunos Estados miembros como Alemania, Austria, Francia, Hungría, Malta o Portugal. Por muy diversas razones, otros Estados miembros

²⁹ En particular, se incluye la referencia a la Decisión 529/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre normas contables aplicables a las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes de actividades relativas al uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura y sobre la información relativa a las acciones relacionadas con dichas actividades (DOUE L 165 de 18 de junio de 2013).

³⁰ La comparación de la INDC europea con la de diferentes Estados desarrollados muestra una mayor ambición de los objetivos ambientales previstos.

han ido retrasando su aceptación, de forma que aún quedan algunos por prestar su consentimiento al nuevo tratado. Completado el proceso de ratificaciones europeas, quedaría el de tramitar las reformas requeridas del paquete sobre clima y energía.

La nueva fase legislativa se enmarcaría en las previsiones de la Comisión Europea contenidas en la Hoja de Ruta de 2050 hacia una economía sin carbono, y requiere la revisión normativa aún en fase de discusión en diversos sectores como el mercado de emisiones, el sistema de distribución del esfuerzo, y la estrategia de transportes; o ya en fase de propuestas como en los sectores de las energías renovables, la eficiencia energética y los mercados de la energía³¹. En este escenario las divergencias y los recientes problemas surgidos en el proceso de integración europea tendrán que enfrentarse para llegar a nuevos acuerdos. La ratificación progresiva del Acuerdo de París, parece mostrar un dato positivo respecto de la implicación de los Estados miembros en la consecución de unos objetivos climáticos que se han imbricado en la base de un determinado modelo de desarrollo económico y social³². No obstante, la tensión surgirá sin duda entre los aquellos socios más proclives al avance de la regulación europea hacia objetivos más ambiciosos, y los más reticentes³³.

IV. Conclusiones

El cambio climático supone uno de los desafíos más trascendentes para la sociedad internacional contemporánea, si no se actúa a tiempo las

³¹ Vid. Comunicación de la Comisión, de 8 de marzo de 2011, *Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050* [COM(2011) 112].

³² El modelo de crecimiento europeo supone la opción de una estrategia económica que permita avanzar en la consecución de objetivos climáticos, de forma que trasciende lo ambiental para convertirse en una cuestión de toma de decisiones sobre la naturaleza del desarrollo europeo. Desde esta perspectiva y a modo de ejemplo, deben tenerse en cuenta reflexiones como las de Sebastian Oberthür, que entre los diferentes aspectos de la política europea a revisar para mantener el liderazgo en la escena internacional, incluye la conveniencia de facilitar e incentivar la acción de instituciones regionales y locales, y de actores privados. Vid. Sebastian Oberthür, «The European Union in Crisis: What Future for the EU in International Climate Policy?», *IES Policy Brief* 18 (2016): 1-4.

³³ Los objetivos climáticos pretendidos van a requerir actuaciones ambiciosas en diversos sectores que pueden poner de manifiesto las reticencias que algunos Estados ya han mostrado en el desarrollo de las medidas actualmente en vigor. El caso de España en materia de renovables, puede resultar ilustrativo de las tensiones ya producidas y que tendrán que enfrentarse en el proceso de modificación legislativa requerida. Vid. Manuela Mora Ruíz, «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 60 (2016): 82-84.

consecuencias pueden ser catastróficas para la vida humana en el planeta, pero la actuación efectiva conlleva un importante cambio de vida y del modelo de desarrollo occidental. La llamada a la actuación comporta replantear cómo vivir en un mundo limitado de recursos, y con un equilibrio ecológico sensible, el reto es evolucionar hacia sociedades hipocarbónicas en las que los sistemas energéticos y de consumo sean esencialmente diferentes a los desplegados en las últimas décadas en los países desarrollados. Ante este reto global, la Unión Europea tiene una cualificada responsabilidad, por incluir un espacio con importantes emisiones históricas que colaboraron a general el problema; pero también una interesante oportunidad de convertirse en modelo de una sociedad cuyo crecimiento económico y social se realice acompañado de una disminución de sus emisiones de gases de efecto invernadero. La aproximación que la Unión Europea ha elegido ante el cambio climático no tiene únicamente consecuencias ambientales, sino que incide en el modelo económico y social a desarrollar en el espacio europeo. Esta idea ha quedado clara en la Estrategia 2020, de forma que la Unión Europea ha optado por un determinado tipo de crecimiento económico en el que resulta imprescindible el desarrollo de medidas como las incluidas en el paquete sobre clima y energía y que se han descrito en el presente trabajo.

Si en la esfera interna la apuesta de la Unión Europea por el cumplimiento de objetivos climáticos se interconecta con un concepto de desarrollo que pretende ser a un tiempo sostenible y competitivo, en la esfera internacional ha mantenido su esfuerzo por ostentar el liderazgo en el desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático. El devenir de la negociación climática global situó primero a la Unión Europea en una posición ventajosa, ante la ausencia de Estados Unidos en el sistema del Protocolo de Kioto, pero después le restó relevancia ante el retorno de aquel a la escena climática y el cambio de circunstancias económicas, sociales y ambientales que situaban a las economías emergentes, y especialmente a China, en la primera línea de relevancia. La Unión Europea tuvo que reestructurar sus objetivos para mantenerse entre los principales actores negociadores del nuevo tratado internacional que se materializaría en el Acuerdo de París, pero se mantuvo la misma estrategia durante toda la evolución del régimen, basada en conectar su posición internacional con la acción interna desarrollada de forma unilateral. Esta posición dotaba de credibilidad a la postura negociadora europea, y le ha permitido establecer diversas alianzas en un escenario en el que ha resultado difícil desarrollar una posición relevante más allá del eje conformado por Estados Unidos y China.

En el contexto descrito, el paquete europeo sobre cambio climático y energía se ha convertido, al mismo tiempo, en el desarrollo de una política europea con unos objetivos ambientales, sociales y económicos estableci-

dos; en el contenido del compromiso climático internacional asumido por la Unión Europea; y en un modelo de implementación de la norma climática internacional que asumía objetivos ambiciosos y podía servir de ejemplo para otros Estados Partes. Debido a la posición adoptada por la Unión Europea y a las características del régimen internacional en materia de cambio climático, el paquete sobre clima y energía es el núcleo de una interacción entre la normativa europea y la internacional que va más allá de las cuestiones clásicas de la recepción y cumplimiento de la norma internacional, y transforman a la legislación europea en la más relevante contribución a la gestión internacional del cambio climático. La normativa europea se convierte en el escenario en el que experimentar acciones nacionales de mitigación que puedan mostrarse eficaces, y esta experiencia es lo que se traslada al sistema internacional previamente convertido en obligación interna. Se produce, de esta forma, un diálogo entre sistemas el que la experiencia de gestión se estructura en un sistema multinivel.

La negociación basada en el ejemplo alcanza, además, pleno significado en el sistema establecido por el Acuerdo de París. El fundamento de este nuevo texto es precisamente el diálogo y la interacción continuada entre el régimen internacional y los sistemas nacionales, de forma que sea la actuación de las Partes la que concrete un compromiso internacional que no está preestablecido, y que se mantiene abierto a su mejora en periodos de cinco años. La actuación de la diplomacia europea, y en particular de la francesa al situarse como anfitriona, influyó en el resultado de una nueva reunión de la Conferencia de las Partes en la Convención Marco que pudiera dar un resultado concluyente. Esta diplomacia partía de una estrategia en la que resultaba familiar que el avance de la norma internacional pudiera apoyarse en el avance previo de las Partes que pudieran liderar el proceso, y unido al nuevo diálogo entre Estados Unidos y China, se convirtió en la base sobre la que diseñar una nueva etapa de la acción internacional. En esta nueva fase, el paquete europeo en materia de clima y energía se sitúa de nuevo como el contenido básico de lo que será el compromiso adquirido a nivel internacional, pero además resulta un modelo de actuación con instrumentos como el mercado de emisiones que pueden presentar ya resultados de aplicación, y por lo tanto, la posibilidad de interactuar a su vez con sistemas nacionales de aplicación.

Nuevas incertidumbres se presentan tanto respecto del futuro del régimen internacional en materia de cambio climático, como de la reforma requerida del paquete europeo sobre clima y energía para alcanzar los objetivos de 2030. En un escenario u otro, el cuestionamiento es el del compromiso con objetivos ambiciosos de mitigación del cambio climático, y con la consecuente evolución hacia el desarrollo hipocarbónico. Los obstáculos aparecen desde diversos frentes, mostrando una vez más la difi-

cultad de los Estados para asumir el compromiso de una acción ambiental costosa en el corto plazo. Los diferentes problemas internos de la Unión Europea podrán reflejarse en la reforma de la normativa europea en fase de preparación, y esas dificultades mostrarán también si mantiene la capacidad de liderazgo en una negociación internacional que puede tomar un nuevo y difícil rumbo con el cambio de la presidencia estadounidense. Ante los retos, las contribuciones nacionales siguen presentándose en el marco del Acuerdo de París, por lo que a la Unión Europea se le ofrece un nuevo y propicio escenario para continuar desarrollando una relevante contribución al avance de la acción internacional en materia de cambio climático.

Sobre el autor

Rosa Giles Carnero es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva (España).

Ha sido coordinadora del Módulo Jean Monnet La Política de la Unión Europea en materia de cambio climático (2011-2014), centrando sus líneas de investigación en el marco del Derecho Europeo, en las políticas europeas ambiental y climática, en la acción europea para la igualdad de género, y en seguridad medioambiental. Entre sus principales trabajos en temática europea, se pueden señalar: Lince Ibérico: Aspectos jurídicos para la conservación de la especie, Grupo Lince de la Sociedad Española para la Conservación y Estudio de los Mamíferos (SECEM) (Autora junto a Javier Calzada, Manuela Mora Ruiz, y Clara Márquez Ruíz), Málaga, ISBN 978-84-614-3981-2, 2010; «La reunión de Copenhague de 2009: las nuevas negociaciones en torno al Principio de Responsabilidades Comunes pero diferenciadas de los Estados en materia de clima», Cuadernos Europeos de Deusto (ISSN 1130-8354), núm. 42 (Ejemplar dedicado a: Energía y Cambio Climático), pp. 125-153, 2010; Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro (Coordinadora), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (ISBN 978-84-9014-099-4), 2012; «Reflexiones en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», en *La Praxis de la Paz y los Derechos Humanos. Joaquín Herrera Flores In Memoriam, Jesús Abellán Muñoz y otros-as* (Editores), Eirene, Granada (ISBN 978-84-338-5439), pp. 263-285, 2012; «La acción internacional y europea en materia de cambio climático: construyendo la nueva fase 2013-2020», en *La negociación de emisiones GEI en los mercados de carbono. Régimen y regulación*, Isabel Rodríguez Martínez (Directora), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (ISBN 978-84-9059-077-4), pp. 39-62, 2014.

About the author

Rosa Giles Carnero is Professor of Public International Law and International Relations at the University of Huelva (Spain).

She has been coordinator of the Jean Monnet Module: European Union Climate Change Policy (2011-2014), concentrating his lines of research within the framework of European Law, on environmental and climate European policies, european action towards gender equality and environmental security. Among his main works on European themes are: *Lince Ibérico: Aspectos jurídicos para la conservación de la especie*, Grupo Lince de la Sociedad Española para la Conservación y Estudio de los Mamíferos (SECEM) (Autora junto a Javier Calzada, Manuela Mora Ruiz, y Clara Márquez Ruíz), Málaga, ISBN 978-84-614-3981-2, 2010; «La reunión de Copenhague de 2009: las nuevas negociaciones en torno al Principio de Responsabilidades Comunes pero diferenciadas de los Estados en materia de clima», *Cuadernos Europeos de Deusto* (ISSN 1130-8354), núm. 42 (Ejemplar dedicado a: Energía y Cambio Climático), pp. 125-153, 2010; *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro* (Coordinadora), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (ISBN 978-84-9014-099-4), 2012; «Reflexiones en torno a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», en *La Praxis de la Paz y los Derechos Humanos*. Joaquín Herrera Flores In Memoriam, Jesús Abellán Muñoz y otros/as (Editores), Eirene, Granada (ISBN 978-84-338-5439), pp. 263-285, 2012; «La acción internacional y europea en materia de cambio climático: construyendo la nueva fase 2013-2020», en *La negociación de emisiones GEI en los mercados de carbono. Régimen y regulación*, Isabel Rodríguez Martínez (Directora), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (ISBN 978-84-9059-077-4), pp. 39-62, 2014.

**De la «neutralidad» a la «imparcialidad» en la red.
Un análisis crítico de la política de la UE
sobre internet y algunas propuestas de mejora*.****

*From neutrality to impartiality in the Internet: the case of EU policies.
A critical analysis and proposals*

Rafael Rodríguez Prieto

Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Política
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.
rodpri@upo.es

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp217-246>

Sumario: I. Introducción.—II. La neutralidad en la Red en la UE: un análisis legislativo. 1. Antecedentes. 2. La regulación. 3. Críticas.—III. Neutralidad o imparcialidad? Una perspectiva crítica de la neutralidad en la Red.—IV. Conclusiones.

Resumen: La neutralidad en la Red es el principal pilar de Internet: asegura derechos fundamentales y un Internet abierto. Se supone que las compañías suministradoras de Internet no deberían discriminar, en términos generales, entre los contenidos de la Red. La neutralidad en la Red es imprescindible para preservar el acceso de todos a Internet. De otra manera, las corporaciones dividirían la Red entre líneas rápidas o lentas y sería el fin del Internet abierto. La Unión Europea trató de fortalecer la neutralidad en la Red al requerir a los proveedores del servicio el tratamiento igual de todo el tráfico sin favorecer a unos servicios sobre otros (EU la regulación sobre Internet abierto entró en vigor el 30 abril de 2016, de acuerdo a (EU) 2015/2120 de 25 noviembre 2015). No obstante, la regulación contiene lagunas que plantean dudas tanto a defensores de la neutralidad como del libre mercado. El Cuerpo de Reguladores Europeos para Comunicaciones Electrónicas (BEREC) publicó unas directrices para la aplicación de las obligaciones de las autoridades regulatorias nacionales con el fin de contribuir a la aplicación de la regulación que se adoptó el año anterior. Estas directrices no aclaraban la regulación. Este artículo se propone analizar la legislación. Se concentra en la

* Recibido el 12 de enero de 2017, aceptado el 22 de abril de 2017.

** El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación: «Las Respuestas del Derecho Internacional y Europeo a los Nuevos Riesgos y Amenazas Contra la Seguridad Humana» (RASEGUR), Plan Nacional de I+D+I (Ref.: DER2015-65906-P) y de la Red de Excelencia sobre «Los actuales desafíos del Derecho Internacional», del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (DER15-69273-RED).

discusión sobre la generación de líneas rápidas para servicios especializados, o el *zero rating*, bajo la cual ciertos servicios no consumirían datos del contrato mensual. Este artículo propone también una nueva y más adecuada aproximación a un Internet libre y abierto, denominada «Red imparcial».

Palabras clave: Internet, neutralidad, derechos fundamentales.

Abstract: *Net Neutrality is the Internet's main pillar: It means an Internet that enables civil rights and open Internet. Internet service corporations should not discriminate, in general terms, against any content that ride over those networks. Net Neutrality is necessary to preserve an equal access for everyone. Otherwise, corporations would carve the Internet into fast and slow lanes. It would be the end of open Internet. European Union attempted to strengthen net neutrality by requiring internet service providers (ISPs) to treat all web traffic equally, without favoring some services over others (EU rules on net neutrality (open internet) apply as of 30 April 2016, following the adoption of Regulation (EU) 2015/2120 on 25 November 2015). However, the regulation contained several loopholes that raised concerns both net neutrality groups and free trade advocates. On 30 August 2016 the Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) issued guidelines for the implementation of the obligations of NRAs in order to contribute to the consistent application of the Regulation that were adopted last year. The guidelines didn't clarify the regulation. This paper aims to analyze the legislation. It focuses on the discussion about fast lanes» for «specialized services,» or zero-rating, under which certain services would be exempt from monthly data limits. This paper proposes a new and more accurate approach to an open and free Internet, called «net impartiality».*

Keywords: Internet, neutrality, civil rights.

I. Introducción¹

La neutralidad en Internet implica desafíos de diversa índole. Por un lado, se entienden vinculados a una red neutral, todos aquellos que afectan a derechos como el tratamiento de la información personal y de la intimidad. Estos derechos han sido singularmente contemplados en el seno de la UE por parte del Supervisor Europeo de Protección de Datos. Por otro, se encuentra el acceso a la información. Este derecho se vincula con los principios y valores de Internet, como un medio de intercambio plural y abierto de ideas, conocimiento e información. Todos ellos han de ser además contextualizados. Un enfoque exhaustivo entenderá la importancia de analizar

¹ Este artículo forma parte del Proyecto DER2015-65906-P.

procesos paralelos como los comprendidos dentro de la economía política de la Red.

La Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/140/CE y el Reglamento (CE) n.º 544/2009 (DO L 337 de 18.12.2009, p. 37), reconoce en el punto 3, letra e), y en el 8, letra d) «la necesidad de mantener la apertura de internet al mismo tiempo que se garantiza que continuará ofreciendo servicios de gran calidad en un marco que promueve y respeta los derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de empresa (...) junto con la invitación a los Estados a «promover el carácter abierto y neutral de internet como objetivo de sus políticas». Se trata de una declaración elemental sobre los objetivos que se pretenden lograr cuando se insta a preservar la «neutralidad de la Red». Sin embargo, como se estudiará en este trabajo, tal neutralidad ha sido relativizada en las normas dictadas por la Unión Europea y en las directrices. Pero no solo eso. La propia concepción de la «libertad de empresa» puede ser objeto de controversia o incluso de posiciones antagónicas, dependiendo de la procedencia de sus defensores. Las operadoras —suministradoras del servicio de Internet— tendrán unos intereses y una concepción de la misma distinta de los proveedores de contenidos. Estos también cuentan con tamaños diversos, lo que influye en su concepción de tal libertad. En cuanto al concepto calidad, es cada día más vago, casi tanto como el de «apertura», que debe ser tomado con cuidado². Habría que decir que la calidad del servicio de telecomunicaciones ha dependido de la inversión del estado a través de empresas públicas que han sido privatizadas o de empresas privadas que han gozado de cuantiosas subvenciones, imprescindibles para su desarrollo actual. Sin ese papel decisivo de lo público, Internet no hubiera sido hoy posible.

La directiva referida se concretó en las normas de la UE sobre neutralidad en la red —discutidas desde 2013³—, lo que denominan *open internet*, implementadas desde el 30 de abril de 2016, siguiendo la regulación (EU) 2015/2120 de 25 de noviembre 2015. Esta regulación es de aplicación directa en los estados miembros de la UE. El 30 de agosto de 2016 el Cuerpo de Reguladores Europeos para Comunicaciones Electrónicas (*Body of European Regulators for Electronic Communications* – BEREC),

² De hecho, China ha considerado que esta idea potenciada por Clinton cuando fue Secretaria de Estado se ajusta a las necesidades estratégicas de EE.UU. y sus ataques cibernéticos, especialmente dirigidos a este país asiático.

³ La Comisión Europea envió su propuesta legislativa sobre el Mercado único de las telecomunicaciones («TSM») al Parlamento el 11 de septiembre de 2013.

en estrecha cooperación con la Comisión se establecieron unas líneas maestras para la aplicación de las obligaciones de las autoridades regulatorias nacionales con el fin de contribuir a una aplicación consistente de la regulación.

Anteriormente, hubo un interesante dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre Comunicación relativa al Internet abierto y la neutralidad de la red en Europa que contestaba a una comunicación de 19 de abril de 2011, adoptada por la Comisión Europea, cuyo fin fue orientar las políticas de la UE sobre neutralidad de la Red en los aspectos relacionados con la protección de datos y la intimidación. La Comisión Europea pretendió con esta regulación adelantarse a los legisladores de los estados miembros en una materia cada vez más relevante y que con una normativa muy fragmentaria podría erosionar el denominado mercado único de la UE.

Este trabajo se propone analizar la contribución de la UE a la regulación sobre la neutralidad en la Red. Con este fin, se analizarán los pasos dados para protegerla y garantizar los derechos antes mencionados a los ciudadanos europeos. Sin las debidas condiciones, podemos pasar en poco tiempo de una Red de carácter neutral y abierta a un Internet cuyo único fin sea el lucro económico de un reducido número de empresas y en la que la única guía sea la mercantilización radical de Internet (de una *net neutrality* a una *net profitability*). Las tendencias y procesos actuales que marcan Internet nos deben hacer especialmente cuidadosos y vigilantes con la preservación de los derechos y libertades públicas en el ciber mundo. La economía política es una buena herramienta para analizarlos de una manera contextualizada y compleja.

En una segunda parte, se evaluarán críticamente las vías elegidas por la UE para garantizar la neutralidad. La hipótesis de este artículo es que existen enormes insuficiencias y motivos para la preocupación en el tratamiento de la neutralidad en la Red realizado por la UE. Ciertamente, al contrario que en EE.UU. donde la protección es mayor pero su garantía más débil, liquidar las barreras establecidas en la UE es más complicado⁴. Pero esto no debiera ser óbice para reconocer los problemas que conlleva una legis-

⁴ Es posible que con la llegada de la nueva administración y el nombramiento de Ajit Pai al frente de la FCC puedan erosionarse algunas de las salvaguardas que se han establecido para la protección de la neutralidad en la Red durante la Administración Obama. A comienzos de abril de 2017 se quebró el intento de la administración Obama de salvaguardar datos personales de los clientes de estas compañías. Un primer paso ha sido la decisión de permitir a las empresas que suministran la conexión a Internet la venta de datos de sus clientes (localización, su historial de búsqueda o las aplicaciones descargadas) a compañías de publicidad.

lación que abre la puerta a la vulneración de la neutralidad en la Red en la UE. Por otra parte, tampoco se puede desvincular dicha neutralidad de procesos de concentración empresarial que afectan a proveedores de contenidos, como hacen la mayoría de los análisis que defienden la neutralidad de Internet. Esta es la razón de que este trabajo además proponga una concepción *imparcial*, más que neutral de Internet. Tal y como se ha señalado en Rodríguez y Martínez, el acusado proceso de oligopolización en Internet es síntoma de tendencias que mercantilizan Internet y lo transforman en el aparato de control personalizado⁵. En estos tiempos, el espionaje a los ciudadanos se está naturalizando peligrosamente hasta tal punto que una administración extranjera o una compañía transnacional, pueda tener en su territorio ficheros con datos de ciudadanos de otros estados. Este hecho en sí decreta la muerte de algunos de los principios del derecho internacional. La crítica parece quedar para centrarse en quién decide cómo usar los datos que se han recabado⁶.

Por sí esto no fuera ya de por sí preocupante, la quiebra de los derechos fundamentales y la democracia puede manifestarse de formas diversas. Una posibilidad es que en los planes de negocio de las compañías suministradoras del servicio se establezca que los proveedores de contenidos que deseen una conexión eficiente con los usuarios tengan que pagar un suplemento. De esta forma, medianos y pequeños proveedores serían expulsados progresivamente de la Red. Esta estrategia comercial también funcionaría dando gratis el acceso a determinados proveedores de contenidos y tarifando al resto (consumiendo datos del paquete mensual contratado por el usuario final). Las rentas bajas accederían a una Red hecha a imagen y semejanza de determinadas empresas, tal y como ya de hecho sucede en estados de África, Asia o América. Ya existen intentos como Internet.org⁷. Este hecho nos conduce a plantearnos la cuestión de si es mejor cualquier acceso a Internet, aunque sea en las condiciones que una gran corporación establece, que ningún acceso.

De lo que no hay duda, es que esta vía generaría una mayor concentración de Internet y facilitaría los acuerdos entre los gigantes que proveen de contenidos como Facebook y las corporaciones privadas que suministran acceso a la Red. No se puede ignorar que el mercado de Internet está ya muy concentrado, lo que debería ser una preocupación para las autorida-

⁵ Rafael Rodríguez Prieto y Fernando Martínez Cabezedo, *Poder e Internet. Un análisis crítico de la Red* (Madrid: Cátedra, 2016).

⁶ Julia Angwin, *Dragnet Nation. A Quest for Privacy, Security, and Freedom in a World of Relentless Surveillance* (New York: St. Martin's Griffin, 2014): 232.

⁷ Mark Zuckerberg, «Can't have it both ways on net neutrality». Acceso 5 de abril de 2017. <https://www.wired.com/2015/04/internet-org-zero-rating/>.

des encargadas de velar por la libre competencia. En este sentido, McChesney, recopila una serie de datos dignos de reflexión: Google tiene cerca del 70% de su mercado. Además, posee el 97% de la cuota de búsqueda a través de móviles. Microsoft Windows es usado por el 90% de los ordenadores a pesar del Mac de Apple y Linux. Apple vía iTunes controla el 87% del mercado de descargas de música. El 90% de los beneficio de los *smartphones* se los reparten entre Apple y Samsung⁸. Los últimos acontecimientos no nos permiten ser muy optimistas. Recientemente, la Comisión Europea acusó a Facebook de enviarle «informaciones inexactas o engañosas» en relación a la compra que hizo de WhatsApp. Sin embargo, a pesar de ello, no se plantea declarar inválida la operación, lo que evidencia la laxitud con la que las autoridades comunitarias se toman el establecimiento de límites a la concentración empresarial y la creación de posiciones de dominio en el mercado⁹. Además, en el caso de EE.UU. existe una peligrosa tendencia a la concentración de empresas que suministran el servicio de Internet entre sí y con proveedores de contenido con una notable influencia. Como señala Susan Crawford en un reciente artículo en *The New York Times*, Comcast compró NBCU hace pocos años y AT&T, que ya hizo lo mismo con DirecTV, pretende comprar la programación de HBO y CNN. Verizon ya adquirió AOL y está a punto de hacer lo mismo con Yahoo y quizá con Spectrum¹⁰.

En la parte final, se propondrá un modelo alternativo de «imparcialidad en la red» que matizará las críticas de un lado y otro en el debate sobre la neutralidad de Internet y realizará una propuesta centrada en el beneficio de los usuarios finales y la preservación y reforzamiento de sus derechos como ciudadanos.

Internet es una oportunidad para todos y así se configuró en sus inicios. Esta idea debe preservarse para que las generaciones futuras tengan la Red que hasta los últimos años hemos podido disfrutar y desarrollar: una Red confeccionada en común y sustentada por el intercambio de conocimientos e ideas. Desgraciadamente, hace tiempo que esta filosofía está en riesgo y, con ello, la democracia y los propios derechos humanos.

⁸ Robert W. McChesney, *Digital Disconnect. How Capitalism is Turning the Internet Against Democracy* (New York: The New Press, 2013): 124, 130-131.

⁹ Agencia EFE. *La CE acusa a Facebook de enviar a Bruselas datos «inexactos o engañosos»*. Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.efe.com/efe/espana/economia/la-ce-acusa-a-facebook-de-enviar-bruselas-datos-inexactos-o-enganosos/10003-3129797>.

¹⁰ Susan Crawford, «Donald Trump's Multi-Pronged Attack on the Internet», *The New York Times*, April 17, 2017. Agradezco a la profesora Rose Moss que me facilitara este texto.

II. La neutralidad en la Red en la UE: un análisis legislativo

1. Antecedentes

Probablemente, el antecedente más relevante, por su elaboración y la relevancia de sus objetivos, es el Dictamen sobre la neutralidad de la Red del Supervisor Europeo de Protección de Datos. Este dictamen tiene su antecedente en una Comunicación relativa al Internet abierto y la neutralidad de la Red en Europa de 19 de abril de 2011, adoptado por la Comisión Europea. Su fin primordial fue reaccionar a dicha Comunicación además de «contribuir al debate de las políticas de la UE en curso sobre neutralidad de la Red, especialmente sobre los aspectos relacionados con la protección de datos y la intimidad». El dictamen define lo que se debe entender por neutralidad en la Red, que versaría sobre «si debe permitirse a los proveedores de servicios de internet [«PSI7»] que limiten, filtren o bloqueen el acceso a internet o que puedan afectar de otro modo su funcionamiento». De acuerdo a los defensores de la neutralidad en la Red, la información en Internet ha de transmitirse con imparcialidad, sin que contenido, destino u origen influyan. En una situación de neutralidad, los PSI (proveedores del servicio de Internet) no podrían «priorizar o ralentizar el acceso a determinadas aplicaciones o servicios como los de igual a igual («P2P»)»¹¹. Hasta la fecha esta es la definición más satisfactoria de lo que se puede entender por un Internet que permite la libre concurrencia de una diversidad de proveedores de contenidos en condiciones de igualdad.

El problema que señala el Supervisor es que la inspección del tráfico de la Red plantea cuestiones importantes, que con frecuencia pasan desapercibidas o se marginan, en relación con la confidencialidad de las comunicaciones y el respeto de la intimidad de las personas y de sus datos personales cuando utilizan Internet¹². De hecho, aunque actualmente los usuarios españoles no se sienten vigilados en la Red, les inquieta a ocho de cada diez el uso que se pueda hacer de sus datos personales¹³.

¹¹ Diario Oficial de la Unión Europea. *Supervisor europeo de protección de datos*. Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.bizkaia.es/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-C34-01.pdf>.

¹² Tal y como señala el supervisor, «los PSI pueden vulnerar la confidencialidad de las comunicaciones, derecho fundamental garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el «CEDH») y los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»). La confidencialidad está además protegida en la legislación secundaria de la Unión Europea, en particular en el artículo 5 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas».

¹³ 18 encuesta anual Navegantes en la red, elaborada y presentada por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC). Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.aimc.es/-Navegantes-en-la-Red-.html>.

El objetivo del Supervisor fue subrayar la relevancia de la intimidad y la protección de datos en el debate sobre la neutralidad de la Red y la necesidad de respetar la normativa sobre confidencialidad de las comunicaciones. El ámbito del dictamen excluye cuestiones vinculadas con el acceso a la información. Ya desde entonces, existía la voluntad por parte de la UE de lograr un Internet abierto que no solo garantizara derechos fundamentales en el ámbito cibernético, sino también ayudara al progreso económico de las empresas europeas, evitando cualquier tipo de desventajas competitivas. Sin embargo, no se establecieron ningún tipo de obligaciones a los PSI.

El Supervisor entendía que era suficiente con «interpretar, aplicar y reforzar de forma adecuada el marco legislativo vigente para garantizar que se cumpliera el derecho a la confidencialidad y, en general, la protección de datos y la intimidad de los particulares». En todo caso, las modificaciones legislativas eran necesarias con el fin de mejorar el marco jurídico de la Unión Europea para la protección de datos, «con vistas a hacerlo más eficaz como consecuencia de las nuevas tecnologías y la globalización»¹⁴. Pareciera que el Supervisor estuviera «poniendo deberes» al legislador europeo y realizó una serie de recomendaciones para el posterior desarrollo legislativo.

Para el Supervisor, aunque «los PSI pueden aplicar políticas de gestión del tráfico destinadas a proporcionar seguridad en el servicio, al ofrecer el servicio, incluida la limitación de la congestión, según lo dispuesto en los artículos 4 y 6 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas», estos precisarían de un fundamento jurídico específico, y del consentimiento libre, explícito e informado y debe ser manifestado a través de una acción positiva de los usuarios, cuando las políticas de gestión del tráfico impliquen el tratamiento de los datos de tráfico o datos de la comunicación para la supervisión y filtrado de comunicaciones de los particulares a efectos de limitar (o permitir) el acceso a determinadas aplicaciones y servicios. No debieran derivarse consecuencias perjudiciales para los usuarios que no prestaran su consentimiento. Además, cualquier técnica de inspección de los PSI debe ser proporcional. Esta proporcionalidad implicaría determinar la clase de prácticas de inspección legítimas para garantizar la fluidez del tráfico, «lo cual puede no exigir el consentimiento por parte de los usuarios como, por ejemplo, la lucha contra el correo no deseado»¹⁵.

¹⁴ Otro problema con el que se encuentran las autoridades es el proceso de aculturación a las nuevas generaciones en el abandono de pilares tan básicos en el estado del derecho como la preservación de la intimidad. La educación es una herramienta que no debiera olvidarse en la preservación de estos derechos.

¹⁵ Diario Oficial de la Unión Europea. *Supervisor europeo de protección de datos*. Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.bizkaia.eus/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-C34-01.pdf>.

Junto con el carácter intrusivo de la supervisión, se debieran tener en consideración el nivel de perturbación de la fluidez del tráfico.

Otro elemento significativo de la proporcionalidad es la determinación del tipo de técnicas de inspección que, con fines de seguridad, no precisarían del consentimiento de los usuarios. El equilibrio entre libertad y seguridad tiene en Internet uno de los más controvertidos campos de batalla. De hecho, supone una amenaza a la privacidad el masivo procesamiento y almacenamiento de datos personales por parte de agencias de seguridad gubernamentales como la NSA que, invocando la existencia de la amenaza terrorista, recopilan millones de datos personales. La construcción en Utah del Cloud Data Center con el fin de que la NSA analice, procese y almacene información es tan solo un paso más en esta estrategia de ilimitado control¹⁶. Este control masivo erosiona los derechos fundamentales. El uso de software espía por parte de estados de la UE es también un elemento que rara vez se tiene en cuenta hasta que aparece una noticia en el que se detecta su presencia por parte de algún usuario¹⁷. Conculcar la privacidad de los ciudadanos europeos o permitirlo, sin poner los medios adecuados para evitarlo, es una actividad que los estados llevan a cabo con una grave regularidad¹⁸.

Finalmente, se ha de determinar la exigencia del consentimiento por los particulares y los parámetros técnicos permitidos para garantizar que la técnica de inspección. Junto con los anteriores puede haber una orientación relativa a la aplicación de las garantías necesarias de protección de datos. Esta preocupación por los derechos de los usuarios y la recolección de datos de los usuarios finales de Internet es un pilar básico de la neutralidad de la Red. Este concepto refiere tanto a un acceso abierto como libre de controles que excedan los que la norma establezca. Así, la regulación de la UE sobre neutralidad en la Red fue implementada el 30 de abril de 2016, siguiendo (EU) 2015/2120 de 25 de noviembre 2015 y se consideraba que era el texto ideal para recoger y dar soluciones concretas a las preocupaciones expresadas por el Supervisor. Sin embargo, este texto aprobado por la Comisión Europea fue saludado por la mayoría de los expertos como excesivamente ambiguo.

¹⁶ Vincent Mosco, *To the Cloud. Big Data in a Turbulent World* (Boulder: Paradigm Publishers, 2014): 184-186.

¹⁷ De este software espía excluimos el usado por potencias extranjeras, corporaciones u organizaciones criminales, que es muy importante y de gran peso específico. Nos referimos el que usan los estados para espiar a sus propios ciudadanos.

¹⁸ Existen variados ejemplos de software espía y proyectos vinculados a su uso en la UE. La red ECHELON o *carnivore* son solo algunos ejemplos. Probablemente ya existirán nuevas versiones o tipos de software espía que desconocemos. Actualmente, el elemento quizá más preocupante y desconocido por la inmensa mayoría de la opinión pública son los acuerdos entre grandes empresas del sector y entes gubernamentales como la NSA y sus equivalentes en el resto de los estados.

2. La regulación

La regulación fue aprobada el 27 de octubre de 2015 por el Parlamento Europeo. En ella se establecen medidas en relación con el acceso a un Internet abierto y modifica la directiva 2002/22/C.E., relativa al servicio universal y de los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicación electrónica y el reglamento (UE) n.º 531/2012 respecto a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones. Llamó la atención que el Parlamento Europeo usara la misma norma para la aprobación de la eliminación del *roaming* y la preservación de la neutralidad de la Red.

Esta norma fue seguida por unas directrices aprobadas el 30 de agosto 2016 por el Cuerpo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (*Body of European Regulators for Electronic Communications*, BEREC), en cooperación con la Comisión sobre *roaming*¹⁹. El objetivo era que las autoridades regulatorias nacionales contaran con una guía que les permitiera solucionar los conflictos que pudieran derivarse de la aplicación de la regulación mencionada. Estas directrices mantienen la norma, pero aportan orientaciones a los reguladores de los estados miembros (el ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, en el caso de España) para actuar en caso de conflicto. Un ejemplo de ello es cuando el documento menciona que «los reguladores de cada país deberán considerar los mecanismos internos de red de los PSI usados en momentos de congestión como un recurso en línea con el trato igualitario [del tráfico] y, por tanto, permisible, siempre y cuando estos mecanismos sean agnósticos de las aplicaciones y no se circunvale la regulación»²⁰. Cuando las operadoras decidan intervenir el tráfico en momentos de congestión, tendrán que justificarlo ante el órgano competente. Son muchas las voces, especialmente de activistas como Xnet, que han mostrado su disconformidad con que el regulador no sea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y este papel lo asuma el ministerio correspondiente con competencias en la materia. El BEREC descarga en los reguladores nacionales la responsabilidad de que se garantice que el funcionamiento de Internet genere innovación.

La Regulación establece que se promulguen reglas comunes para la salvaguarda del tráfico en la Red, que ha de tratarse de forma equitativa, sin

¹⁹ Las directrices se basan en el artículo 5 (3) de la Regulación (EU) 2015/2120 del Parlamento Europeo y el Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre un acceso abierto a Internet y la Directiva 2002/22/EC sobre servicio universal y derechos de los usuarios relativos a las redes de comunicación electrónicas y servicios y la Regulación (EU) No 531/2012 sobre *roaming*.

²⁰ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-internet-net-neutrality>. En esta página se puede acceder a ambos documentos, acceso 5 de abril de 2017.

discriminación, restricción o interferencia, independientemente del emisor, el receptor, el tipo, el contenido, el dispositivo, el servicio o la aplicación (art. 3). Se entiende que cualquier intervención de las operadoras en el control del tráfico debe hacerse por motivos «no comerciales» y serán medidas «transparentes, no discriminatorias y proporcionadas»²¹. Parece como si el ánimo del legislador en este punto sea evitar que el afán de lucro destruya Internet, tal y como lo hemos conocido hasta el momento. De acuerdo con esta filosofía, se establecen una serie de excepciones para la intervención del tráfico —orden judicial, garantía de la seguridad en Internet o congestión de las conexiones (art. 3)—. Finalmente, se afirma que cualquier medida de control del tráfico necesario y proporcionado se realizará de acuerdo a las Directivas 95/46/EC y 2002/58/EC que garantizan la protección de la intimidad en el tratamiento de datos personales, siguiendo la línea establecida por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en el dictamen antes referido.

El artículo 4 sobre medidas de transparencia trata de garantizar que todos los contratos en los que se da el servicio de Internet cuenten con unas garantías mínimas de respeto a los derechos fundamentales de los usuarios. Un listado de informaciones y especificaciones para que los usuarios conozcan de forma clara y comprensible los detalles del servicio que se les presta. Entre estas especificaciones se encuentran informaciones vinculadas con la gestión del tráfico y su impacto sobre la privacidad de los usuarios y control de sus datos personales. También se tendrá que informar al usuario final sobre las características técnicas del contrato (velocidad, volumen de datos) así como la manera en que se resolverían los conflictos entre el suministrador del servicio y el usuario del mismo. Además, todos estos detalles y parámetros deberán estar situados en un lugar claro y bien visible, lo que redundaría en la transparencia.

Se especifica que las autoridades regulatorias nacionales se encargarán de realizar un seguimiento y control del cumplimiento de la regulación. En el art. 5 (3) se especifica que en agosto de 2016 se publicarían las directrices con el fin velar por la implementación correcta de la regulación en los estados miembros. Se propone que las autoridades regulatorias nacionales publiquen un informe anual y lo entreguen a la Comisión y al BEREC. Los estados miembros serán los encargados de establecer penas por infringir los derechos recogidos en la regulación. De acuerdo al art. 6 estas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.

El diseño de la preservación de la neutralidad en la Red, tanto en la regulación como en las directrices, establece la necesidad de garantizarla de manera efectiva. No obstante, existe una serie de elementos de especial re-

²¹ *Ibid.*

levancia que afectan a la propia concepción de neutralidad y configuran las distintas posiciones en torno a la misma.

La legislación permite a los PSI un cierto margen de decisión sobre aspectos como el establecimiento de servicios especializados, invocar el concepto de congestión de la Red como una posible forma de control de la misma, ofrecer conexiones gratis (el *zero-rating*) o la priorización del tráfico en relación a su origen o tipología.

La Regulación no utiliza el término de servicios especializados, pero los permite art. 3(5). Las autoridades nacionales han de verificar si la optimización es objetivamente necesaria para asegurar una o más características específicas y claves del contenido, aplicaciones o servicios que aseguren la calidad correspondiente. Mientras que en EE.UU se prohíbe cualquier tipo de priorización, en la UE se permite en determinados servicios. Los proveedores de contenidos que lleguen a un acuerdo con una operadora pueden ofrecer sus contenidos a mayor velocidad que mediante una conexión convencional (4 Recital 17)²². Se asume la existencia de diferentes clases de servicios²³, con el fin de optimizar la calidad del servicio y de acuerdo a motivos técnicos, «no sobre la base de consideraciones comerciales»²⁴. De esta forma, los PSI tendrán la opción de establecerlos y ofrecerlos a clientes interesados. Las razones que aconsejaban dar un tratamiento especial a estos servicios eran que, por su propia naturaleza y al tratarse de prestaciones muy especializadas, precisan de una mayor definición y no son usadas por el público en general. Por tanto, no significarían un atentado contra la neutralidad de la Red.

Otro elemento relevante de la regulación fue que las operadoras podrán tomar medidas para gestionar el tráfico en caso de congestión inminente. No se delimita ni explica convenientemente la idea de «inminencia», lo que supone dejar a las PSI un margen muy amplio de actuación que pudiera ser usado para abusar del mismo, aunque una vez más la propia regulación veda este uso a cualquier afán de lucro o de incremento de beneficios.

De acuerdo a lo previsto en la Regulación, las operadoras podrán establecer distintos categorías de tráfico, incluso en casos en los que no exista congestión de las redes de comunicaciones. Se podrán, por tanto, ofrecer paquetes de Internet diferenciados, de acuerdo a las directrices, donde se desarrolla esta idea (63). La Regulación limita este tratamiento especial a

²² Scott Marcus, «New network neutrality rules in Europe: comparisons to those in the US». Acceso 5 de abril de 2017. <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/09/v2.final-Marcus-5.24.16.pdf>.

²³ Los servicios considerados especializados serían IPTV, videoconferencia en alta definición y servicios de asistencia sanitaria como teleoperaciones.

²⁴ European Commission Website. *Digital single market*. Acceso 5 de abril de 2017. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-internet-net-neutrality>.

solo cuando sea necesario y en ningún caso como sustituto de una conexión regular a Internet. Existen tres excepciones 3(3) en las que además se permitiría la gestión del tráfico (cumplimiento de otras normas, preservación de la integridad y seguridad y medidas contra la congestión de la Red). Solo se estima admisible en casos de conexiones muy especiales que requieren un despliegue técnico singular. Sin embargo, no resulta fácil valorar si los servicios tienen objetivamente requisitos diferentes, tal y como señala Lorna Woods de la Universidad de Essex²⁵.

Cualquier gestión del tráfico que vaya más allá de una gestión razonable del mismo, que implique el bloqueo, ralentización, restricción, interferencia con algún grado de discriminación entre contenido, aplicaciones o servicios específicos debería prohibirse y estar sujeto a excepciones definidas y justificadas recogidas en la legislación. Las excepciones deberían quedar sujetas a estricta interpretación, junto a la debida proporcionalidad (11).

Es como si la regulación abriera una serie de puertas que el propio legislador estima peligrosas para la neutralidad y de manera reiterada usara una fórmula que limita el afán de lucro de las operadoras. De hecho, este argumento que se supone garantiza una Internet neutral, queda reforzado con la previsión de tres excepciones recogidas en la legislación (12). Tal y como se señaló anteriormente, serían aquellas recogidas expresamente por la ley —en el ámbito del caso del derecho penal. Tal y como se señala en la Directiva 2002/21/EC del Parlamento Europeo y del Consejo (5), cualquier medida que restrinja derechos fundamentales o libertades se impondrá solo si son apropiadas y de manera proporcional y necesaria dentro de una sociedad democrática (13). Aquellas que impliquen garantizar la integridad y seguridad de la Red. Una muestra sería la prevención de ciberataques (14). Medidas para impedir la congestión en la Red. Esta posibilidad no debería dotar a los PSI de una opción de conculcar la legislación a su antojo (15).

Se introduce el *zero-rating* sin citarla, ya que no queda expresamente prohibida. En las directrices se le dedica bastante espacio. Esta práctica ha generado una gran controversia. Consiste en que un PSI podría excluir a algunas aplicaciones de nuestro consumo de tarifa de datos mensual. Las grandes operadoras podrían privilegiar a unas redes sociales en detrimento de otras, lo que implicaría que por muy buena que fuera una start up, siempre estaría en desventaja con respecto a las empresas consolidadas y poderosas. Para unos prohibirla implicaría negar beneficios ciertos a los consumidores que podrían acceder a webs de Internet sin consumir su paquete de datos. Para otros supone conducir a los usuarios hacia

²⁵ *Net Neutrality: New EU Regulatory Guidelines*. Acceso 5 de abril de 2017. <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/06/net-neutrality-new-eu-regulatory.html>.

aplicaciones ligadas de alguna manera al proveedor del servicio. En países como México, investigaciones recientes han puesto de manifiesto que su uso «puede asociarse con un crecimiento adicional en la penetración de los servicios de banda ancha móvil» y la ampliación del mercado de banda ancha para móviles. Sin embargo, también se constata que esta práctica «constituye una forma de discriminación de precios, y, aunque no representa necesariamente un modo en que los ISP dañen a otros ISP, sí se puede traducir en mayor concentración en el mercado de los COP»²⁶.

Volviendo a la UE, las directrices han contribuido a aclarar algunos aspectos de esta práctica. El *zero-rating* aparece recogido desde el art. 40. En ellas se pone de manifiesto que existen diferentes prácticas que pueden identificarse como de *zero-rating*. Se prohíbe, de forma expresa, toda aquella práctica en que todas las aplicaciones se bloquean o se retrasan cuando se alcanza el máximo de datos por el que paga el usuario excepto aquellas a las que se les aplicaría la tasa cero (41). Este tipo de praxis infringiría el art. 3(3) primer y tercer subpárrafo. Sin embargo, de acuerdo con las directrices, las operadoras podrían aplicar u ofrecer el *zero-rating* a una categoría de aplicaciones —por ejemplo música o vídeos en *streaming* o solamente para ciertas aplicaciones (sus propios servicios o una red social específica).

Es un lugar común afirmar que cuando se aplica el precio cero al tráfico de ciertos datos genera un incentivo económico para el uso de las aplicaciones que ofrezca la operadora, en vez de otras de la competencia. Todo ello puede incidir en la quiebra de la neutralidad, ya que en ese caso no sería la calidad de la aplicación lo que entraría en juego, de manera exclusiva, sino el no gasto que usar otra similar generaría en el usuario final. Los efectos de esa práctica implican tanto una reducción en la capacidad de elección del usuario final como una fuerte erosión de la concurrencia competitiva en la Red. De acuerdo a la legislación europea, en lo relativo a la valoración de los acuerdos o prácticas comerciales como *zero-rating* en relación al art. 3(2), debería considerarse el propósito de la regulación en el sentido de salvaguardar el tratamiento igual y no discriminatorio del tráfico (art. 1) y para garantizar el funcionamiento de Internet como un ecosistema de innovación (Recital 1 y 7) dirigido contra prácticas o acuerdos que por razón de escala conduce a situaciones en las que las posibilidades de elección del usuario final se reducen en la práctica o cualquier situación que erosione la esencia de sus derechos. También debería valorarse la posición de mercado de los suministradores de acceso a Internet y de contenidos, aplicaciones y servicios involucrados. Todo ello, implica que se valore caso por caso cual-

²⁶ Oscar Sáenz de Miera, «Efecto del Zero Rating sobre la penetración de la Banda Ancha Móvil en México» *Communication Policy Research Conference 2016* (June 22, 2016). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2861992>, acceso 5 de abril de 2017.

quiera de estas prácticas por las autoridades regulatorias nacionales²⁷. La cuestión es si es verdad —tal y como se insiste en las directrices— que este tipo de práctica puede entrañar tantos problemas y ser un vehículo para erosionar la neutralidad, ¿por qué no se prohíbe?

No existe una regulación clara en el *zero-rating*. Si en la regulación no se decía nada, las directrices donde sí aparecen, más que aclarar generan dudas. Parece que los reguladores deberán contemplar caso a caso si en realidad se incumple el art. 3(3) primer y tercer subpárrafo.

Se trata de una regulación que no parece satisfacer a nadie. Los que abogan por una garantía de la neutralidad en la Red dura consideran que se abren demasiadas puertas y posibilidades a las operadoras. Las operadoras o PSI, en cambio, entienden que se trata de una regulación restrictiva que incluso se sitúa contra el propio derecho de la UE y la preservación de la libre empresa y los derechos de propiedad.

3. Críticas

El 7 de julio de 2016 el grupo de operadoras de acceso a Internet europeas con mayor influencia amenazaron con no invertir en redes móviles 5G, si los reguladores europeos no debilitaban la neutralidad en la Red. Parecería, por esta amenaza, que la UE cuenta con una normativa exigente en materia de neutralidad en Internet. No obstante, para algunos colectivos la situación es justo la contraria: existen ambigüedades, lagunas e incertidumbres que podrían abrir la puerta a una intervención de las operadoras en la Red.

Para expertos como Enrique Dans, esta regulación deja el campo libre para que las operadoras establezcan y comercialicen vías rápidas para lo que ellas mismas definan como «servicios especiales». De tal forma que cualquier suministrador de contenidos podrán llegar a acuerdos con operadoras para ofrecer sus contenidos a mayor velocidad que mediante «internet convencional, lo que de facto supone que las operadoras tienen la llave de la concesión de *licencias*» (...) es, de hecho, la muerte de la internet que conocemos²⁸.

El Foro Internacional de la Cultura Libre del 2015 mostró su disconformidad con partes de la regulación y señaló una serie de puntos que de-

²⁷ Vid. para mayor detalle, Scott Marcus, «*New network neutrality rules in Europe: comparisons to those in the US*». Acceso 5 de abril de 2017. <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/09/v2.final-Marcus-5.24.16.pdf>.

²⁸ Vid. el blog de Enrique Dans, uno de los primeros en reaccionar contra la normativa de la UE. Acceso 5 de abril de 2017. <https://www.enriquedans.com/tag/network-neutrality>.

bían abordarse en las directrices del BEREC con el fin de concretar aquellos puntos más vagos y polémicos. Se afirmaba que «no se debería permitir a grandes empresas con numerosos recursos que compren entradas VIP para priorizar su contenido sobre el restante tráfico de Internet». En cuanto al tráfico este «debería tratarse de forma igualitaria. Esto incluye tanto el contenido codificado como el descodificado». Sobre el *zero-rating*, el Foro pensaba que no se debería «permitir a los PSI (...) que decidan quién tiene mejor acceso y quién no, ni que cobren a las empresas por suministrar sus servicios». Finalmente, no se debería permitir a las operadoras «que gestionen el tráfico en caso de congestión, excepto si lo hacen de forma desinteresada»²⁹.

El Foro de Cultura Libre afirmaba que «estas incertidumbres dejan espacio para que las empresas de telecomunicaciones desarrollen nuevos modelos de negocio basados en la discriminación y en la escasez, en detrimento de las libertades online del usuario y del potencial innovador de Internet»³⁰. Se congratulaban de contar con 9 meses para trabajar con el BEREC, los 28 reguladores nacionales y la Comisión Europea para convencerlos de hacer frente a la ambigüedad y la vaguedad del texto. La aparición de las directrices no ha resuelto el grueso de los problemas planteados. Es más: se han generado todavía más protestas de un lado y de otro.

De acuerdo al informe de *Strand Consult*, que representa una posición cercana a las operadoras de telefonía, la vigente regulación de la neutralidad en Internet no conduce a mayor claridad, sino a la conflictividad. Una de las primeras críticas que se realizan desde esta perspectiva es a nivel formal. La regulación se promulgó con el fin de establecer medidas que regularan el acceso a Internet abierto. Las directrices tienen como fin servir a los reguladores nacionales para la aplicación de las reglas de la neutralidad en la UE. Para *Strand Consult* estos términos jurídicos no son intercambiables, lo que significa que uno no puede suplantar a otro como legislador. Mientras la regulación de la UE prescribe un pequeño papel para el BEREC, en las directrices se expande su rol de manera considerable. Buen ejemplo de ello es el *zero-rating* y los servicios especializados, que no aparecían en la regulación. Sin embargo, las directrices le dedican buena parte de las 43 páginas³¹.

Tampoco están satisfechos los defensores de la regulación de la neutralidad. La legislación 2015/2120 del Parlamento Europeo y el Consejo

²⁹ Foro internacional de cultura libre 20015. «Neutralidad de la Red». Acceso 5 de abril de 2017 <https://2015.fcforum.net/neutralidad-de-la-red/>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ El documento referido puede visitarse en <http://www.strandreports.com/sw7128.asp>, acceso 5 de abril de 2017.

de 25 noviembre de 2015 se consideró insuficiente y un paso atrás para el mantenimiento de la neutralidad en Internet. Las directrices no han cambiado demasiado este punto de vista. Aunque en estas se reitera la defensa de la neutralidad, no se solventan los problemas que se detectaron y deja un margen de discrecionalidad muy amplio a los reguladores nacionales. Especialmente en el control de la Red por las operadoras mediante el uso de servicios especiales, el control de tráfico y la fórmula del *zero-rating*. Las directrices no han aclarado ninguna, por lo que queda, en gran medida, a expensas de la interpretación que puedan realizar los reguladores nacionales

Para los defensores de una regulación laxa, la UE erosiona la competencia y viola el libre mercado, por lo que se situaría frente a su propia normativa. Cuando a las operadoras no se les permite gestionar como deseen sus redes, se vulnera el derecho de propiedad. No existen razones para pensar que más regulación en la neutralidad genere más innovación. Para los defensores de esta línea de pensamiento, no existen evidencias empíricas de ello. Se debe señalar, que tampoco existen evidencias de lo contrario.

Cuando los defensores de la neutralidad acuden al derecho comparado se encuentran con el caso de EE.UU. y la *Open Internet Order*³². Esta normativa satisface sus expectativas regulatorias. El 10 de noviembre de 2014, la Casa Blanca colgó un breve vídeo en su página con una alocución del presidente Obama en la que anunciaba un cambio respecto a sus políticas que afectan a la neutralidad³³. El vídeo contenía una declaración de principios generales sobre Internet. Se señalaba que los dos pilares básicos de Internet son la apertura y la libertad; la neutralidad significa que no deben existir actores que controlen o restrinjan el acceso. Tampoco pagos especiales que impliquen modificaciones de las velocidades de subida y bajada.

Obama hizo un llamamiento a la FCC, desde el reconocimiento de que se trata de una agencia independiente sobre la que no tiene un mandato directo. Con tal salvaguarda, le pidió que velara por la neutralidad y desarrollara instrumentos para que los operadores no puedan utilizar la infraestructura de comunicaciones para discriminar el tráfico. La forma más eficaz de hacerlo consistía en que la FCC clasificara a las operadoras como servicios de información en vez de telecomunicaciones. Así, se las situaría en el Título II del Acta del 96 lo que, a su vez, redundaría en que no se podría cuestionar la autoridad de la comisión como ya hiciera Verizon³⁴.

³² Para más información Vid. Rodríguez y Martínez, *Poder...*

³³ Vid. <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>, acceso 5 de abril de 2017.

³⁴ *Ibid.*

El 26 de febrero de 2015 la FCC elevó un comunicado en el que se anunció que por 3 votos contra 2 la Comisión adoptaría nuevas medidas para mantener y proteger un Internet abierto³⁵. La característica fundamental de la decisión radica en la reclasificación de los servicios de las empresas proveedoras de Internet de servicios de información a servicios de comunicación —su inclusión dentro del Título II, restableciendo la autoridad de la Comisión para regular la Red. Además se establece la no discriminación por modo de acceso (cable o Wireless). El 12 junio de 2015 entraron en vigor las FCC's *Open Internet Rules*. A pesar de que existen razones para el optimismo después de los litigios judiciales que han jalonado todo el proceso hasta la consolidación de un Internet neutral en EE.UU., la situación está lejos de ser definitiva. En una sentencia de 14 de junio de 2016, el Tribunal de Apelaciones Federal ratificó que las operadoras no pueden discriminar entre el tráfico de datos de correo electrónico de voz y vídeo y tampoco se podría ajustar la velocidad de descarga al precio que pague el usuario. Por dos votos contra uno los tres jueces del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia aplicaron la doctrina de la neutralidad en la Red de acuerdo a las normas establecidas por la FCC. No obstante, con la llegada del nuevo *chairman* de la FCC, Ajit Pai es más que probable un cambio de escenario que ya se ha comenzado a dibujar, como se ha señalado anteriormente.

El proceso regulatorio en EE.UU. dio impulso a los defensores de una regulación fuerte de la neutralidad en la Red en Europa. En cualquier caso, para ambas posturas existe una notable falta de transparencia en el proceso regulatorio de la neutralidad en la UE. En eso están de acuerdo tanto aquellos que postulan una mayor flexibilidad regulatoria de la Red, como los defensores de una legislación exigente que garantice su neutralidad.

Es obvio que la primera defiende los intereses de las operadoras suministradoras del servicio de Internet. Cuando se les critica por esta defensa de intereses corporativos, alegan que los verdaderamente financiados por grandes corporaciones e interesados en salvaguardar sus intereses son los que denominan «presuntos activistas por la neutralidad de la Red». Se les considera apoyados por grandes empresas de proveedores de contenidos como Google.

Para los partidarios de la flexibilización de las normas que regulan la neutralidad de la Red, existe una contradicción entre la idea expresada, tanto en la regulación como en las directrices, de proteger a los usuarios finales y las condiciones que se establecen a las PSI en su gestión del nego-

³⁵ Vid. Federal Communications Commission. «FCC Adopts Strong, Sustainable Rules to Protect the Open Internet». Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.fcc.gov/document/fcc-adopts-strong-sustainable-rules-protect-open-internet>.

cio de acceso a Internet, lo que afecta a la libertad para contratar servicios de operadores y usuarios. La legislación impone unas distinciones arbitrarias que ni abaratan su acceso, ni estimula la capacidad de ofrecer nuevos servicios o invertir en la Red³⁶.

Así, sucede con la controvertida *zero-rating*. Como se señalaba anteriormente, con ella un PSI podría excluir a algunas aplicaciones de nuestro consumo de tarifa de datos mensual. Para unos esta práctica es sinónimo de flexibilidad en el precio. Un modelo de negocio en la industria e incluso en Internet. Para *Strand Consult*, cada búsqueda en Google es esponsorizada por un anuncio. Es decir, que una tercera parte subsidia su costo y un usuario no tiene que pagar. Si se desea que se incremente el uso de servicios gubernamentales y administrativos *on line* se debería usar el *zero-rating* para que los usuarios pudieran acceder gratuitamente a la Red. En una de las contradicciones de la regulación, el *zero-rating* ni se permite ni se prohíbe. En vez de eso el BEREC ofrece 6 parámetros para examinarlo, lo que dificultaría el establecimiento de planes especiales para los consumidores. En la práctica se trataría de una regulación. Sin embargo, no aparece en el texto original, aunque las directrices se extiendan sobre ello. Desde esta perspectiva, se está defraudando las expectativas legítimas de los consumidores de obtener acceso a Internet a precios cada vez más competitivos y todo para que Google continúe financiándose mediante los anuncios. Más del 40% de los datos en una suscripción de teléfono móvil son anuncios. Son ingresos para Google y los usuarios pagan por algo que ni han pedido ni desean³⁷. Por otra parte, organizaciones como Ippolita, señalan que Google es un sujeto privado que está gestionando una elevada cantidad de conocimiento y datos³⁸, lo que significaría que esta prohibición aumentaría su posición de dominio.

Para los defensores de la posición contraria, el *zero-rating* supone que las operadoras pueden primar a unos proveedores de contenido respecto a otros en función de sus intereses empresariales. Se puede llegar a crear un Internet para pobres; es decir una Red en la que acceden personas que no puedan permitirse una conexión regular y a cambio acceden a un Internet mutilado a imagen y semejanza —empresarial— de la operadora que le suministra el servicio. En el caso de países en vías de desarrollo o empobrecidos, nos situaríamos ante el dilema de permitir un Internet tutelado por grandes empresas o que los usuarios no tuvieran

³⁶ Consult Strand. «10 reasons not to trust BEREC on net neutrality». Acceso 5 de abril de 2017. <http://www.strandreports.com/sw7128.asp>.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Ippolita, *El acuario de Facebook. El irresistible ascenso del anarco-capitalismo* (Madrid, Enclave, 2012): 78.

ninguno³⁹. Se podría considerar que con este tipo de prácticas se daría carta de naturaleza a un neocolonialismo, en este caso cibernético, donde se extraerían los datos de los usuarios a cambio de una serie de servicios limitados y con una comprensión del mundo reducida a una versión muy determinada de la cultura.

Otros defensores de prohibir totalmente esta práctica consideran que se vulneran las mismas bases de la libre competencia, ya que por muy competitiva que sea la empresa y el servicio que preste, siempre quedará a expensas de que el operador ofrezca un servicio similar sin coste de datos, que al final haga al usuario decidirse por la opción gratis o que no afecta al consumo de paquete de datos contratado. En este sentido, en la India, la *Telecom Regulatory Authority de India* (TRAI) se ha pronunciado recientemente de forma taxativa en contra de cualquier proveedor de servicios pueda ofrecer tarifas discriminatorias para servicios de datos por su contenido⁴⁰.

La regulación dejaba a los servicios especializados sujetos a interpretación —dependientes de su necesidad. No obstante el BEREK los desarrolla como aquellos nuevos servicios que requerirían un extra respecto al convencional; en todo caso, las operadoras deberán responder si ofrecen como servicio especializado algo que vulnere el principio básico de neutralidad en la Red. Para los defensores de una legislación laxa en esta materia, si un servicio telefónico tiene precios diferentes por ejemplo de acuerdo a la distancia o tipo de usuario, ¿por qué no se va a cobrar diferente de acuerdo al tipo de servicio que se ofrezca a través de la Red? No es lógico que si lo que se pretende es ampliar el número de usuarios finales, no se permita a las empresas del sector adaptarse a las diferentes necesidades de sus clientes. En cambio, para la posición contraria estas directrices, aun mejorando la situación anterior, dejan un margen de discrecionalidad amplio a las autoridades regulatorias nacionales. De no ser rigurosas, nos encontraríamos con el hecho de que se puedan ofertar contenidos a una velocidad mayor que la de Internet convencional. Una distinción arbitraria entre diferentes tipos de servicio desvirtuaría lo que hasta el presente ha sido Internet y su filosofía de intercambio horizontal

³⁹ Un ejemplo de ello es Internet.org. Una iniciativa de Facebook para suministrar un servicio web móvil gratis en algunos países empobrecidos. La cuestión que hace controvertida esta iniciativa es que se daría un acceso limitado exclusivamente a determinados servicios.

⁴⁰ Esta decisión se tomó en relación a *Free Basics*, un servicio de conectividad a Internet gratuito, pero limitado a algunas páginas. Vid. <https://info.internet.org/en/story/where-weve-launched/>, acceso 5 de abril de 2017. La pregunta es si no se reedita un neocolonialismo cultural, pero esta vez con el uso de Internet bajo la premisa de que cualquier Internet es mejor que ninguno.

de ideas y conocimiento. La propia legislación europea reconoce que los acuerdos entre operadoras y proveedores de contenidos con el fin de ofrecer sus contenidos a mayor velocidad que mediante una conexión convencional (4 Recital 17), podrían generar una desigualdad en el mercado que produzca una mayor concentración del mismo. *The National Science Foundation Network* limitó hasta 1990 Internet a usos no comerciales. La filosofía era que la esfera pública democrática y el comercio no deberían mezclarse⁴¹. Probablemente esta idea primigenia fuera excesiva. Pero la cuestión ahora podría ser hasta qué punto, si no se ponen coto al afán de lucro de las operadora de acceso a la Red, pueda terminarse por desvirtuar la propia esencia de la Red. No es aventurado señalar que la propia celeridad del cambio tecnológico abra nuevas necesidades y, por tanto nichos de negocio, que requieran un servicio especializado y que terminen por destruir la neutralidad en Internet.

Otorgar a las operadoras la posibilidad de establecer clases de tráfico y asignar a cada una velocidades de transmisión diferente implican un riesgo muy alto. Clasificar entre vídeos o juegos con el fin de mejorar la experiencia de los clientes es una cosa, pero usar esta vía para ralentizar o acelerar el tráfico a conveniencia de las operadoras es algo muy distinto. Si a ello se suma su facultad de tomar medidas para gestionar el tráfico en caso de que exista una posibilidad de congestión inminente, se podría traducir en una real erosión de la idea de neutralidad tal y como es contemplada por la propia legislación europea. La inminencia de congestión es meramente futurible y, por consiguiente, insatisfactorio. *A sensu contrario*, los que abogan por una liberalización total del tráfico consideran que la operadoras deben garantizar la calidad del servicio y ello implica la intervención el mismo. Desde esta postura se subraya que el 80% de esta experiencia vinculada a una pobre calidad del servicio se debe al hardware y no a la Red. Acusan a la UE de haber ignorado este hecho y preferir condicionar a las operadoras en vez de a los fabricantes. Esto implica que las directrices no valoran a las operadoras que invierten y mantienen la red y se han adaptado a la influencia de grupos como *Save the internet* o *Access Now*, financiados por grandes compañías estadounidenses de proveedores de contenidos (como ejemplo *Save the internet*, un proyecto desarrollado por *Free Press*)⁴².

⁴¹ John Bellamy Foster y Robert. W. McChesney, «The Internet Unholy Marriage to Capitalism», *Monthly Review* 62, 10 (2011): 1-30.

⁴² <http://www.strandreports.com/sw7128.asp> Es curioso que se haga este tipo de acusación, pues *Free Press* es una organización que desde su fundación ha velado contra cualquier tipo de concentración en la propiedad en el sector de las comunicaciones. No es sospechosa de defender intereses de grandes corporaciones, más bien lo contrario.

Para los defensores de la regulación estas quejas no conducen a ningún lado. Es evidente que la UE debe garantizar la calidad de los dispositivos y nadie considera que sea negativa una mayor exigencia de calidad a los proveedores, pero lo que se discute es la neutralidad o no de la Red y la forma de preservarla. Se puede obtener una gran calidad en el acceso a Internet, pero que este sea limitado y unidireccional. Los servicios especializados deberían haber sido claramente prohibidos y la optimización de los flujos del tráfico de datos no haber quedado tan a expensa del control de las operadoras. Es lógico que con el paso de los años y las mejoras tecnológicas, se incrementen las necesidades que hoy se entienden extras o excepcionales. En ese caso, las operadoras habrán obtenidos sus objetivos. Pero no solo eso. Los procesos de concentración en curso, nos alertan de que en los próximos años asistiremos a más fusiones que pueden incluir a PSI junto con grandes proveedores de contenidos, lo que implicaría alianzas estratégicas donde el ánimo de lucro sería lo principal. Lo peor de la legislación europea es la facilidad con la que puede quedar obsoleta y su manifiesta incapacidad para hacer frente al poder de los actores empresariales privados.

Ante esta situación, algunos autores han tomado la idea de la separación de poderes en el estado, trasladada al ámbito de la sociedad de la información. Para Wu, es necesario que se mantenga una distancia saludable entre diferentes funciones de la economía de la información⁴³. Este puede ser un punto de partida interesante. De hecho, no es necesario elegir entre potenciar a las operadoras o a los proveedores de servicio, como parecen querer decirnos los que debaten sobre la regulación o no de la neutralidad en la Red. Para unos, parece que si establecemos cauces serios y exigentes para las compañías PSI que eviten discriminar entre proveedores de contenidos, estamos favoreciendo a las grandes empresas como Google que extraen cuantiosos beneficios de la publicidad o de la gestión de datos de los usuarios finales, gracias al abuso de su posición de dominio. Para los otros, todos los problemas de la Red parecen solucionarse simplemente con la garantía de este acceso, sin reparar en las acusadas tendencias mercantilizadoras y privatizadoras que operan en la Red, que van también en detrimento de los derechos ciudadanos.

El siguiente epígrafe abrirá una alternativa a este debate a través de la idea de *imparcialidad de la red*. Con ella se reivindica un Internet donde los procesos democráticos y de garantía de los derechos de los ciudadanos queden preservados mediante la regulación y la transparencia de las operaciones en la Red.

⁴³ Tim Wu, *The Master Switch. The Raise and Fall of Information Empires* (London: Atlantic Books, 2010): 304.

III. ¿Neutralidad o imparcialidad? Una perspectiva crítica de la neutralidad en la Red

La legislación no parece dejar satisfechos ni a los que solicitan una mayor protección de la neutralidad en la Red, ni aquellos que estiman que la regulación es una intromisión ilegítima en el libre mercado y en los derechos de las operadoras. Las cuestionables lagunas encontradas, junto con una deficiente técnica jurídica, son características subrayadas a uno y otro lado. El enfoque de las PSI exige prácticamente una desregulación general de cualquiera de los aspectos implicados en la neutralidad en la Red. De acuerdo a las operadoras, una regulación excesiva parece favorecer los intereses de las grandes proveedoras de contenidos. El fin del *roaming* lo interpretan como una cesión que debería haber sido compensada por un tratamiento más beneficioso y diáfano en la legislación. Se ha convertido en un lugar común, la idea de que no debería haber mezclado su supresión con una materia tan sensible como la neutralidad en la Red. No obstante, tampoco se puede ignorar que la regulación se vendió a la opinión pública como una mejora para los usuarios finales, mientras que el resto de legislación quedó en un segundo plano. Muchas voces denunciaron en ese momento que incluso perdiendo el *roaming*, las PSI habían ganado, ya que aun se les permitía cobrarlo unos meses más⁴⁴. El servicio estaba ampliamente desacreditado y se consideraba un abuso de las operadoras de telefonía sobre los el consumidor. Lo único que se hizo fue anunciar su fin en 2017, lo que se estimó como claramente insuficiente, ya que debería haber sido eliminado en un plazo más corto. Una nueva victoria para las operadoras de telefonía que ocultó la verdadera cuestión en juego.

El análisis crítico de la legislación vigente ha mostrado que las PSI cuentan opciones para llevar a cabo un control informal de la red que explote las inconcreciones, lagunas y falta de definición de aspectos de la neutralidad. Tampoco es descartable que estos gigantes empresariales ejerzan una influencia decisiva en los reguladores nacionales. Las directrices parecen abrir las puertas a servicios especiales o diferentes tipos de tráfico e incluso el *zero-rating*, para unos renglones más abajo insistir en la importancia de preservar la neutralidad y en la prohibición de usar estas excepciones con fines de lucro o con una finalidad mercantil en el uso y control sobre el tráfico que pasa por las redes. Aunque la normativa establece que

⁴⁴ La Comisión Europea permite decidir a los operadores la aplicación de recargos a los clientes que llamen desde el extranjero durante un plazo de al menos cuatro meses. El cliente tendrá que justificarlo en un plazo de 14 días. Diario el País. «El “roaming” será gratis en la UE pero tu compañía te puede cobrar si cree que abusas». Acceso el 5 de abril de 2017 http://economia.elpais.com/economia/2016/12/08/actualidad/1481226888_802941.html.

el tráfico de Internet debe ser tratado de forma igualitaria para todos los servicios generales, no sucede lo mismo en el caso de servicios especializados (servicios de televisión IP, servicios de telemedicina o de videoconferencia online en alta definición). Si la intención del legislador era proteger la neutralidad en la Red, tal y como se repite tanto en la regulación como en las directrices, ¿no hubiera sido más sencillo optar por una solución similar a la estadounidense, pero perfeccionada por la propia naturaleza de la norma europea?

Existe un riesgo evidente de quiebra de la neutralidad en Internet y transformación de la *net neutrality* en una *net profitability*. Hay un nicho de negocio en la rebaja de las exigencias de la neutralidad en la Red. Si una empresa decide favorecer a un proveedor de contenidos en detrimento de otro, tendrá más opciones para mejorar su cuenta de resultados. Aun no tenemos suficientes datos para afirmar de manera tajante que esto va a suceder en la UE, pero se puede señalar que las condiciones para que algo así no sucediera no existen. Por lo tanto, no es cuestionable admitir la posibilidad cierta de que una Red para el provecho y lucro económico —*net profitability*— se consolide progresivamente en la UE mediante la explotación de las lagunas en la legislación, la debilidad de los reguladores nacionales y reformas legislativas posteriores.

Los proveedores de contenidos, ya sean grandes o pequeños no podrán competir en igualdad de condiciones. A los usuarios que visiten unas páginas y no otras (por ejemplo de que la vista a determinadas webs no consuma datos de su tarifa) se les reconducirá en su uso de Internet. De hecho, ya es hoy una realidad que un buen número de usuarios visita solo determinadas páginas y utiliza específicos servicios de la Red. Con esta medida, esta tendencia a un empobrecimiento de la experiencia en Internet se agudizará. Mientras tanto, se aculturaliza a amplias capas de la población en el «hágalo usted mismo» es decir, actividades en las que siempre había tenido protagonismo la fuerza de trabajo, pasan a ser desempeñadas por el propio cliente. *Check in* en los aeropuertos, cobro en los supermercados o ingreso/ retirada de dinero, además de otras operaciones bancarias pasan a ser responsabilidad de los clientes, lo que incrementa la plusvalía de las empresas y deteriora el factor trabajo.

Los defensores de una regulación laxa de la neutralidad en la Red señalan que con la preservación de la neutralidad, se beneficia a las compañías suministradoras de contenido. Esta queja no es infundada. No se puede clamar contra la neutralidad en la Red y al mismo tiempo pasar por alto o naturalizar el hecho de que exista un evidente proceso de concentración de la propiedad en Internet. Pero la neutralidad en Red no tiene por qué estar vinculada al dominio y el lucro de unas megaempresas como Google o Facebook. El ciudadano, de facto, puede terminar por confundir la gama de

posibilidades que ofrece la Red con los servicios de una gran empresa que se nutre de la información que la ciudadanía cede de forma altruista⁴⁵.

La resolución de este conflicto implica otras soluciones que pasan por la urgente necesidad de fortalecer las normas antimonopolio y limitar los procesos de concentración empresarial. De esta manera, los proveedores de contenido podrían competir en circunstancias aun más favorables y generar una pluralidad mayor que coincidiera con la diversidad de usuarios y el desarrollo de sus servicios a nivel cultural, étnico, ideológico o social. Cuando se analizan los procesos y tendencias de la Red de forma parcial se termina mutilando la comprensión de la misma y potenciando el cibercolonialismo.

Las luchas por la preservación de la neutralidad en la Red y la presión creciente de grandes empresas de comunicación que suministran el servicio ocupa la agenda de gobiernos en todo el mundo. La inmensa mayoría de las operadoras son antiguos monopolios públicos o empresas privadas que han gozado de cuantiosas subvenciones públicas para su crecimiento y desarrollo. Ambas cuentan con una valiosa infraestructura gracias al trabajo de generaciones de ciudadanos, como sucede en España con el caso de Telefónica, hoy denominada Movistar. La responsabilidad social de estas corporaciones, respecto al desarrollo social no puede ser ignorada, ya que de un acceso de los proveedores de contenidos en la Red en igualdad de condiciones depende el desarrollo del tejido económico actual⁴⁶.

Una brecha entre «velocidad de subida y bajada» a favor de la segunda convertiría la Red en un mero receptáculo de contenidos prefabricados y para consumo de masas. Una alianza entre empresas suministradores de servicio y los proveedores de contenidos más poderosos puede dejar fuera de Internet a millones de personas y empresas. Se trata de un peligro real, especialmente por la práctica de *zero rating*, donde la quiebra de la neutralidad no se realizaría en el tratamiento de datos en los puntos claves de la infraestructura de la Red, sino que, de forma secundaria, se activaría en la valorización de ese tráfico de datos.

Internet representa la colisión de dos diseños y procesos antagonistas: los mercantilizadores/privatizadores y los de un enfoque común/compartido. Los conceptos de neutralidad e imparcialidad desde la perspectiva del derecho internacional⁴⁷ son distintos. Por un lado, la neutralidad se refiere a no tomar ninguna postura ante el establecimiento de relaciones de dominio o de abuso de posiciones dominantes. Lo que implicaría mantener una posición de igualdad respecto a diversos actores que concurren en una situación determinada; un conflicto en el caso del derecho internacional y los estados que se declaran neutrales o, en el ámbito de Internet, ante diversas ofertas

⁴⁵ Ippolita, *El acuario...*

⁴⁶ Rodríguez y Martínez, *Poder...*

⁴⁷ Esta idea fue fruto de una conversación con Pablo A. Fernández Sánchez.

de proveedores de contenidos, sin establecer alianzas o favorecer a alguno en particular. Por otro, la imparcialidad significa no realizar distinciones en razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, condición social, ni credo político. Esta distinción es útil para el análisis de Internet y particularmente pertinente en el caso que nos ocupa. Es cierto que las operadoras o PSI pueden ejercer un control sobre la Red que la termine por desvirtuar, tal y como se ha justificado a lo largo de estas páginas. Pero tampoco se puede ignorar los réditos económicos así como la influencia de grandes proveedoras de contenidos, que a su vez, también pueden pactar con las primeras para acrecentar su poder. Precisamente, la idea de una Red imparcial nos remite a tomar conciencia de ese doble problema. Calificar a la Red como imparcial, en vez del comúnmente utilizado, neutral, es distinto. La neutralidad tan solo resuelve una parte del problema: la no interferencia de los proveedores de acceso a la Red en el tráfico de la misma y en las posibilidades del usuario de acceder a diferentes operadores de contenido. Pero deja desatendido el problema de la concentración de la propiedad en la Red, y por tanto el abuso de posición dominante, la mercantilización de los datos de los ciudadanos o el control sobre los mismos.

Internet ha de desarrollarse mediante procesos de construcción democrática favorecedores de la imparcialidad. Como señala Padilla, los nodos comparten información, conocimiento y nos permiten «compartir los procesos, no sólo los resultados»⁴⁸. La regulación en la Red es un factor que precisa de una toma de conciencia clara. No se puede continuar dejando a expensas de los «términos y condiciones de uso» derechos fundamentales como todos aquellos ligados a la preservación de la intimidad, la privacidad o el control de nuestra producción en Internet. Desgraciadamente, la UE no ha impulsado tampoco un debate social previo sobre el Internet que queremos, que situé al ciudadano en el centro y sea este el que exprese su opinión sobre el futuro de la Red. En vez de eso, lo que se asienta son los planes de negocio de las grandes empresas del ramo.

Cualquier cambio en las condiciones de acceso a Internet que permita a las operadoras el control del servicio generaría una plataforma muy distinta del Internet que conocemos. No se puede condicionar la influencia de diversos proveedores de contenidos en función de su tamaño o su relación con las PSI. La generación de servicios especializados, de tráfico distintos o el uso de la congestión que erosione la imparcialidad en la Red son problemas sobre los que cabe una regulación exigente.

Junto con esta tradicional de la neutralidad en la Red, se ha de limitar también la influencia de los grandes proveedores de contenidos y los procesos de concentración en Internet, que atentan contra la imparcialidad de la misma.

⁴⁸ Margarita Padilla, «Entrevista», *El Diario*, 10/01/2013.

Los procesos de concentración en el mundo no cibernético tienen un claro reflejo en el mundo de Internet, en el que se han agudizado. En pocos años asistimos a un proceso de fusiones y compras que están determinando un panorama muy concentrado y que compromete seriamente la libre competencia. La aceleración de esta tendencia implica la consolidación de Dictanet, un proceso que limita dramáticamente el intercambio de ideas y la creatividad y que cruza el *ciberleviathan* —la acción de gobiernos y corporaciones que someten Internet a graves actuaciones de vigilancia, favoreciendo una erosión ilegítima en los derechos civiles de personas y colectivos— con un *tecnodarwinismo social* que somete la Red y sus usuarios a una radical mercantilización.

En la regulación se subraya que un Internet abierto neutral ha fomentado la competitividad, el crecimiento económico, el desarrollo social y la innovación. Sin embargo, esta idea no parece haberse tenido en cuenta en las últimas decisiones tomadas por los responsables de mantener un Internet justo. Bien podría estar asentándose un «Internet por clases» en la medida de que unos paguen por obtener lo que hasta el momento se consideraba la Red, mientras que el grueso de ciudadanos se conformen con un acceso a imagen y semejanza de las operadoras y de los grandes proveedores de contenidos.

IV. Conclusiones

Es un lugar común decir que la historia se repite. Algunos afinan el planteamiento y señalan que no es que se repita, sino que los actores son los mismos. Sea unos u otros los más cercanos a la realidad, de lo que no cabe duda es que la historia nos permite comprender los procesos, su desarrollo y las estrategias para naturalizar cuestiones que dependen de la voluntad de quienes establecen relaciones de poder y dominio.

La revolución inglesa fue un verdadero laboratorio para el desarrollo de las fuerzas que hicieron posible la extensión del capitalismo. En ella las tendencias privatizadoras de la tierra se enfrentaron a fuerzas que pretendían evitarlo a través del mantenimiento de las parcelas comunales. Hoy en día, en la «tierra cibernética de Internet» nos encontramos inmersos en una batalla de cuyos resultados tendrá consecuencias en la conformación de valores e ideas de los años venideros. De su resultado depende tanto la Red, como el conjunto de la sociedad. En la Inglaterra del siglo XVII las luchas eran de índole religioso, pero también político; el conflicto era social, pero sobre todo económico. Su resultado final condicionó el futuro de Inglaterra y de Europa.

Parafraseando a Perry Anderson, es hora de ser intransigentes en un doble sentido. Primero no podemos transigir con un modelo que desprecia de-

rechos que tanto tiempo y esfuerzo han costado obtener. No se pueden establecer componendas con los que pretenden hacer negocios con nuestros datos, con nuestra intimidad, con nuestra privacidad. Tampoco con los que pretenden controlarnos o con los que quieren una sociedad a imagen y semejanza de sus intereses, despreciando cualquier mínimo corpúsculo de democracia. Pero por otro, tampoco podemos ser transigentes con cualquier idea que signifique relativizar el magnífico poder que atesoran para imponer sus planteamientos. Internet da muchas posibilidades a los ciudadanos, pero también es una herramienta con un potencial totalitario y dictatorial sin parangón en la historia.

La discusión sobre la neutralidad en la Red es decisiva para la preservación de derechos fundamentales, frutos de grandes esfuerzos de generaciones anteriores a las nuestras. Como se ha analizado en este trabajo, la amenaza sobre los derechos es doble: por un lado, liquidar la Red como un espacio de intercambio de ideas y conocimientos, donde personas y colectivas se encuentran en pie de igualdad. En segundo lugar, como un lugar en que ha de preservar el pluralismo de actores y visiones, evitando la articulación de oligopolios que terminen por ejercer una posición de dominio sobre Internet.

La situación está lejos de ser sencilla. Los procesos de concentración de la propiedad y la mercantilización de los datos que aportan los ciudadanos son hechos de enorme gravedad que no parecen tener una respuesta adecuada desde instancias gubernamentales. Tendrá que ser la ciudadanía la que actúe para evitar que Internet les sea hurtado. La UE no puede continuar dando la espalda a sus ciudadanos.

Bibliografía

- Angwin, Julia. *Dragnet Nation. A Quest for Privacy, Security, and Freedom in a World of Relentless Surveillance*. New York: St. Martin's Griffin, 2014.
- Bellamy Foster, John y McChesney, Robert W. «The Internet Unholy Marriage to Capitalism», *Monthly Review*, vol. 62, 10, 2011.
- Crawford, Susan. «Donald Trump's Multi-Pronged Attack on the Internet», *The New York Times*, April 17, 2017.
- Ippolita, *El acuario de Facebook. El irresistible ascenso del anarco-capitalismo*. Madrid: Enclave, 2012.
- McChesney, Robert W. *Digital Disconnect. How Capitalism is Turning the Internet Against Democracy*. New York: The New Press, 2013.
- Mosco, Vincent. *To the Cloud. Big Data in a Turbulent World*. Boulder: Paradigm Publishers, 2014.
- Padilla, Margarita. «Entrevista», *El Diario*, 10 de enero de 2013.
- Rodríguez Prieto, Rafael y Martínez Cabezedo, Fernando. *Poder e Internet. Un análisis crítico de la Red*. Madrid: Cátedra, 2016.

- Saenz de Miera, Oscar. «Efecto del Zero Rating sobre la penetración de la Banda Ancha Móvil en México» (June 22, 2016). CPR LATAM – *Communication Policy Research Conference 2016*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2861992>
- Marcus, Scott. «New network neutrality rules in Europe: comparisons to those in the US», en <http://bruegel.org/wp-content/uploads/2016/09/v2.final-Marcus-5.24.16.pdf>
- Wu, Tim. *The Master Switch. The Raise and Fall of Information Empires*. London: Atlantic Books, 2010.

Recursos electrónicos

- http://economia.elpais.com/economia/2016/12/08/actualidad/1481226888_802941.html
- <http://www.bizkaia.eus/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-C34-01.pdf>
- <http://www.bizkaia.eus/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-C34-01.pdf>
- <http://www.efe.com/efe/espana/economia/la-ce-acusa-a-facebook-de-enviar-bruselas-datos-inexactos-o-enganosos/10003-3129797>
- <http://www.fcc.gov/document/fcc-adopts-strong-sustainable-rules-protect-open-internet>
- <http://www.strandreports.com/sw7128.asp>
- <http://www.strandreports.com/sw7128.asp>
- <https://2015.fcforum.net/neutralidad-de-la-red/>
- <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-internet-net-neutrality>
- <https://info.internet.org/en/story/where-weve-launched/>
- <https://www.enriquedans.com/tag/network-neutrality>
- <https://www.wired.com/2015/04/internet-org-zero-rating/>
- <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>

Sobre el autor

Rafael Rodríguez Prieto es Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Política en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Investigador del Grupo *RCC James B. Conant at Harvard University* (Media y democracia) y subdirector del Laboratorio de Ideas y Prácticas Políticas. Dirigió un proyecto nacional de I+D sobre los derechos fundamentales en la Era de Internet. Sus intereses de investigación incluyen teoría del derecho, mecanismos de participación ciudadana, antisemitismo y las batallas por el control de Internet. Rafael estudió en *Yad Vashem, Center for Holocaust Studies* (Israel), especializándose en educación y antisemitismo. Es Doctor Europeo (Universidad de Bolonia y Universidad de Utrecht) con una tesis presentada en la Universidad Pablo de Olavide. Tiene un

máster en Estudios Latinoamericanos (UNIA) y es licenciado en Derecho, Filosofía y Antropología Social y Cultural por la Universidad de Sevilla. Hizo su postdoctorado en la Universidad de Harvard. Entre sus libros destacan *Ciudadanos Soberanos* (Almuzara, 2005), *Caos digital y medios comunes. Transformaciones de la comunicación social en el siglo XXI* (con A. González, Dykinson, 2014), *Poder e Internet. Un análisis crítico de la Red* (con F. Martínez, Cátedra, 2015) and coordinó *Videojuegos: la explosión digital que está cambiando el mundo* (Héroes de Papel, 2015). Durante su reciente estancia como Profesor Distinguido en la Universidad de Tecnología de Sydney publicó con Aleksandra Hadzelek «Movinets and the Future of Social Movements: How 15M and Occupy Revolutionised Political Protest», in: *Essays 2014: Politics*, Melbourne: Australian Scholarly Publishing, 2014, pp. 33-49.

About the author

Rafael Rodríguez Prieto is a political and legal theorist and *Profesor Titular* at Pablo de Olavide University of Seville. Researcher, RCC James B. Conant Research Group at Harvard University (Media & Democracy) and Vice-chair of Ideas & Political Praxis Lab, a think tank on radical democracy. He directed a national I+D research project on Human Rights in the Digital Era. His research interests include critical legal theory, participatory politics, anti-Semitism and the battles for control of the Internet. Rafael studied at Yad Vashem, Center for Holocaust Studies (Israel), specializing in education and anti-Semitism. He holds a PhD, European Mention (Università di Bologna-Universiteit Utrecht and Pablo de Olavide University of Seville). Rafael holds a Masters in Latin American Studies (UNIA) and BA and MA degrees (licenciado) in Anthropology, Law and Philosophy (University of Seville). Rafael was postdoctoral fellow at Harvard Law School and Kennedy School of Government. His recent books are *Ciudadanos soberanos. Participación y democracia directa* (Almuzara, 2005), *Caos digital y medios comunes. Transformaciones de la comunicación social en el siglo XXI* (with A. González, Dykinson, 2014), *Poder e Internet. Un análisis crítico de la Red* (with F. Martínez, Cátedra, 2015) and *Videojuegos: la explosión digital que está cambiando el mundo* (edit. Héroes de Papel, 2015). He published with Aleksandra Hadzelek «Movinets and the Future of Social Movements: How 15M and Occupy Revolutionised Political Protest», in: *Essays 2014: Politics*, Melbourne: Australian Scholarly Publishing, 2014, pp. 33-49.

Jurisprudencia

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Case Law Review of the Court of Justice of the European Union

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp249-282>

Sumario: I. Introducción.—II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea 1. La competencia de la Unión Europea para firmar acuerdos internacionales y el acuerdo entre la UE y Turquía que no queda sometido a ningún control 2. Las reglas para impugnar la legalidad de actos de la Unión 3. La construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia 4. Los principios de la contratación pública 5. El derecho sancionador en materia fiscal: *non bis in idem* y cooperación administrativa 6. La libertad religiosa en el ámbito laboral: foros interno y externo; discriminaciones indirecta y directa 7. Los derechos de los pasajeros de transportes aéreos.—III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho interno 1. Los secretarios judiciales no están facultados para plantear cuestiones prejudiciales: *sentencia Margarit Panicello* 2. La renuncia a los intereses de demora y costes de cobro es conforme con la Directiva sobre lucha contra la morosidad: *sentencia IOS Finance* 3. La discriminación entre profesores universitarios interinos y de carrera está proscribida: *auto Rodrigo Sanz* 4. La interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas y la ejecución hipotecaria: *sentencia Banco Primus* 5. La Directiva sobre procedimientos de recurso en materia de contratación pública y su efecto directo en España: *sentencia Marina del Mediterráneo* 6. La protección social de los trabajadores móviles no afecta a su eventual despido: *sentencia Pérez Retamero* 7. La divergencia entre versiones lingüísticas de las Directivas debe resolverse conforme a la interpretación uniforme: *sentencia Sharda Europe* 8. Las ayudas de Estado en favor de las acciones sociales y educativas de la Iglesia Católica: *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania*.—IV. Relación de las sentencias del Tribunal de Justicia comentadas.

I. Introducción

La primera *Crónica* relativa a 2017 me permite apuntar algunos aspectos que parecen externos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pero que tienen gran influencia en su desarrollo: el *Brexit*, la selección de los jueces europeos y sus códigos de conducta y, en fin, las estadísticas judiciales correspondientes a 2016.

La amargura del *Brexit* no deja de producir enseñanzas o, más, bien de confirmarnos opiniones más o menos generalizadas. Permítanme subrayar, desde la perspectiva judicial europea, tres.

En primer lugar, el Reino Unido ha sido siempre un socio quisquilloso pero fiel y estricto cumplidor de las obligaciones impuestas por la Unión Europea; las Estadísticas judiciales muestran que de 1973 hasta 2016 el Tribunal de Justicia solo conoció de 140 recursos por incumplimiento contra el Reino Unido; en cambio, respecto de un país más pequeño y con menos antigüedad, como España, los recursos contabilizados de 1986 a 2016 fueron 245.

En segundo lugar, el Gobierno británico ha sentido o ha presentado como un alivio saber que con la entrada en vigor del Tratado de abandono de la Unión Europea se desembarazan del yugo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Es muy significativo que, de los doce puntos en que se resume el documento oficial sobre la estrategia que se va a seguir en el *Brexit*, el segundo ya diga literalmente que asumirán su propia agenda legislativa y pondrán fin a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Reino Unido¹.

En tercer lugar, se puede deducir del *Brexit* que el Reino Unido es escrupuloso con el respeto al Estado de Derecho, *rule of law*, como lo confirma el Tribunal Supremo británico en su *sentencia Miller*, de 24 de enero de 2017, UKSC 2016/0196. En su decisión la mayoría de los jueces señalan la singularidad y el extraordinario alcance de la integración europea: «The EU Treaties as implemented pursuant to the 1972 Act were and are unique in their legislative and constitutional implications» (apartado 90 de la *sentencia Miller*).

Por otra parte, los tribunales europeos son lo que son gracias a la individualidad de sus jueces. Por eso en la Unión Europea se insiste en mejorar el código de conducta de los jueces del Tribunal de Justicia y también es preciso destacar que en Estrasburgo se establecen mecanismos para mejorar la

¹ GOBIERNO BRITÁNICO (2017), *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, Londres; la cita literal es: «We will take control of our own statute book and bring an end to the jurisdiction of the Court of Justice of the European Union in the UK».

selección de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se pretenden aplicar, a pesar de la polémica, en España.

Por una parte, el 1 de enero de 2017 entró en vigor el Código de conducta de los miembros y antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*DOUE* núm. C 483, de 23.12.2016, p. 1). En el preámbulo del Código se determina claramente cuál es su finalidad: «precisar las obligaciones que las disposiciones estatutarias y reglamentarias aplicables imponen».

Los principios éticos que informan el Código son la independencia, la integridad, la dignidad e imparcialidad, la lealtad y la discreción. De los tres primeros principios se deriva una regla de gran interés y gran trascendencia en el mundo judicial en relación con la libertad de expresión de los jueces que enuncia el art. 3.4 «Los miembros prestarán especial atención a no comportarse ni expresarse, sea cual sea el medio utilizado, de un modo que menoscabe la percepción de su independencia, de su integridad y de la dignidad de sus funciones por parte del público». Asimismo, se establece un registro de intereses y la obligación de declararlos por parte de los jueces.

Es muy llamativa la previsión del art. 5.3 del Código de conducta conforme al cual: «La declaración recogerá la identificación de cada entidad en la que el miembro tenga intereses económicos directos de los que quepa razonablemente pensar que, por su magnitud, podrían suscitar un conflicto de intereses si al miembro le correspondiera conocer de un asunto que afecte a esa entidad».

Por lo que se refiere a la selección de los jueces europeos, hay que tener en cuenta que hasta ahora la designación de los jueces españoles para los tribunales europeos ha sido un acierto. Sin embargo, el procedimiento seguido por el Gobierno español no ha sido transparente al nombrar los jueces y abogados generales que trabajan en Luxemburgo ni los jueces en Estrasburgo.

Por eso debe darse la bienvenida a un procedimiento para la designación de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido en España y que viene impuesto por el Consejo de Europa².

En efecto, constituye un hito en la mejora de la transparencia en la vida pública española que a principios de 2017 el Consejo de Ministros estable-

² Comité de Ministros del Consejo de Europa, *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights – Lignes directrices du Comité des Ministres concernant la sélection des candidats au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme*, CM(2012)40-add, 29 de marzo de 2012.

ciese las pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³.

Los dos requisitos básicos expresados claramente en la Resolución son acreditar un amplio conocimiento en la práctica de los sistemas jurídicos internos y del Derecho Internacional Público y tener un elevado conocimiento de uno de los dos idiomas oficiales, el inglés y el francés, del Tribunal de Estrasburgo y, al menos, suficiente conocimiento pasivo del otro. No obstante, el Acuerdo fue impugnado por una asociación judicial (*Jueces para la Democracia*), en lo que se refiere únicamente a la edad máxima de los candidatos, que la regulación española estableció en 61 años. El Tribunal Supremo suspendió cautelarmente su aplicación⁴ y, finalmente, anuló tal previsión⁵.

En el caso de la selección de los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el denominado «Comité del artículo 255 TFUE» ha actuado como filtro de particular importancia: de los 64 dictámenes emitidos en 2014, 2015 y 2016 solo 6 fueron desfavorables. Los criterios de evaluación han sido los conocimientos jurídicos del candidato, su experiencia profesional, su habilidad para desempeñar las funciones de juez; el dominio del francés y del inglés; la aptitud para trabajar en equipo y en un entorno internacional donde están representados numerosos sistemas jurídicos; y, siempre, que sea indudable su independencia, imparcialidad, probidad e integridad⁶.

Las estadísticas que ha publicado el Tribunal de Justicia sobre 2016 permiten observar una clara continuidad en el funcionamiento de la justicia europea.

Por una parte, la duración media de las cuestiones prejudiciales se mantiene en los 15 meses. Es preciso subrayar el éxito que está teniendo la respuesta de cuestiones prejudiciales mediante auto. Son decisiones muy elaboradas y muy coherentes que, además, se resuelven en alrededor de un año. Por ejemplo, en el *asunto Rodrigo Sanz*, el auto del Juzgado de lo Con-

³ Resolución de 25 de enero de 2017, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017, por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*BOE* núm. 26, de 31 de enero de 2017).

⁴ TS (Sala 3.^a, Sección 4.^a), auto de 8 de marzo de 2017, recurso n.º 88/2017-0021, ES:TS:2017:2042A, ponente: Pico Lorenzo.

⁵ TS (Sala 3.^a, Sección 4.^a), sentencia de 31 de mayo de 2017, recurso n.º 88/2017, ES:TS:2017:2139, ponente: Pico Lorenzo.

⁶ El cuarto y último informe del Comité del artículo 255 TFUE fue publicado en febrero de 2017, disponible en https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-03/rapport_activite_c255_-_en.pdf (último acceso: 27/05/2017).

tencioso-administrativo n.º 8 de Madrid se firmó el 21 de julio de 2016 y el auto de respuesta de Luxemburgo se hizo público el 9 de febrero de 2017; por tanto, en menos de siete meses el Juzgado madrileño pudo resolver una cuestión espinosa y de gran alcance que venía regulada en la Ley madrileña de presupuestos y que comento en esta *Crónica*.

En 2016 llegaron 469 reenvíos prejudiciales al Tribunal de Justicia, casi un 68% de todos los asuntos registrados (692); la materia más afectada por estas cuestiones prejudiciales ha sido el espacio de libertad, seguridad y justicia (76 reenvíos), seguida de la fiscalidad (68) y la política social (33).

Como viene siendo habitual la *Crónica* se articula en torno a una parte general, con los desarrollos jurisprudenciales más sobresalientes en toda la Unión Europea, y una parte especial, dedicada a la jurisprudencia europea generada desde España, por lo general a instancia de sus jueces.

II. Primera parte. Los desarrollos jurisprudenciales del derecho de la Unión Europea

La selección de algunas sentencias del Tribunal de Justicia permite exponer algunas cuestiones de gran alcance: por una parte, en lo que se refiere a las competencias de la Unión y al control de la legalidad de la legislación europea; y, por otra parte, en ámbitos que tanto se han desarrollado en los últimos años como el espacio de libertad, seguridad y justicia, los principios europeos de la contratación pública, el derecho sancionador y el alcance de la libertad religiosa en la vida laboral.

1. *La competencia de la Unión Europea para firmar acuerdos internacionales y el acuerdo entre la UE y Turquía que no queda sometido a ningún control*

En materia de celebración de tratados internacionales resulta esencial determinar la competencia de la Unión y de sus Estados miembros. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado mediante dos dictámenes sobre tales cuestiones: en un caso consideró que se trataba de una competencia exclusiva de la Unión y en el otro que la competencia era compartida con los Estados miembros. Asimismo, el Tribunal General se ha inhibido en el control de la legalidad del Acuerdo de 18 de marzo de 2016 entre la Unión Europea y Turquía relativo al flujo extraordinario de refugiados.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia adoptó el dictamen de 14 de febrero de 2017 (*avis 3/15*) conforme al cual la Unión Europea tenía compe-

tencia exclusiva para celebrar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso.

La primera cuestión que se plantea el Tribunal de Justicia es si el Tratado de Marrakech está comprendido, total o parcialmente, en el ámbito de la política comercial común para llegar a la conclusión de que su celebración no forma parte de la política comercial común.

Sin embargo, la segunda cuestión que se formula el Tribunal de Justicia es si el Tratado de Marrakech puede fundarse en el artículo 3.2 TFUE que atribuye competencia exclusiva a la Unión para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance.

En su análisis el Tribunal de Justicia comprueba que el conjunto de obligaciones previstas por el Tratado de Marrakech está comprendido en un ámbito ya regulado en gran parte por normas comunes de la Unión y que la celebración de este Tratado puede afectar a estas normas o alterar su alcance.

En efecto, tal ámbito es el regulado por la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información y, a juicio del Tribunal de Justicia, aunque la armonización solo es parcial, la facultad de los Estados de aplicar una excepción o limitación a la Directiva 2001/29 en beneficio de personas con minusvalías está delimitada de forma estricta por las exigencias del Derecho de la Unión. Por tanto y, en este supuesto, a pesar de tratarse de un ámbito que está fuera de la política comercial común, el conjunto de obligaciones previstas por el Tratado de Marrakech está comprendido en un ámbito ya regulado en gran parte por normas comunes de la Unión por lo que la celebración de este Tratado puede afectar a estas normas o alterar su alcance. En consecuencia, la competencia para celebrar este acuerdo internacional corresponde en exclusiva a la Unión Europea.

En cambio, el Pleno del Tribunal de Justicia pronunció el dictamen de 16 de mayo de 2017 (*avis 2/15*) relativo a las competencias exclusivas y compartidas para firmar el Acuerdo de Libre Comercio de la Unión con Singapur.

Tanto la Abogada General, Eleanor Sharpston, como el Tribunal de Justicia consideran que el tratado internacional que se pretende celebrar no se refiere únicamente a la política comercial sino que también afecta a otros ámbitos y que, en consecuencia, requiere una cooperación plena en la negociación, la celebración y la aplicación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros.

La AG Sharpston hace un análisis minucioso y llega a la conclusión de que la Unión Europea y sus Estados miembros comparten competencias en materia de servicios de transporte, inversiones extranjeras que no sean directas, contratación pública en materia de transportes; aspectos no comerciales de los derechos de la propiedad intelectual e industrial y normas laborales y medioambientales fundamentales.

Como subraya la AG Sharpston, gran parte del ejercicio de la competencia de la Unión sigue guardando relación con lo que ocurre «internamente», es decir, dentro del territorio de la Unión; pero determinadas competencias, tanto exclusivas como compartidas, siguen teniendo necesariamente implicaciones en la acción exterior (punto 62).

El Tribunal de Justicia hace una interpretación amplia de las competencias externas de la Unión y considera que solo corresponden a la competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros aquellas materias de inversiones distintas de las directas, la solución de diferencias y disposiciones institucionales referidas a las anteriores.

El punto de partida del Tribunal de Justicia es la delimitación jurisprudencia de la política comercial común, es decir, «es jurisprudencia reiterada que el mero hecho de que un acto de la Unión, como un acuerdo celebrado por ésta, pueda tener ciertas repercusiones sobre el comercio con uno o varios Estados terceros no basta para concluir que dicho acto deba incluirse en la categoría de los acuerdos comprendidos en la política comercial común. En cambio, un acto de la Unión forma parte de esta política cuando tenga como objeto específico ese comercio, en la medida en que esté dirigido, en lo esencial, a promoverlo, facilitararlo o regularlo y produzca efectos directos e inmediatos en él» (apartado 36).

El Tribunal de Justicia hace un esfuerzo de simplificación. Ahora bien, el dictamen es suficientemente minucioso y complejo como para tener que remitirse a él. En todo caso, lo cierto es que establece un nuevo criterio interpretativo en materia de relaciones exteriores y de política comercial de la Unión Europea.

Por último, es preciso recordar el *auto NM / Consejo Europeo*, T-257/16, en virtud del cual el Tribunal General no entra a conocer de la legalidad de la adopción de la Declaración UE-Turquía con motivo de la reunión del Consejo Europeo del 16 de marzo de 2016 en virtud del cual se comprometieron a solucionar, mediante actuaciones bien concretas, la crisis de los refugiados.

Este acuerdo tuvo consecuencias inmediatas y efectivas cortando el constante flujo de refugiados que atravesaban Turquía. Sin embargo, el Tribunal General se inhibe porque «no puede considerarse un acto adoptado por el Consejo Europeo —ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión— ni un indicio de la existencia de un acto de tales características que se corresponda con el acto impugnado».

En descargo de conciencia, se encarga de subrayar el Tribunal General que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no tiene por objeto modificar el sistema de control judicial establecido en los Tratados.

Ahora bien, si estas actuaciones, con especiales efectos jurídicos, no pueden ser enjuiciadas por los Tribunales de la Unión, tampoco parece que puedan ser controladas por los tribunales nacionales, de tal modo que, no sabemos quiénes sean los responsables, pero no hay duda de que los afectados por tales medidas se verán, irremediabilmente, indefensos, y se habrá vulnerado la tutela judicial, sea europea sea nacional, efectiva.

2. *Las reglas para impugnar la legalidad de actos de la Unión*

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala se ha pronunciado sobre la impugnación de actos de la Unión en dos supuestos muy significativos: en un primer caso en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y el otro caso en un ámbito de la Unión Europea sobre el que ya no se plantean dudas sobre la competencia del Tribunal de Justicia.

En la *sentencia Rosneft Oil Company*, C-72/15, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el alcance de su control en el ámbito de la PESC en un litigio de esta empresa rusa que había impugnado ante los tribunales británicos una serie de medidas restrictivas adoptadas por la Unión Europea en 2014 frente a acciones de Rusia que desestabilizaban la situación en Ucrania.

La londinense *High Court of Justice* preguntaba sobre la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en aplicación de los actos de la Unión.

El punto de partida es el principio de la falta de competencia del Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones referidas a la PESC o con los actos adoptados sobre la base de éstas que, no obstante, está sometido a dos excepciones: el Tribunal de Justicia es competente para controlar el respeto del artículo 40 TUE y tiene la competencia para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el artículo 275.2 TFUE, en particular, en lo que se refiere al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo, sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC, por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas (apartado 60).

De modo que el Tribunal de Justicia le responde a la *High Court* que es «competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC,

siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el artículo 40 TUE bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas» (apartado 81).

En la *sentencia A y otros*, C-158/14, la Gran Sala hace varias precisiones sobre la conocida *jurisprudencia Deggendorf* relativa a los límites de la impugnación indirecta de la legalidad de un acto de la Unión.

La cuestión prejudicial procedía del Consejo de Estado neerlandés y se refería a la vinculación de varios ciudadanos con la organización Tigres de Liberación de Eelam Tamil a quien en 2006 la Unión Europea la había reputado una organización terrorista. Sin embargo, se alegaba que tal organización no podía considerarse como terrorista en la medida en que mantenía, en realidad, un conflicto armado en Sri Lanka.

La primera cuestión que plantea el Tribunal Supremo administrativo holandés es si cabe ahora impugnar indirectamente la legalidad de la inclusión en 2006 de la organización como organización terrorista.

El Tribunal de Justicia recuerda su *jurisprudencia Deggendorf*: las exigencias de seguridad jurídica excluyen la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda —que podría haber impugnado la decisión de la Comisión relativa a esa ayuda y que dejó transcurrir el plazo imperativo establecido al respecto por las disposiciones del Tratado— cuestione la legalidad de ésta ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de un recurso interpuesto contra las medidas de ejecución de la decisión, adoptadas por las autoridades nacionales (sentencia de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, apartados 12 y 17).

Ahora el Tribunal de Justicia matiza su jurisprudencia en el sentido de que «una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la validez de un acto de la Unión sólo puede declararse inadmisibile en caso de que, aun cuando el recurso de anulación contra un acto de la Unión hubiera sido manifiestamente admisible, la persona física o jurídica que hubiera podido interponer tal recurso se abstuvo de hacerlo en el plazo fijado e invoca la ilegalidad de dicho acto en el marco de un procedimiento nacional a fin de incitar al tribunal nacional a plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial en cuestión, relativa a la validez del citado acto, obviando así el carácter definitivo que frente a él tiene el referido acto una vez expirados los plazos para recurrir» (apartado 70).

La segunda cuestión es si una organización como la del litigio puede cometer actos terroristas. A tal efecto, el Tribunal de Justicia deja claro que «las actividades de una fuerza armada en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho internacional humanitario, pueden constituir «actos terroristas», conforme a dichos actos de la Unión».

Por tanto, el Tribunal de Justicia, a pesar de examinar la impugnación indirecta, comprueba que la decisión de incluir a la organización tamil como organización terrorista en la Unión Europea es conforme a Derecho.

3. *La construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*

El espacio de libertad, seguridad y justicia se explica por la regulación y por los desarrollos jurisprudenciales referidos a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de países terceros y a los solicitantes de asilo. Merece la pena examinar algunas sentencias significativas.

Así, por ejemplo, los efectos de la ciudadanía de la Unión se aprecian en la *sentencia Chávez-Vílchez y otros*, C-133/15, referida a ocho solicitudes de asistencia social por parte de nacionales de terceros países (Venezuela, Nicaragua, Surinam, Camerún, Ruanda o sin nacionalidad) sin permiso de residencia en los Países Bajos y madres de niños de nacionalidad holandesa, reconocidos por sus padres neerlandeses pero que viven con sus madres.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia sobre los efectos de la ciudadanía de la Unión en determinados nacionales de países terceros: «la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia [puede] desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, dado que es esta dependencia la que llevaría a que el ciudadano de la Unión se viese obligado, de hecho, a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también el de la Unión en su conjunto, como consecuencia de tal decisión denegatoria».

En estos supuestos, lo relevante para el Tribunal de Justicia es el interés superior del niño por lo que exige que se tengan en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: su edad, su desarrollo físico y emocional, la intensidad de su relación afectiva con el progenitor ciudadano de la Unión y con el progenitor nacional de un país tercero y el riesgo que separarlo de éste último entrañaría para el equilibrio del niño.

Aunque la carga de la prueba corresponde al nacional de un tercer país que solicita la residencia, derecho derivado de la ciudadanía de la Unión del niño, el Tribunal de Justicia modula esta carga en el sentido de que las autoridades nacionales deben realizar las investigaciones necesarias para determinar dónde reside el progenitor nacional y para examinar, por una parte, si éste es o no realmente capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y está dispuesto a ello, y, por otra parte, si existe o no, una relación de dependencia tal entre el menor y el progenitor nacional de un país tercero que una decisión que deniegue el derecho de residencia a éste

privaría al menor del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos vinculados a su estatuto de ciudadano de la Unión obligándole a abandonar la Unión.

En la *sentencia El Dakkak*, C-17/16, el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial del Tribunal de Casación francés sobre el alcance de la obligación de declarar la posesión de más de 10.000 euros a quienes están de paso en una zona internacional de tránsito dentro de la Unión Europea. En este caso se trataba de un pasajero que procedía de Benín con destino al Líbano y estaba en tránsito en uno de los aeropuertos de París con más de un millón y medio de dólares en efectivo.

El Tribunal de Justicia consideró que se aplicaba el Reglamento (CE) n.º 1889/2005 relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo y que establece que toda persona física que entre en la Unión o salga de ella transportando una suma de dinero efectivo igual o superior a 10.000 euros tendrá la obligación de declarar esa cantidad.

En la *sentencia Fahimian*, C-544/15, la Gran Sala se pronunció sobre la denegación por las autoridades alemanas de la entrada de una estudiante iraní por razones de seguridad nacional. A tal efecto, la Directiva 2004/114 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado reconoce a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación para determinar si se cumplen los requisitos generales y específicos establecidos en esta Directiva y, en particular, si concurren motivos relativos a la existencia de una amenaza para la seguridad pública que se opongan a la admisión del nacional del tercer país de que se trate.

Por tanto, a juicio del Tribunal de Justicia «para determinar si el solicitante de visado representa una amenaza, siquiera potencial, para la seguridad pública, corresponde a esas autoridades nacionales efectuar una apreciación global del conjunto de elementos que caracterizan la situación de esa persona».

Y por lo que se refiere al control judicial, el Tribunal de Justicia añade que el juez nacional, teniendo en cuenta la distribución de la carga de la prueba, debe comprobar en concreto si la resolución impugnada tiene una base fáctica suficientemente sólida y si la investigación que esta persona pretende llevar a cabo en Alemania durante su doctorado tiene por objeto un ámbito sensible de la seguridad de la tecnología de la información.

En materia de asilo, el Tribunal de Justicia ha pronunciado varias decisiones de las que desearía comentar cuatro: la *sentencia Lounani*, C-573/14, sobre el asilo de terroristas, y la *sentencia X y X*, C-638/16 PPU, sobre visados humanitarios, ambas de la Gran Sala; la *sentencia C.K.*, C-578/16 PPU, y la *sentencia M*, C-560/14, sobre el procedimiento de la solicitud de asilo.

En la *sentencia Lounani* la Gran Sala aborda el problema del terrorismo aplicado a los solicitantes de asilo. La sentencia se dicta a raíz de una cuestión prejudicial remitida por el Consejo de Estado belga. En este caso un marroquí había solicitado el asilo en Bélgica pero había sido excluido del estatuto de refugiado por haber pertenecido a una célula terrorista aun cuando no había cometido ningún acto terrorista.

El Tribunal de Justicia considera que procede la exclusión del estatuto de refugiado no solo cuando el solicitante de protección internacional haya sido condenado por uno de los delitos de terrorismo. A tal efecto, recuerda la Convención de Ginebra sobre refugiados y también las Resoluciones de las Naciones Unidas relativas a las medidas adoptadas para combatir el terrorismo, en las que se declara que «los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas» y que «financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

A juicio del Tribunal de Justicia, siguiendo los razonamientos de la AG Sharpston, la aplicación de la exclusión del estatuto de refugiado prevista en la Directiva 2004/83 no puede limitarse a quienes hayan cometido efectivamente actos de terrorismo, sino que puede extenderse también a quienes realicen actividades de reclutamiento, organización, transporte o equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas.

En definitiva, la circunstancia de que Mostafa Lounani hubiese sido condenado por los tribunales belgas por su participación en las actividades de un grupo terrorista y de que esa condena fuese firme tiene especial relevancia, en el marco de la evaluación individual que debe efectuar la autoridad competente para conceder o denegar el estatuto de refugiado.

El segundo ejemplo, la *sentencia C.K.* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Eslovenia y que el Tribunal de Luxemburgo zanjó en menos de tres meses. Se refería a una pareja de una siria y un egipcio que, después de entrar con visado en Croacia, acceden ilegalmente a Eslovenia con documentos falsos griegos, tienen un hijo y solicitan asilo. Las autoridades eslovenas pretendían su traslado a Croacia.

El Tribunal de Justicia puntualiza que la Carta de los Derechos Fundamentales establece límites al sistema de Dublín no solo para los casos de que existan deficiencias sistemáticas en el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de asilo sino también cuando el traslado suponga un peligro real y cierto de que el interesado sufra tratos inhumanos o degradantes.

En cambio, en la *sentencia X y X* el Tribunal de Justicia se desentiende de la aplicación del Derecho de la Unión al supuesto de una pareja casada,

así como sus tres hijos menores de corta edad, de nacionalidad siria y residentes en Alepo, que presentan sendas solicitudes de visado de validez territorial limitada en la embajada de Bélgica en Beirut (Líbano) antes de regresar, al día siguiente, a Siria.

Es el Consejo belga del contencioso de extranjería el que remite la cuestión prejudicial con el fin de saber si el Código de visados (Reglamento (CE) n.º 810/2009) se aplica en este caso.

El AG Mengozzi elevó la voz para mostrar su preocupación por los valores europeos y la necesidad de tener en cuenta la protección de los derechos fundamentales de la Unión: «es crucial que, en un momento en que las fronteras se cierran y se erigen muros, los Estados miembros no rehúyan sus responsabilidades, derivadas del Derecho de la Unión o, si se me permite la expresión, del Derecho de su Unión y de nuestra Unión» (Conclusiones, de 7 de febrero de 2017, apartado 4). Sin embargo, el Tribunal de Justicia no pareció muy conmovido y consideró que el Código de visados era aplicable únicamente a las estancias cuya duración no superase los tres meses por un período máximo de 180 días; aunque la intención de la familia siria era obtener un permiso de residencia en Bélgica cuya validez no estuviera limitada a 90 días. Por tanto, la solicitud no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, sino que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sólo estaba sujeta al Derecho belga.

El Tribunal de Justicia tuvo que aclarar el alcance del derecho a ser oído en un procedimiento de protección subsidiaria en materia de asilo.

La *sentencia M* responde un reenvío prejudicial del Tribunal Supremo irlandés en relación con un procedimiento de protección subsidiaria que se había iniciado por un ruandés después de que las autoridades irlandesas le hubiesen denegado el derecho de asilo.

El Tribunal de Justicia puntualiza que «el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión relativa a una solicitud de protección subsidiaria ha de permitir al solicitante exponer su punto de vista sobre el conjunto de esos elementos a fin de fundamentar su solicitud y de permitir a la administración proceder con pleno conocimiento de causa a la evaluación individual de los hechos y de las circunstancias, prevista en el artículo 4 de la Directiva 2004/83, al objeto de determinar si existe un riesgo real de que el solicitante sufra daños graves, en el sentido de dicha Directiva, si es devuelto a su país de origen».

No obstante, también precisa el Tribunal de Justicia: «deberá celebrarse una audiencia oral cuando concurren circunstancias concretas, relativas a los elementos de que dispone la autoridad competente o a la situación personal o general en la que se inscribe la solicitud de protección subsidiaria, que la hagan necesaria para examinar dicha solicitud con pleno conocimiento de causa, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

En suma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de asilo no ha sido linealmente progresiva sino que unas veces avanza, otras se estanca.

4. *Los principios de la contratación pública*

La contratación pública sigue siendo fuente inagotable de la jurisprudencia europea en la medida en que se trata de un ámbito en que confluye el mercado único con la armonización de las legislaciones y afecta a un aspecto particularmente importante del ejercicio del poder.

En la *sentencia Esaprojekt*, C-387/14, a requerimiento de un tribunal polaco, el Tribunal de Justicia lleva a cabo una aplicación del principio de igualdad de los licitadores en la adjudicación de un contrato de modernización de los sistemas informáticos sanitarios y de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La primera interpretación es que la Directiva no permite que, una vez expirado el plazo concedido para la presentación de candidaturas para un contrato público, un operador económico transmita al poder adjudicador, para probar que cumple los requisitos para participar en un procedimiento de contratación pública, documentos que no figuraban en su oferta inicial, como un contrato ejecutado por otra entidad y el compromiso de esta última de poner a disposición de dicho operador las capacidades y recursos necesarios para la ejecución del contrato de que se trata.

Esta interpretación se basa en los principios de igualdad de trato y de no discriminación y en la obligación de transparencia que «se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, a cualquier negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato».

La segunda interpretación del Tribunal de Justicia se refiere a la aptitud de los licitadores. Por una parte, supone una matización al principio conforme al cual los operadores económicos tienen el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante el poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato.

Ahora bien, no puede excluirse, como era el caso, que existan obras con particularidades que necesiten una determinada capacidad que no pueda obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. Por otra parte, el Tribunal de Justicia insiste en que «un operador económico

no puede invocar, como parte de la experiencia exigida por el poder adjudicador, las prestaciones efectuadas por otros miembros de una agrupación de empresas en cuya realización no participó de forma efectiva y concreta». También, a juicio del Tribunal de Justicia, los licitadores deben probar al poder adjudicador que disponen o dispondrán efectivamente de las capacidades necesarias para garantizar la correcta ejecución del contrato público para lo que pueden invocar simultáneamente dos o más contratos o una única licitación.

La tercera interpretación se refiere a las causas de exclusión de los licitadores y a si la actuación de la empresa tenía que ser dolosa. A tal efecto, el Tribunal de Justicia puntualiza que para sancionar a un operador económico que haya presentado declaraciones falsas mediante la exclusión de su participación en un contrato público, el poder adjudicador no está obligado a aportar pruebas de la existencia de intencionalidad en su comportamiento.

En la *sentencia Archus*, C-131/16, también se aborda la cuestión de la igualdad, a petición del mismo tribunal polaco, de los licitadores en el marco de la Directiva 2004/17/CE sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Se trataba de la adjudicación de un contrato de digitalización de documentos en cuya licitación habían participado solo dos empresas.

En este caso el Tribunal de Justicia precisa que la obligación de la entidad adjudicadora de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (apartado 25).

Esto significa que la Directiva no permite con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas ni tampoco que presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta.

Asimismo, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual los licitadores tienen un interés legítimo equivalente en que se excluya la oferta de los otros para obtener el contrato, con independencia del número de participantes en el procedimiento y del número de participantes que haya interpuesto recurso. En efecto, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento y también en caso de exclusión de todos los licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del

contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, así, obtener indirectamente el contrato. Por tanto y en el caso concreto de una licitación con dos competidores, el licitador excluido puede recurrir las dos decisiones simultáneas, una de rechazo de la oferta de uno de los licitadores y otra de adjudicación del contrato al otro competidor.

5. *El derecho sancionador en materia fiscal: non bis in idem y cooperación administrativa*

En la *sentencia Orsi y Baldetti*, C-217/15 y C-350/15, el Tribunal de Justicia le confirma al juez italiano que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal en materia fiscal son compatibles con el artículo 50 de la Carta que consagra el principio *non bis in idem*.

En este caso la Administración tributaria había impuesto una sanción administrativa a una empresa y había iniciado un procedimiento penal contra sus representantes legales por no haber ingresado el importe del IVA por más de un millón de euros.

El juez italiano invoca la Carta de la Unión y el Convenio Europeo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya deja claro desde el primer momento que lo relevante es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión porque, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, el Convenio no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión.

No obstante y en aplicación del artículo 52.3 de la Carta, en la medida en que el artículo 50 de la Carta contempla un derecho correspondiente al establecido en el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio, es preciso cerciorarse de que la interpretación del artículo 50 de la Carta respete el nivel de protección garantizado por el Convenio. Es entonces cuando el Tribunal de Justicia se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual es jurídicamente posible infligir sanciones tanto tributarias como penales cuando las sanciones de que se trate conciernan a personas, físicas o jurídicas, que sean jurídicamente distintas.

El Tribunal de Justicia comprueba que en este caso parece que no concurre el requisito para que resulte aplicable el principio *non bis in idem*, conforme al cual la misma persona debe ser objeto de las sanciones y de las actuaciones penales de que se trate.

Por otra parte, en la *sentencia Berlioz Investment Fund*, C-682/15, la Gran Sala del Tribunal de Justicia interpreta la Directiva 2011/16/UE sobre la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. El litigio tenía

su origen en la sanción de 250.000 euros impuesta por la Administración luxemburguesa a la empresa Berlioz por no facilitarle información tributaria que reclamaba la Administración francesa por vía de cooperación.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia consideró que este tipo de sanciones, aunque no se prevenían expresamente en la Directiva, pretendían su efectividad, por lo que se aplicaba la Carta de Derechos Fundamentales y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 47.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que un administrado, al que se ha impuesto una sanción pecuniaria por no atender una decisión administrativa mediante la que se le requiere que aporte información en el marco de un intercambio de información entre Administraciones tributarias nacionales en virtud de la Directiva 2011/16, puede impugnar la legalidad de esa decisión. Y esto, asimismo, supone que la «pertinencia previsible» de la información solicitada por un Estado miembro a otro Estado miembro constituye un requisito que debe cumplir la solicitud de información para que el Estado miembro requerido esté obligado a tramitarla y, en consecuencia, un requisito de legalidad de la decisión de requerimiento dirigida por este Estado miembro a un administrado y de la medida sancionadora impuesta a este último por no atender dicha decisión.

Lo anterior supone que el control que en este caso ejerce el juez luxemburgués al enjuiciar la sanción impuesta en Luxemburgo por no facilitar la información requerida desde Francia tiene el siguiente alcance: «el juez debe verificar únicamente que la decisión de requerimiento se basa en una solicitud suficientemente motivada de la autoridad requirente relativa a información que no parece, manifiestamente, carente de toda pertinencia previsible habida cuenta, por un lado, del contribuyente de que se trate y del tercero eventualmente informado y, por otro, del objetivo fiscal perseguido».

En fin, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el acceso a la documentación y las restricciones impuestas por el secreto. A tal efecto, el Tribunal indica, por una parte, que el juez debe tener acceso a la solicitud de información dirigida por el Estado miembro requirente al Estado miembro requerido; pero, por otra parte, el administrado concernido no dispone de un derecho de acceso a la totalidad de esta solicitud de información, que sigue siendo un documento secreto.

6. *La libertad religiosa en el ámbito laboral: foros interno y externo; discriminaciones indirecta y directa*

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala se ha pronunciado, a requerimiento de los Tribunales de Casación francés y belga, en

dos sentencias sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y el uso de atuendos con connotaciones religiosas: la *sentencia Bougnaoui*, C-188/15, y la *sentencia G4S Secure Solutions NV*, C-157/15.

En el primer caso, Asma Bougnaoui fue contratada como ingeniera y su empresa le exigió que, al menos, para tratar con determinados clientes no utilizase el pañuelo islámico. Al no someterse a estas exigencias, la ingeniera fue despedida. En el segundo caso, Samira Achbita trabajaba desde 2003 para la empresa G4S Secure Solutions que se dedicaba a la recepción de clientes; en 2006 comunicó a la empresa que deseaba llevar un pañuelo islámico; sin embargo, la empresa aprobó un reglamento interno prohibiendo el uso de cualquier signo visible de convicciones religiosas. Al no ajustarse a estas exigencias, la empleada fue despedida.

Los razonamientos del Tribunal de Justicia en ambas sentencias, que tienen al mismo ponente, son parecidos pero las conclusiones son, según las circunstancias de cada caso, distintas.

En primer lugar, en ambas sentencias se hace referencia a la regulación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Esto significa a juicio del Tribunal de Justicia: «Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78, de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa» (apartados 30 y 28, respectivamente).

En segundo lugar, también las dos sentencias establecen una distinción entre una discriminación directa y otra discriminación indirecta.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, el Tribunal de Justicia admite que una empresa adopte una norma interna que establezca una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones si cumple el principio de proporcionalidad.

En efecto, esta normativa puede estar justificada si, en primer lugar, el empresario persigue una finalidad legítima como, por ejemplo, conseguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. Como subraya el Tribunal de Justicia, «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa fina-

lidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes» (apartado 38 de la *sentencia G4S Secure Solutions*).

También, en segundo lugar, el Tribunal exige que la norma interna sea adecuada para conseguir ese objetivo y a tal efecto señala: «el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática» (apartado 40 de la *sentencia G4S Secure Solutions*).

Y en tercer lugar el Tribunal de Justicia comprueba si la limitación se ajusta estrictamente a lo necesario. En el caso concreto y según el Tribunal de Justicia es preciso saber si la norma interna «atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes».

Por último, el Tribunal de Justicia considera que estaría justificado el despido siempre y cuando se compruebe si G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa de la trabajadora a prescindir del velo islámico, de ofrecerle un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes.

En cambio y por lo que se refiere a la discriminación directa, el Tribunal de Justicia es más estricto y, en particular, así se deduce de la *sentencia Bougnaoui*. En efecto, el Tribunal de Justicia admite discriminaciones directas basadas en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en la Directiva cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Sin embargo, también advierte: «sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante».

De hecho y en el caso concreto, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva.

7. Los derechos de los pasajeros de transportes aéreos

Los pasajeros de transportes aéreos cuentan en el Derecho de la Unión Europea con una protección de gran interés y alcance. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de interpretar el Reglamento (CE) n.º 261/2004 sobre

compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (que cabría explicar muy resumidamente: 250 euros por cancelación o gran retraso de vuelos de hasta 1.500 kilómetros; 400 euros hasta 3.500 kilómetros y 600 euros para distancias superiores).

La *sentencia Pešková y Peška*, C-315/15, se planteaba la reclamación por el retraso de cinco horas y 20 minutos de un vuelo entre la ciudad búlgara de Burgas y la ciudad checa de Ostrava debido a una avería y al choque del avión contra un ave. La procedencia de la compensación se produce cuando el retraso es superior a tres horas. No obstante, el transportista está exento de compensar si se producen circunstancias extraordinarias, es decir, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.

En este supuesto el Tribunal de Justicia consideró que la colisión entre una aeronave y un ave, y el eventual daño provocado por dicha colisión, no son, por su naturaleza ni por su origen, inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo afectado y escapan a su control efectivo, por lo que tal colisión debe ser calificada de «circunstancia extraordinaria» a los efectos de la exención de responsabilidad del transportista aéreo.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia puntualiza que cuando concurre otra circunstancia que no sea extraordinaria, como era el caso de la avería de una válvula, corresponde al juez nacional, en este caso, el juez checo de Praga, descontar del tiempo total de retraso a la llegada de ese vuelo el retraso imputable a esa circunstancia extraordinaria para saber si se habían superado las tres horas máximas.

En la *sentencia Krijgsman*, C-302/16, se resuelve cuándo debe abonarse la indemnización. En el caso concreto, el transportista aéreo había informado a la agencia de viajes, con más de dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista del vuelo, de su cancelación, pero la agencia informó al pasajero solo diez días antes de la salida prevista.

El Tribunal de Justicia ofrece la siguiente interpretación: el transportista aéreo está obligado a abonar la compensación si se cancela un vuelo «sin que el pasajero haya sido informado de ello con al menos dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista, incluso cuando el transportista informó de esta cancelación, al menos dos semanas antes de tal hora, a la agencia de viajes a través de la cual se había concluido el contrato de transporte con el pasajero en cuestión pero esta agencia no informó a dicho pasajero dentro del plazo antes mencionado».

III. Segunda parte. La jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y sus efectos en el Derecho interno

En 2016 los jueces españoles remitieron 47 cuestiones prejudiciales, uno de los años con más reenvíos; por detrás, no obstante, de las 84 procedentes de Alemania o las 62 de Italia.

También se puede hacer un balance de las cuestiones prejudiciales planteadas de 1986 a 2016, es decir, en 31 años, desde España se formularon 437 cuestiones prejudiciales, de las cuales una procedió del Tribunal Constitucional, 71 del Tribunal Supremo y las restantes 365 de otros jueces y tribunales, incluidos algunos órganos administrativos⁷.

Con el paso del tiempo se observa un incremento notablemente del acceso al Tribunal de Justicia: en los primeros 10 años se remitieron 51; de 1996 a 2005 los jueces enviaron a Luxemburgo 112 cuestiones; y ya en los últimos once años, de 2006 hasta el 2016, se plantearon 274. Por tanto y en el primer decenio la medida anual fue de cinco cuestiones prejudiciales; en el segundo decenio la media subió a unos 10 reenvíos anuales; en cambio, en los últimos once años la media supera las 25 cuestiones prejudiciales anuales⁸.

Probablemente la novedad más significativa de la jurisprudencia en este primer semestre de 2017 ha sido que el Tribunal de Justicia veda a los secretarios judiciales el planteamiento de cuestiones prejudiciales. Asimismo, las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales españolas han sido de gran interés y abarcan aspectos tan prácticos como la posibilidad de renunciar a los intereses de demora en el caso de morosidad de las Administraciones españolas, la protección a los empleados públicos temporales, los matices en la interpretación de la Directiva sobre cláusulas suelo o en materia de contratación pública y protección social; el problema que plantea la divergencia entre versiones de una misma Directiva en las distintas lenguas oficiales; y, en fin, las puntualizaciones sobre el régimen europeo de ayudas públicas en el ámbito fiscal.

⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2017): *Rapport annuel 2016. Activité judiciaire*, OPUÉ, Luxemburgo, p. 111. Las cifras manejadas no discriminan entre jueces y otros órganos que en España no tienen naturaleza jurisdiccional pero que, sin embargo, el Tribunal de Justicia considera facultados para plantear una cuestión prejudicial (tribunales económico-administrativos, Tribunal de Defensa de la Competencia y tribunales de la contratación pública; véase, por todas, la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme / Corporació de Salut del Maresme i la Selva, C-203/14, EU:C:2015:664.

⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2017): *Rapport annuel 2016*, ob. cit., pp. 109-110.

1. *Los secretarios judiciales no están facultados para plantear cuestiones prejudiciales*: sentencia Margarit Panicello

En la *sentencia Margarit Panicello*, C-503/15, el Tribunal de Justicia se ha inhibido de responder un reenvío prejudicial formulado por el secretario del Juzgado de Violencia sobre la Mujer Único de Terrassa.

El secretario judicial conocía de un procedimiento de jura de cuentas de un abogado contra su cliente por lo que le planteó al Tribunal de Justicia si en tal procedimiento podía aplicar el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales y la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales.

No obstante y como había previsto el propio letrado de la Administración de Justicia la cuestión previa que hubo de examinar el Tribunal de Justicia era si un Secretario Judicial constituye un «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE y si, en consecuencia, está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia conforme a la cual para dilucidar si el remitente tiene la condición de «órgano jurisdiccional» a efectos del artículo 267 TFUE, que es una cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, deberá tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia.

La respuesta es negativa porque, en primer lugar y a juicio del Tribunal de Justicia, el procedimiento de jura de cuentas no es un procedimiento jurisdiccional sino meramente administrativo.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que el secretario judicial tampoco es un órgano independiente porque, aunque cumple el aspecto interno, no cumple el aspecto externo de la independencia.

Por aspecto externo entiende el Tribunal de Justicia que el órgano ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia y está protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca.

Y el aspecto interno el Tribunal de Justicia lo asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél; es decir, este aspecto interno está vinculado al respeto de la objetividad y a la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia comprueba que los secretarios judiciales en España deben atenerse, en el ejercicio de sus funciones, a las instrucciones que les imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejercen las competencias relativas a la fe pública judicial, a saber, a la hora de autenticar los actos y los documentos procesales y de certificar hechos que produzcan efectos procesales, o cuando adoptan actos de ordenación y dirección del proceso.

Así pues, a juicio del Tribunal de Justicia, en el estado actual de la legislación española, el Secretario Judicial tramita el expediente de jura de cuentas con observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Por tanto, un secretario judicial no está facultado para plantear una cuestión prejudicial lo que determina que el Tribunal de Justicia inadmita la planteada por el letrado de la Administración de Justicia de Terrassa.

2. *La renuncia a los intereses de demora y costes de cobro es conforme con la Directiva de lucha contra la morosidad: sentencia IOS Finance*

La *sentencia IOS Finance*, C-555/14, responde un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 6 de Murcia en relación con la interpretación de la Directiva 2011/7/UE sobre medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y el mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores en relación con el Instituto Murciano de Salud.

Ante el Juzgado murciano se planteaba si era conforme con la Directiva lo dispuesto en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las Administraciones públicas y de apoyo a Entidades Locales con problemas financieros y en virtud del cual «el abono a favor del proveedor conlleva la extinción de la deuda contraída por la Comunidad Autónoma o Entidad Local, según corresponda, con el proveedor por el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios».

En sus Conclusiones la AG Sharpston examinó el régimen establecido en las Directivas 2000/35/CE y 2011/7/UE de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Y llegó a la conclusión de que en ambos casos no impiden que la norma española otorgue al acreedor el derecho a adherirse a un mecanismo que prevé el pago «acelerado» del principal adeudado con arreglo a un contrato cuando el acreedor ha cumplido sus obligaciones establecidas en el contrato, siempre que renuncie a su derecho al pago de los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro, pero también puede negarse a adherirse a este mecanismo y conservar el derecho

a los intereses y a la compensación, aunque es probable que tenga que esperar bastante más para cobrar.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia admite que el acreedor pueda renunciar libremente al derecho a exigir los intereses de demora y a la compensación por los costes de cobro. No obstante, puntualiza que la renuncia tiene que haber sido libremente consentida lo que significa que el acreedor ha podido realmente disponer de todos los recursos efectivos para exigir, si lo hubiese deseado, el pago de la deuda íntegra, incluidos los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro.

Por tanto, en los supuestos de que una empresa se acoja al mecanismo extraordinario de pago, su renuncia al cobro de intereses de demora y de los costes no será, por lo general, contraria a la Directiva sobre morosidad.

3. *La discriminación entre profesores universitarios interinos y de carrera está proscrita: auto Rodrigo Sanz*

Como continuación de la jurisprudencia sobre empleo público temporal desarrollada especialmente en 2017, el Tribunal de Justicia resolvió mediante el *auto Rodrigo Sanz*, C-443/16, un reenvío prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 8 de Madrid.

La Juez madrileña le había preguntado al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 1999/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

El litigio tiene su origen en la decisión de la Universidad Politécnica de Madrid de transformar la jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial de determinados profesores interinos. En este caso la Ley de presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 había permitido reducir la jornada de algunos profesores interinos a tiempo completo que no fuesen doctores. Esta legislación fue invocada por la Universidad para reducir la jornada y el sueldo de un profesor interino que llevaba más de 30 años como docente.

El Tribunal de Justicia, después de recordar su jurisprudencia reiterada, considera que en este supuesto se aplica la Directiva cuya cláusula 4.1 del Acuerdo marco exige que las condiciones de trabajo a las que están sometidos los trabajadores con contrato de duración determinada no sean menos favorables que las aplicables a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente entre estas categorías de trabajadores por razones objetivas.

A juicio del Tribunal de Justicia, los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera se encuentran en una situación comparable sin

que en este caso la discriminación aplicada esté justificada por razones presu-
puestas ni de autoorganización.

Además, el Tribunal de Justicia subraya que la cláusula 4.1 del Acuerdo
marco es incondicional y suficientemente precisa por lo que los particulares
pueden invocarla ante un juez y frente a las autoridades públicas.

En estos momentos están pendientes de resolver por el Tribunal de Jus-
ticia varias cuestiones que pretenden aclarar los efectos de la jurisprudencia
sobre la Directiva 1999/70/CE sobre empleo temporal.

En el *asunto Grupo Norte Facility S.A. / Ángel Manuel Moreira Gómez*,
C-574/16, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
le pregunta al Tribunal de Justicia si son comparables la extinción del con-
trato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores bien por «circunstancias
objetivas» (art. 49.1 c) bien por «causas objetivas» (art. 52). En este caso,
el Tribunal gallego pretende saber si se aplica la cláusula 4.1 del Acuerdo a
una indemnización por la extinción laboral de un contrato de relevo que es
por naturaleza de duración determinada.

En el *asunto Montero Mateos / Agencia Madrileña de Atención So-
cial de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Au-
tónoma de Madrid*, C-677/16, el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid le
pregunta al Tribunal de Justicia si es conforme con la Directiva la no in-
demnización por la extinción de un contrato temporal de interinidad para
cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su sus-
cripción entre el empresario y la trabajadora, mientras que en el caso de un
trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se
prevé una indemnización de 20 días por año.

En fin, el *asunto Pedro Viejobueno Ibáñez y Emilia de la Vara Gonzá-
lez / Consejería de Educación de Castilla-La Mancha*, C-245/17, la Sala de
lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Casti-
lla-La Mancha le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el régimen temporal
de los funcionarios docentes no universitarios durante las vacaciones esco-
lares, en junio y agosto, y que son contratados nuevamente en septiembre.

4. *La interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas y la ejecución hipotecaria: sentencia Banco Primus*

Los poderes del juez en la aplicación de la Directiva 93/13 sobre las
cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores siguen
ampliándose a la luz de la jurisprudencia que, además, pone de manifiesto
la inapropiada legislación procesal española.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander le preguntó al Tri-
bunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 93/13 en rela-

ción con las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En su respuesta, el Tribunal de Justicia en la *sentencia Banco Primus*, C-421/14, insiste en el poder del juez para velar por los derechos del consumidor.

En este caso la cuestión se refería a un préstamo hipotecario para la compra de una vivienda que contenía una cláusula de vencimiento anticipado por impago. Después del impago de siete mensualidades consecutivas el banco reclamó el pago del capital pendiente y consiguió la venta pública del bien hipotecado. Fue en un incidente de ejecución cuando el deudor invocó el carácter abusivo de dos cláusulas del contrato.

La cuestión planteada era si la legislación española puede impedir que el juez lleve a cabo de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

El Tribunal de Justicia admite que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una previsión del artículo 207 LEC, que impide al juez hacer de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, también comprueba que la ley procesal española impide apreciar judicialmente el eventual carácter abusivo de otras cláusulas de ese mismo contrato.

Por tanto, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

A continuación el Tribunal de Justicia establece una serie de pautas para determinar el carácter abusivo de una cláusula y a tal efecto puntualiza: «El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Este examen debe realizarse teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de

cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración».

5. *La Directiva sobre procedimientos de recurso en materia de contratación pública y su efecto directo en España: sentencia Marina del Mediterráneo*

La *sentencia Marina del Mediterráneo*, C-391/15, resuelve un reenvío prejudicial de la Sala malagueña de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y reconoce el efecto directo de la Directiva 89/665/CEE de procedimientos de recurso en materia de contratación pública.

La mesa de contratación había permitido la participación de una segunda unión temporal de empresas en una licitación de una concesión de obras públicas de ampliación del puerto de Marbella por importe de 70 millones de euros. Concurrieron finalmente dos únicos licitadores y el contrato se adjudicó a la unión temporal de empresas admitida por la mesa de contratación.

La cuestión que se planteaba era si en un recurso especial en materia de adjudicación de contratos públicos cabía recurrir la admisión de un licitador o, más bien y conforme al Derecho español, procedía la inadmisión del recurso contencioso-administrativo dado que había que esperar a la adjudicación del contrato para poder impugnar tal admisión.

El Tribunal de Justicia considera que la Directiva de procedimientos de recurso se aplica también a la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación y solo quedarían fuera de su alcance «las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público».

En suma, el Tribunal de Justicia subraya que el objetivo de la Directiva de procedimientos de recurso es que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador sean eficaces, es decir, que sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición.

6. *La protección social de los trabajadores móviles no afecta a su eventual despido: sentencia Pérez Retamero*

La *sentencia Pérez Retamero*, C-97/16, inadmite una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona en rela-

ción con la Directiva 2002/15/CE relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera.

Ahora bien y en el caso concreto, según explica el Tribunal de Justicia, el problema que se suscita ante el Juzgado barcelonés no es un problema de la aplicación de la Directiva sino, simplemente, de si estamos ante una relación laboral. Como dice el Tribunal de Justicia, la demanda por el despido no plantea una cuestión de ordenación del tiempo de trabajo sino si el Derecho laboral español se aplica al trabajador móvil como empleado por cuenta ajena y no como empleado por cuenta propia como sostiene la empresa a la que está vinculada.

Aunque en la Directiva 2002/15 se establecen las definiciones de «trabajador móvil» y «conductor autónomo», estos conceptos no pueden desplegar efectos fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

7. *La divergencia entre versiones lingüísticas de las Directivas debe resolverse conforme a la interpretación uniforme:* sentencia *Sharda Europe*

La *sentencia Sharda Europe*, C-293/16, pasaría desapercibida si no fuese tan importante el principio que aplica el Tribunal de Justicia cuando existen divergencias entre las distintas versiones lingüísticas de una norma del Derecho de la Unión.

Ante los tribunales contencioso-administrativos, primero ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y luego ante el Tribunal Supremo, se había planteado un litigio entre dos empresas dedicadas a la comercialización de productos fitosanitarios. Y, en particular, se aplicaba la Directiva 2008/69/CE que establecía la necesidad de hacer una nueva evaluación, con el fin de modificar o retirar la autorización, de aquellos productos fitosanitarios que contuviesen determinadas sustancias activas.

Ahora bien, en la versión española de la Directiva se dice que «todo producto fitosanitario autorizado [...] será objeto de una nueva evaluación, a más tardar, el 31 de diciembre de 2008»; en cambio, en las otras versiones de esta Directiva, se hace referencia a la necesidad de nueva evaluación de todo producto fitosanitario que contuviese determinadas sustancias activas que estuviesen listadas como muy tarde el 31 de diciembre de 2008 en la Directiva.

De hecho, el Tribunal madrileño había anulado el procedimiento de nueva evaluación del producto fitosanitario *Core*, basándose en que la solicitud había sido presentada fuera del plazo establecido en la (versión auténtica en español) de Directiva 2008/69.

Por eso el Tribunal de Justicia enuncia el principio conforme al cual «la necesidad de una aplicación y, por tanto, de una interpretación uniforme de un acto de la Unión exige que éste no sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, sino que sea interpretado en función del sistema general y de la finalidad de la normativa en la que se integre».

La interpretación del Tribunal de Justicia y, en particular, el hecho de que la propia Directiva entrase en vigor el 31 de diciembre de 2008 le lleva al Tribunal europeo a concluir que la fecha de 31 de diciembre de 2008 se refiere a la inclusión de una de las sustancias activas para que nazca la obligación de realizar una nueva evaluación del producto fitosanitario y no es, como dice la versión española, la fecha límite para solicitar la evaluación.

8. *Las ayudas de Estado en favor de las acciones sociales y educativas de la Iglesia Católica*: sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia de Betania

La *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, le permite a la Gran Sala del Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la aplicación del régimen europeo de ayudas de Estado a las actividades de enseñanza de la Iglesia Católica en España y, sin duda, en numerosos países de la Unión Europea.

La AG Kokott plantea clara y directamente la cuestión que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 4 de Madrid había formulado al Tribunal de Justicia en relación con la exención del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) del Ayuntamiento de Getafe a una congregación religiosa, los Escolapios, dedicada a la enseñanza: «¿Constituye una ayuda estatal prohibida en virtud del artículo 107 TFUE, apartado 1, el hecho de que un Estado miembro exonere a una comunidad religiosa de determinados impuestos también en el caso de actividades que no persiguen una finalidad estrictamente religiosa?».

Y la respuesta de la AG es afirmativa porque, a su juicio, una exención fiscal no está afectada por el régimen europeo de ayudas de Estado por falta de actividad económica de la Iglesia Católica en la medida en que afecte a un edificio escolar utilizado por la Iglesia para prestar servicios de enseñanza en el marco de su labor social, cultural y educativa; en cambio, habrá actividad económica siempre que el edificio en cuestión se use con fines genuinamente comerciales (punto 60).

La sentencia también resulta muy elocuente en la medida en que, por una parte, da una lección de cómo debe analizarse la presencia de una eventual ayuda de Estado y los aspectos más relevantes para su resolución. Por

otra parte, el Tribunal de Justicia deja patente que es imperativa la aplicación del régimen de ayudas de Estado en el ámbito de la educación. En ambos casos el Tribunal de Justicia rechaza los intentos de la Abogacía del Estado de que se inadmitiese esta cuestión prejudicial.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia observa los tres tipos de actividades que por lo general realizan instituciones religiosas como la Congregación de las Escuelas Pías: actividades estrictamente religiosas, enseñanza subvencionada por el Estado español y educación libre sin el apoyo financiero estatal.

A juicio del Tribunal de Justicia las actividades de enseñanza de la Congregación no subvencionadas por el Estado, correspondientes a la enseñanza preescolar, extraescolar y postobligatoria, reunirían todos los requisitos para ser calificadas de «actividades económicas» y, por tanto, quedar sometidas al régimen de ayudas de Estado. En cambio, quedarían excluidas de la aplicación del régimen de ayudas de Estado, por no ser actividades económicas las actividades religiosas y la enseñanza concertada.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que en este tipo de ayudas de Estado también es aplicable el régimen *de minimis*, aquel conforme al cual las ayudas que no superen el límite de 200.000 euros en un período de tres años no afectan a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, ni falsean ni amenazan con falsear la competencia, de modo que tales medidas no están incluidas en el concepto de ayudas estatales y, en consecuencia, no sería preciso notificarlas a la Comisión Europea. El Tribunal de Justicia subraya que el cálculo de este límite debe hacerse teniendo en cuenta las ventajas de las que haya disfrutado la Congregación en relación con sus eventuales actividades económicas, quedando excluidas del cálculo las actividades no económicas (religiosas y enseñanza concertada).

Por último, el Tribunal de Justicia también aplica la distinción entre el régimen de ayudas existentes y nuevas ayudas con consecuencias muy diferentes dado que solo es preciso notificar a la Comisión Europea las ayudas nuevas pero no las existentes, es decir, las que estaban en vigor en España antes del 1 de enero de 1986. Ahora bien y en el caso de la exención del ICIO se trataría de una ayuda nueva porque, aun cuando se basa en el Acuerdo de 3 de junio de 1979 entre España y la Santa Sede, el ICIO se introdujo en el ordenamiento jurídico español en 1988 y la exención fiscal fue adoptada mediante una Orden de 5 de junio de 2001.

En definitiva, la *sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* constituye una aclaración de gran interés y trascendencia para la aplicación del régimen de ayudas de Estado y para la ordenación de un ámbito especialmente sensible y de gran alcance en la sociedad española.

IV. Relación de las sentencias comentadas (Tribunal de Justicia y Tribunal General)

1. TJUE, sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus Banco Primus, S.A. / Jesús Gutiérrez García, C-421/14, EU:C:2017:60 (ejecución hipotecaria en España y Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas).
2. TJUE (Gran Sala), sentencia de 31 de enero de 2017, Lounani, C-573/14, EU:C:2017:71 (estatuto de refugiado y actividades terroristas).
3. TJUE, auto de 9 de febrero de 2017, Rodrigo Sanz / Universidad Politécnica de Madrid, C-443/16, EU:C:2017:109 (discriminación de profesores universitarios interinos y reducción de jornada).
4. TJUE, sentencia de 9 de febrero de 2017, M, C-560/14, EU:C:2017:101 (derecho a ser oído en un procedimiento de protección subsidiaria en materia de asilo).
5. TJUE (Gran Sala), dictamen de 14 de febrero de 2017, avis 3/15, EU:C:2017:114 (competencia exclusiva de la UE para celebrar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas).
6. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, IOS Finance EFC / Servicio Murciano de Salud, C-555/14, EU:C:2017:121 (compatibilidad del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores con la Directiva de lucha contra la morosidad).
7. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, C.K. y otros, C-578/16 PPU, EU:C:2017:127 (*Reglamento Dublín III* en materia de asilo y derechos fundamentales).
8. TJUE, sentencia de 16 de febrero de 2017, Ramón Margarit Panicello, C-503/15, EU:C:2017:126 (un secretario judicial español no está facultado para plantear una cuestión prejudicial).
9. TGUE, auto de 28 de febrero de 2017, NM / Consejo Europeo, T-257/16, EU:T:2017:130 (incompetencia del Tribunal General para controlar la legalidad del acuerdo UE-Turquía sobre refugiados).
10. TJUE, sentencia de 2 de marzo de 2017, Pérez Retamero / TNT Express Worldwide Spain, S.L., y otros, C-97/16, EU:C:2017:158 (inadmisión de cuestión prejudicial sobre protección del contrato laboral y Directiva 2002/15/CE).
11. TJUE (Gran Sala), sentencia de 7 de marzo de 2017, X y X, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173 (visados humanitarios ante riesgo de tortura).

12. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, A y otros, C-158/14, EU:C:2017:202 (impugnación indirecta de la legalidad de un acto de la Unión).
13. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial y trabajadora con pañuelo islámico).
14. TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requerimiento empresarial a trabajadora con pañuelo islámico).
15. TJUE (Gran Sala), sentencia de 28 de marzo de 2017, Rosneft Oil Company, C-72/15, EU:C:2017:236 (competencia del control judicial en la política exterior y de seguridad común).
16. TJUE (Gran Sala), sentencia de 5 de abril de 2017, Sahar Fahimian, C-544/15, EU:C:2017:255 (denegación de entrada de nacional de tercer país por razones de seguridad nacional).
17. TJUE, sentencia de 5 de abril de 2017, Orsi y Baldetti, C-217/15 y C-350/15, EU:C:2017:264 (*non bis in idem*, Derecho administrativo sancionador y Derecho penal en materia fiscal).
18. TJUE, sentencia de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo / Agencia Pública de Puertos de Andalucía, C-391/15, EU:C:2017:268 (impugnación de la admisión de un licitador antes de la adjudicación de una concesión de obra pública).
19. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt sp. z o.o., C-387/14, EU:C:2017:338 (igualdad de los licitadores).
20. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Oussama El Dakkak, C-17/16, EU:C:2017:341 (control de entrada o salida de dinero efectivo en la zona internacional de tránsito de la Unión Europea).
21. TJUE, sentencia de 4 de mayo de 2017, Marcela Pešková y Jiří Peška / Travel Service a.s., C-315/15, EU:C:2017:342 (compensación por retraso en vuelos en caso de circunstancias extraordinarias).
22. TJUE (Gran Sala), sentencia de 10 de mayo de 2017, Chávez-Vílchez y otros, C-133/15, EU:C:2017:354 (ciudadanía de la Unión y derecho de residencia de los progenitores de terceros países).
23. TJUE, sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus sp. z o.o., C-131/16, EU:C:2017:358 (igualdad de los licitadores).
24. TJUE, sentencia de 11 de mayo de 2017, Bas Jacob Adriaan Krijgsman / Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV, C-302/16, EU:C:2017:359 (compensación por cancelación de vuelos).
25. TJUE (Gran Sala), sentencia de 16 de mayo de 2017, Berlioz Investment Fund S.A. / Directeur de l'administration des Contributions directes, C-682/15, EU:C:2017:373 (informaciones tributarias).

26. TJUE (Pleno), dictamen de 16 de mayo de 2016, avis 2/15, EU:C:2017:376 (competencias exclusivas y compartidas para firmar el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur).
27. TJUE, sentencia de 8 de junio de 2017, Sharda Europe B.V.B.A. / Administración del Estado y Syngenta Agro, S.A., C-293/16, EU:C:2017:430 (autorización de productos fitosanitarios e interpretación de directivas con versiones lingüísticas divergentes).
28. TJUE (Gran Sala), sentencia de 27 de junio de 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496 (ayudas de Estado en materia fiscal e instituciones religiosas).

Sobre el autor

David Ordóñez Solís es magistrado de lo contencioso-administrativo, doctor en Derecho, licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad de Bruselas y miembro del Team Europe de la Comisión y de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial de España. Ha sido profesor universitario de Derecho europeo y desarrolla una importante actividad docente de postgrado habiendo pronunciado conferencias y dirigido numerosos cursos especializados en Europa —Alemania, Francia, Bélgica, Portugal, Bulgaria y Serbia— y América —Argentina, República Dominicana, Bolivia, Salvador, Paraguay y Uruguay—. Sus líneas de investigación son el Derecho europeo y la dimensión político-constitucional de los jueces. Del Derecho europeo destaca su interés por el régimen de contratación pública, el control financiero y la lucha contra el fraude y la corrupción así como la recepción del Derecho europeo en el Derecho español. Sobre la función de los jueces en una sociedad democrática ha investigado la dimensión politológica y ética del ejercicio del poder judicial. Precisamente y en estos ámbitos ha sido galardonado con varios premios de ensayo y de investigación en temas sindicales (Fundación Asturias), de control financiero de fondos europeos (IGAE), de mercado interior europeo (Consejo General del Poder Judicial), de ética judicial (Comisión Iberoamericana de Ética Judicial), sobre protección de datos personales (Agencia Española de Protección de Datos) y sobre refugiados (Movimiento Europeo Vasco).

About the author

David Ordóñez Solís works as a contentious-administrative law judge, holds a doctorate in Law, is specialized in European Law by the University

of Brussels and is a member of the Commission's Team Europe and of the Network of Experts in EU Law of the Consejo General del Poder Judicial de España. He has been a university lecturer in European law and has developed a relevant postgraduate teaching activity. He has lectured and directed numerous specialized courses in Europe —Germany, France, Belgium, Portugal, Bulgaria and Serbia— and America —Argentina, Dominican Republic, Bolivia, El Salvador, Paraguay and Uruguay—. His main research interest focuses on European law and the political-constitutional dimension of judges. Regarding European law he researches the system of public procurement, financial control and the fight against fraud and corruption as well as the transposition of European law in Spanish law. On the role of judges in a democratic society his research has centered in the political and ethical dimension of the exercise of judicial power. Judge Ordóñez has been awarded several essay and research prizes in EU matters (Fundación Asturias), financial control of European funds (IGAE), European internal market (Consejo General del Poder Judicial), judicial ethics (Comisión Iberoamericana de Ética Judicial), the protection of personal data (Agencia Española de Protección de Datos) and refugees (the Basque European Movement).

Crónica

Crónica Comunitaria:
Actualidad institucional y económica de España
en el marco de la Unión Europea (junio de 2017)

Communitarian Chronicle:
Spanish up-to-date institutional and economic framework
within the European Union (June 2017)

Beatriz Iñarritu
Profesora de la «Deusto Business School», Universidad de Deusto

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/ced-57-2017pp285-304>

Sumario: I. Introducción.—II. El Estado de la Integración.—
III. Cuestiones generales de la actualidad económica.

I. Introducción

Durante el primer semestre de 2017, la Comisión Europea ha publicado diferentes informes relevantes a modo de reflexión sobre el futuro de la Unión Europea, incluyendo una propuesta sobre los derechos sociales y otra sobre el futuro de la Unión Monetaria.

La Unión ha celebrado su 60 aniversario a la vez que ha recibido formalmente la solicitud de salida del Reino Unido, y ciertamente los primeros movimientos en las negociaciones del Brexit no nos hacen pensar que vaya a resultar ser un proceso fácil.

El Semestre Europeo de 2017 siguió su curso, y respecto a las Recomendaciones Específicas que la Comisión dirigió a España destaca esta vez la crítica sobre la gestión de la corrupción y sobre la excesiva temporalidad en el empleo.

Y sin duda es preciso destacar la primera operación del Mecanismo Europeo de Resolución, que llevó a la venta del Banco Popular al Banco Santander, ante la crítica situación de falta de liquidez del primero. Aunque las autoridades comunitarias y nacionales se mostraron satisfechas por la decisión ya que no suponía coste alguno para el contribuyente, también hubo críticas y dudas respecto al proceso que había llevado a dicha situación y

sobre el hecho de que unos 300.000 accionistas hayan perdido toda su inversión en el banco.

During the first six months of 2017, the European Commission has published different reports in order to make proposals for the reflection about the European Union's future, including a report on the social rights and another one about the future of the Monetary Union.

The EU has celebrated its 60th anniversary and at the same time it has officially received the United Kingdom's application to leave and certainly the first movements in this Brexit negotiations do not make us think that it is going to be an easy process.

The 2017 European Semester went on and referring to the Specific Recommendations addressed to Spain, it was particularly outstanding the criticism to the management of corruption and to the excessive temporary work.

And of course it is necessary to outline the first deal of the Single Resolution Mechanism, that resulted in the sale of Banco Popular to Banco Santander, as the consequence of the critical situation of liquidity of the first one. Although both European and national authorities felt satisfied about the decision, as it did not represent any cost for the taxpayer, many criticisms and doubts arose referring to the process that had led to that situation and because around 300 000 shareholders have lost all their investment in the bank.

II. El estado de la integración

1. Presentación del «Libro blanco sobre el futuro de la UE» y celebración del 60.º aniversario del Tratado de Roma

A comienzos de marzo, el presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker, presentó su «Libro Blanco sobre el futuro de la Unión Europea» que fue interpretado por una mayoría de analistas como un inusual ejercicio de autocritica sobre su papel en la crisis del último decenio.

«La Unión ha estado por debajo de las expectativas en la peor crisis financiera, económica y social de la posguerra», resumía el texto.

«La recuperación está mal distribuida entre la sociedad y las regiones. Solucionar el legado de la crisis, desde el desempleo de larga duración hasta los altos niveles de deuda, sigue siendo una prioridad urgente», apuntaba Bruselas en el documento.

En este mismo tono, añadía que «los acontecimientos han alimentado las dudas acerca de la economía social de mercado y su capacidad para con-

seguir que cada generación esté mejor que las anteriores»; es así como concluía que «por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial hay un riesgo real de que los jóvenes vivan peor que sus padres».

La Comisión destacaba en el análisis los logros de la construcción europea. «La UE es el mayor mercado común del mundo, el euro es la segunda moneda más usada, la diplomacia europea ha liderado el reciente acuerdo nuclear con Irán, o el del clima en París». Pero añadía la advertencia de que «el papel de Europa en el mundo se reduce, tanto en población como en riqueza o en un concepto mucho más líquido como es el atractivo internacional».

En este desolador diagnóstico, Bruselas señala que Europa «no puede ser naïf; ser un poder blando ya no es suficiente para ser realmente poderoso cuando la fuerza puede prevalecer sobre las reglas», en lo que se interpretó como una referencia directa a la invasión rusa de Ucrania o a las injerencias de Trump.

Bruselas abandonaba su tradicional complacencia y lanzaba una queja directa contra los Estados miembros que, con frecuencia, «culpan a Bruselas de los problemas y nacionalizan los éxitos».

Ante la Eurocámara, Juncker señaló que «cualquier día triste de 2017 seguirá siendo mucho más alegre que el de nuestros antepasados en los campos de batalla».

Y mostró en el documento hasta cinco escenarios de futuro de la UE en el horizonte de 2025, dependiendo del camino que decida tomar la Unión:

1. «Seguir igual». Se trataría de aplicar la agenda actual, con pasos adelante en los asuntos de seguridad y defensa. El propio Ejecutivo comunitario admite que la integridad de la UE podría verse en entredicho, pero esta vía permitiría «acabar con el reflejo de regularlo absolutamente todo», señalaba Juncker.
2. «Solo el Mercado Único». Es la opción más minimalista. Se basaría en preservar las cuatro grandes libertades, y convertiría el mercado común en la única razón de ser de la UE, eliminando competencias en todo lo demás. «No es mi opción, pero hay Gobiernos que quieren limitar el papel de la Comisión», apuntó el presidente.
3. «Los que desean hacer más, hacen más». La UE a 27 seguiría funcionando como hasta ahora, pero se incentivarían las diferentes velocidades en las agendas fundamentales, para evitar que los vetos impidan avanzar a quienes quieran hacerlo. Europa ya ha empezado a dar pasos por esta vía de «coaliciones de voluntades». La Comisión destaca que este camino permitiría avan-

- zar en materias de defensa, seguridad interior y asuntos sociales, pero admite también podría generar problemas de legitimidad democrática.
4. «Hacer menos pero de forma más eficiente». Bruselas plantea la posibilidad de que la UE se centre en unas áreas de actuación prioritarias. Cita como ejemplos que, por esta vía, en 2025 la UE contaría con una Autoridad Europea de Telecomunicaciones con facultades para liberar frecuencias para servicios de comunicaciones transfronterizas o para proteger los derechos de los usuarios de redes móviles e internet en cualquier lugar de la UE, y también podría contar con una Agencia Europea de Lucha contra el Terrorismo. Junto con el escenario anterior es, para la Comisión, el escenario más realista.
 5. «Hacer mucho más conjuntamente». Se trataría de que los Estados miembros decidieran compartir más competencias, recursos y tomas de decisiones en todos los ámbitos. Por este camino, la Unión avanzaría hacia una mayor armonización fiscal, social y financiera, y permitiría poner en marcha estímulos contra los *shocks* económicos y haría posible la creación de una Unión Europea de la Defensa. Es el salto federal que soñaron los padres fundadores de la UE, pero que, en efecto, no parece factible para la propia Comisión. Bruselas admite el riesgo de «perder la confianza de parte de la sociedad que cree que la UE carece de legitimidad o se ha hecho con demasiado poder».

En su discurso sobre el Estado de la Unión de septiembre de 2017 Juncker presentará el posicionamiento de la institución que preside respecto a estos planteamientos de futuro, antes de que los líderes de los Estados miembros acuerden las primeras conclusiones en el Consejo Europeo de diciembre.

Y apenas unos días después de la presentación de este «Libro Blanco sobre el futuro de la UE», el 25 de marzo, la UE celebró el 60.º aniversario de la firma del Tratado de Roma que, en 1957, creó la Comunidad Económica Europea.

Los actos programados para dicha celebración también tuvieron lugar en la capital italiana y se desarrollaron en un clima agri dulce, ya que no son pocos los motivos para el desánimo en Europa, motivos como la crisis económica, la gestión de la crisis de los refugiados, el Brexit, o el auge de los populismos.

Uno de los actos más relevantes de la celebración tuvo lugar en el Vaticano. El Papa Francisco dirigió unas palabras a los jefes de Estado y de Gobierno de Veintisiete países de la UE (no estaba invitada la premier bri-

tánica), con las que denunció los graves problemas que atraviesa Europa, y pidió a los líderes europeos que recuperen la idea que propició el inicio de la construcción comunitaria, la solidaridad, a la que definió como «el mejor antídoto contra los modernos populismos», y les urgió a que la materialicen con «hechos y gestos concretos».

Como conclusión de esta celebración, los líderes de 27 países de la Unión Europea firmaron la «Declaración de Roma», que subraya la unidad e indivisibilidad de los Estados miembros y la voluntad de seguir avanzando en el proyecto europeo.

«La unidad es una necesidad y nuestra libre elección» señalaba el texto. «Actuaremos juntos, a distintos ritmos y con distinta intensidad cuando sea necesario, mientras avanzamos en la misma dirección, como hemos hecho en el pasado, de conformidad con los Tratados y manteniendo la puerta abierta a quienes quieran unirse más adelante, añadía.

2. *Comisión Europea: Propuestas sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales» y sobre el futuro de la Unión Monetaria*

La Comisión Europea presentó dos importantes propuestas en este primer semestre de 2017.

A finales de abril hizo pública su propuesta sobre el «*Pilar Europeo de los Derechos Sociales*», que establece una serie de principios y derechos esenciales que respalden unos mercados de trabajo y unos sistemas de protección social justos y que funcionen correctamente.

Conjuntamente, estos principios y derechos establecen una agenda ambiciosa para conseguir un mejor funcionamiento de las Economías, y para conseguir también que las sociedades sean más equitativas y tengan una mayor capacidad de adaptación. El objetivo es promover un proceso de convergencia hacia unas mejores condiciones de vida y de trabajo en toda Europa, con la aspiración de proporcionar derechos nuevos y más efectivos a los ciudadanos, que permitan hacer frente a los nuevos retos sociales y laborales, incluyendo los cambios provocados por las nuevas tecnologías y la revolución digital.

Estos principios y derechos se estructuran en tres grandes categorías. Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, Condiciones equitativas de trabajo y Protección e inclusión sociales.

PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

I. Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo

- Educación, formación y aprendizaje permanente.
- Igualdad de género.
- Igualdad de oportunidades.
- Apoyo activo para el empleo.

II. Condiciones equitativas de trabajo

- Empleo seguro y adaptable.
- Salarios.
- Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido.
- Diálogo social y participación de los trabajadores.
- Equilibrio entre vida profesional y vida privada.
- Entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos.

III. Protección e inclusión sociales

- Asistencia y apoyo a los niños.
- Protección social.
- Prestaciones por desempleo.
- Renta mínima.
- Pensiones y prestaciones de vejez.
- Sanidad.
- Inclusión de las personas con discapacidad.
- Cuidados de larga duración.
- Vivienda y asistencia para las personas sin hogar.
- Acceso a los servicios esenciales.

Bruselas decidía, de esta forma, rescatar su Agenda Social con la que pretende contrarrestar las numerosas críticas recibidas por su excesivo perfil liberal y poco combativo con la desigualdad, la pobreza y los asuntos sociales.

Y como inicio de la puesta en marcha de este «Pilar Social», la Comisión presentó también una batería de propuestas normativas, entre las que destaca una Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar que incluye las propuestas de un permiso retribuido para cada progenitor de, al menos, cuatro meses y que podría ser solicitado hasta que los niños cumplan 12 años, el establecimiento de un mínimo de 10 días de permiso de paternidad (en el caso de España ya es de un mes, pero hay países donde no está garantizado) y otro mínimo de cinco días anuales retribuidos para atender a los familiares dependientes que estén seriamente enfermos.

Y el 31 de mayo Bruselas presentó el esperado documento de reflexión sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria, en el que propone nuevas iniciativas de aquí a 2025 para mejorar el funcionamiento de la Eurozona.

«El euro está lejos de ser perfecto y necesita reformas», justificaba el texto de la Comisión. «La convergencia económica de los primeros años del euro fue ilusoria y en la actualidad la eurozona está partida en dos, por lo que es preciso dar pasos para terminar con la actual polarización», añadía.

El vicepresidente de la institución, Valdis Dombrovskis, fue el encargado de presentar estas propuestas que incluyen, en última instancia la aprobación de un presupuesto único para la Eurozona y la creación de un Tesoro europeo con poderes para emitir Deuda común.

En todo caso, a más corto plazo, la Comisión propone crear un nuevo instrumento financiero, denominado «*Sovereign Bond Backed Securities*», que permita empaquetar deuda de distintos países del euro aunque sin compartir necesariamente el riesgo.

Este «activo seguro europeo» sería un bono denominado en euros pero con una mutualización de deuda total, parcial o nula, y que podría llegar a convertirse en referencia para los mercados financieros europeos una vez que tuviera una circulación suficiente.

Y para el más largo plazo, en el horizonte de 2025, Bruselas presenta sus propuestas más ambiciosas como son el presupuesto común de la Eurozona, que ejerza «una función de estabilización macroeconómica», y la creación de un Tesoro con capacidad para emitir Deuda común, los llamados Eurobonos, con algún grado de mutualización del riesgo y con capacidad también para gestionar el presupuesto común.

Bruselas pretende también apuntalar la gobernanza económica común con una presidencia permanente del Eurogrupo, presidencia que podría ser compatible con el papel de comisario de Asuntos Económicos. Se trataría de crear la figura de un superministro de Finanzas del euro que, en todo caso, debería rendir cuentas a la Eurocámara. Y también plantea convertir el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) en un auténtico Fondo Monetario Europeo capaz de asistir a países en dificultades.

La Comisión defiende, por tanto, la emisión conjunta de deuda pública como medida necesaria para reforzar la integración, aunque, con ciertas concesiones hacia los países que más se oponen a este proyecto (Alemania), al prever la posible modificación a largo plazo de la normativa que otorga a la deuda pública el estatus de activo 100% seguro.

3. *Brexit: activación del proceso y primeras reuniones de la negociación*

El pasado 29 de marzo, el embajador británico ante la UE, Tim Barrow entregó al presidente del Consejo Europeo Donald Tusk la carta con la que notificó la intención del Reino Unido de abandonar la Unión. Comenzaba así el proceso de negociación que culminará con la primera salida de un Estado Miembro de la UE. Nueve meses después de la celebración del referéndum, el Reino Unido iniciaba el fin de casi cuarenta y cinco años de historia en común.

Tras dos días de debate, la Cámara de los Comunes había votado el 1 de febrero, con 498 votos a favor y 114 en contra, la autorización para que la primera ministra británica, Theresa May, activara el proceso de salida de la UE. Londres superaba así el primer paso del escrutinio parlamentario al que le obligó el Tribunal Supremo.

El resultado de la votación abría, sin embargo, una nueva crisis en la oposición laborista, ya que 47 de sus 229 diputados votaron en contra de la autorización, desafiando al líder de la formación, Jeremy Corbyn.

A los díscolos laboristas se sumaron los 54 legisladores del nacionalismo escocés, 8 de los nueve liberal-demócratas y otros pocos procedentes de partidos minoritarios, con lo que la suma del rechazo al inicio del Brexit llegó a los 114 diputados mencionados, casi una sexta parte de la Cámara. Entre ellos destacó particularmente el voto de un diputado *tory*, el veterano Ken Clarke, ex canciller de Finanzas con Thatcher y europeísta convencido, quien pronunció un emotivo discurso ante la Cámara.

«Creo que nuestra pertenencia a la UE restauró nuestra confianza y nos dio un rol político en el mundo, como un líder en la Unión, lo que nos dio más valor ante nuestros aliados, como los Estados Unidos, e hizo que nuestro rivales, como Rusia, nos tomaran con más seriedad. Ayudó también a reforzar nuestros propios valores. Nuestra economía se benefició enormemente y continuó beneficiándose mucho más, a medida que se desarrolló el mercado, por nuestra estrecha y exitosa implicación en el desarrollo de relaciones comerciales con los habitantes del continente», señaló Clarke.

En su argumentación destacó asimismo que hubo varias cuestiones que no se trataron en el referéndum, incluidos el mercado único y la unión aduanera y, en este sentido, afirmó que «es absurdo decir que todos los electores conocían las diferencias entre la unión aduanera y el mercado único, y que contaban con un punto de vista estudiado de las bases de nuestra futura relación comercial con Europa». «Me parece evidente que si creamos nuevos aranceles, nuevas barreras reguladoras, certificados de origen y todo lo demás entre nosotros y el mayor mercado libre del mundo, debilitaremos nuestra posición económica con respecto a la que podría haber sido en el futuro. Por eso es importante tratar este asunto en particular», señaló.

«Me dicen que soy pesimista y que vamos a combinar la retirada del mercado único y de la unión aduanera con un gran y nuevo futuro globalizado que nos presenta tremendas oportunidades. Parece ser que, cuando sigamos al conejo por el agujero, emergeremos en un país de las maravillas donde, súbitamente, países de todo el mundo harán cola para darnos ventajas comerciales y acceso a sus mercados que nunca logramos como miembros de la UE. Hombres simpáticos como el presidente Trump y el presidente Erdogan se sienten ya impacientes para abandonar su proteccionismo y darnos acceso. No quiero ser muy cínico. Espero que sea cierto. Quiero el mejor resultado para Reino Unido en este proceso. Sin duda, en algún lugar, un sombrerero está sirviendo té a sus invitados con un lirón en la tetera» señaló a modo de conclusión.

También George Osborne, ex ministro de Economía y hombre fuerte del Gobierno de David Cameron, dio voz al sentir de muchos diputados conservadores. Tras haber defendido con pasión la permanencia, advirtió de que si el Parlamento votaba contra la activación del artículo 50 del Tratado de la UE, se desataría una «profunda crisis constitucional» al rechazar la voluntad popular dictada en el referéndum de junio de 2016. Pero, por otra parte también criticó que el Gobierno de May hubiera decidido «no convertir en prioridad a la economía» sino priorizar el control de la inmigración.

Una semana después, el 8 de febrero, la misma Cámara de los Comunes dio la luz verde definitiva al proyecto de ley de activación del Brexit, con un margen de 494 votos favorables sobre 122 votos en contra, algo menor que el mostrado por los diputados británicos la semana anterior.

La aprobación final no llegó a incluir la enmienda que hubiera exigido que el gobierno garantizase unilateralmente los derechos de los ciudadanos de otros países europeos residentes en Reino Unido.

La única concesión de May fue la aceptación de que el voto en ambas Cámaras del Parlamento británico, sobre el acuerdo que se alcance finalmente con los 27 al final del periodo de dos años de negociaciones previsto, se produzca antes de que la votación del Parlamento Europeo.

El gobierno de May trasladaba así la presión a los diputados puesto que habrá voto en el Parlamento británico, pero será del tipo «lo tomas o lo dejas». Si el Parlamento rechaza el acuerdo, el gobierno no estará obligado a volver a la mesa de negociación. Reino Unido simplemente saldría de la UE sin un acuerdo, es decir, sin un nuevo marco que regule sus relaciones con el bloque, y los diputados serían los responsables de que el *Brexit* se convirtiera en un salto sin red.

Al recibir la carta británica el 29 de marzo, el presidente del Consejo Europeo Donald Tusk afirmaba que «no hay razón para fingir que hoy es un día feliz, ni en Bruselas, ni en Londres».

Ese mismo día, los Veintisiete hicieron pública una declaración conjunta en la que dejaban claro que en el inicio de las negociaciones su intención es pactar las líneas maestras del proceso. «Empezaremos centrándonos en los acuerdos clave para una salida ordenada», advertía el comunicado.

Esta afirmación significaba que antes de empezar a hablar de acuerdos comerciales post-Brexit, la UE pretende que el Reino Unido se comprometa a saldar sus cuentas pendientes con el presupuesto comunitario (unos 60.000 millones de euros según los primeros cálculos de la Comisión, sobre partidas presupuestarias ya acordadas, derechos de pensión de los funcionarios europeos de nacionalidad británica y préstamos otorgados en nombre de la UE) y acordar los derechos de los ciudadanos de ambos territorios que viven en el otro. Era la respuesta a la petición de Londres de simultaneizar en paralelo el acuerdo de salida de la Unión y el acuerdo que defina la relación económica y comercial posterior entre Reino Unido y la UE.

El 29 de abril se celebró una cumbre extraordinaria de jefes de Estado y de Gobierno de los Veintisiete. A partir de este momento, la UE-27 ha comenzado a funcionar de manera paralela a la UE-28, de forma que Londres ya no participa ni en deliberaciones ni en decisiones del Consejo Europeo ni en los Consejos de ministros que le afecten.

Tras esta reunión, los líderes de los Veintisiete aprobaron, por unanimidad y tras apenas unos minutos de debate, las líneas maestras de la negociación con el Reino Unido. La UE-27 decidió endurecer su posición, planteando que, en efecto, el inicio de las conversaciones debería centrarse en los temas de la deuda que deben pagar los británicos y también en los derechos de los tres millones de ciudadanos de la UE que residen en la isla (y del millón y medio de británicos residentes en suelo continental). De esta forma, sólo cuando se produzcan suficientes avances en estos asuntos se negociará la futura relación comercial de Reino Unido y Europa.

Siguiendo estas directrices, la Comisión Europea publicó el 3 de mayo el mandato de negociación que, en efecto, priorizaba ambos asuntos.

El negociador jefe de la Comisión, Michel Barnier, compareció en rueda de prensa para explicar que los dos años previstos para negociar «pasarán rápido» y que «el camino es muy complejo». «Algunos han creado la ilusión de que el *Brexit* no tendrá impacto, que se puede negociar rápido. No es el caso», zanjó el excomisario francés.

En el documento se detallaba que el Reino Unido debería pagar por los proyectos comunitarios incluidos en el Presupuesto multianual actual, incluso si son aprobados una vez que se produzca la salida del país de la UE. También debería cubrir «todos los gastos» asociados al traslado de las agencias europeas radicadas en Londres. Fuentes comunitarias informaron que estos costes incluirían la penalización por romper los 25 años de contrato por la sede de la Agencia Europea del Medicamento. Estas circunstan-

cias podrían incrementar sustancialmente la factura que la Unión reclama a Londres.

Y sostenía también que todos los ciudadanos europeos que recalen en Reino Unido antes de la salida efectiva de la UE, previsiblemente el 30 de marzo de 2019, tendrían derechos adquiridos, que podrían invocar ante el Tribunal de Justicia de la UE.

4. *Nuevo presidente del Parlamento Europeo y reelección del presidente del Consejo Europeo*

En la sesión plenaria del Parlamento Europeo del 17 de enero, el italiano Antonio Tajani fue nombrado nuevo presidente del Parlamento Europeo, en sustitución del socialista alemán Martin Schulz.

El nuevo líder de la Eurocámara ha desarrollado casi toda su carrera política en Bruselas, donde llegó a ser vicepresidente de la Comisión Europea, primero como comisario responsable de la cartera de Transportes y, después, de la de Industria, entre 2008 y 2014.

Con este nombramiento, las tres grandes instituciones comunitarias (Comisión, Consejo y Parlamento) pasaban a estar controladas por el conservador Partido Popular Europeo.

Y en marzo se produjo la reelección del polaco Donald Tusk como presidente del Consejo Europeo, a pesar de la insólita oposición de su propio país.

El gobierno polaco, dirigido por el ultraconservador partido Ley y Justicia, tuvo que enfrentarse al respaldo unánime del resto de sus socios a la continuidad de Tusk en el cargo.

El Ejecutivo polaco no solo achacaba a Tusk una excesiva propensión a inmiscuirse en asuntos internos de Polonia sino que también lo consideraba «el candidato de Alemania».

III. **Cuestiones generales de la actualidad económica**

1. *El Semestre Europeo 2017: Informes-país y Recomendaciones Específicas*

Siguiendo la secuencia cronológica del «Semestre Europeo», la Comisión Europea publicó en febrero sus informes por país, que concluyeron que seis países, *Francia, Italia, Portugal, Bulgaria, Chipre y Croacia*, mostraban «desequilibrios macroeconómicos excesivos».

Bruselas destacaba en particular la situación de Francia, a pesar de las reformas emprendidas en el país y de los pasos «graduales» en la buena di-

rección. Y muy cerca de Francia, la Comisión también señalaba a Italia, considerando que, en efecto, también la economía italiana experimentaba desequilibrios excesivos, centrados básicamente en una deuda pública superior al 130% del PIB.

En una situación relativamente mejor, Bruselas identificó a otro grupo de seis países, que también presentan Desequilibrios Macroeconómicos pero sin que éstos fueran considerados excesivos. En éste se encontraba España, de quien Bruselas destacaba el crecimiento económico como principal motor para reducir la deuda, pero alertando también de que siguen existiendo riesgos elevados de sostenibilidad presupuestaria a medio plazo. De igual manera, el informe señalaba que aunque la creación de empleo ha sido sólida en los últimos años y el desempleo ha disminuido rápidamente, éste sigue siendo muy elevado.

Y tras la presentación de los Programas de Estabilidad y Convergencia, así como de los preceptivos Programas Nacionales de Reforma por parte de los Estados miembros, la Comisión Europea presentó el 22 de mayo sus Recomendaciones Específicas por país (REP), en las que exponía sus orientaciones en materia de política económica dirigidas a cada Estado miembro para los 12 a 18 próximos meses.

En estos documentos Bruselas señalaba que, aunque la economía de la UE y de la zona del euro está demostrando su solidez, ésta continúa afrontando desafíos tales como el lento crecimiento de la productividad, las consecuencias de la crisis (incluida la persistencia de desigualdades) y la incertidumbre derivada fundamentalmente de factores externos. Esa es la razón por la que la Comisión pedía a los Estados miembros la aplicación de las prioridades económicas y sociales definidas de forma común a nivel europeo: *fomento de la inversión, continuación de las reformas estructurales y garantía de la adopción de políticas presupuestarias responsables*.

Por lo que se refiere a las Recomendaciones dirigidas a España, la Comisión hizo hincapié, entre otros, en los problemas siguientes:

- Corrupción: a pesar del incremento del número de investigaciones a escala local y autonómica, ni se han diseñado estrategias preventivas específicas en estos niveles de la Administración ni tampoco existe una estrategia preventiva compartida entre ellas. Y tampoco se ha realizado hasta ahora un seguimiento específico de otras deficiencias, como son la ausencia de legislación para proteger a los denunciantes, el grado de independencia de la recientemente creada Oficina de Conflictos de Intereses y la inexistencia de normas que regulen las actividades de los grupos de presión. Respecto a la excesiva duración de los procedimientos judiciales en los asuntos de corrupción, la Comisión señala que si bien en 2015 se modificó la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, esta medida podría conllevar impunidad en los asuntos complejos de corrupción puesto que los plazos fijados podrían ser insuficientes para instruir las causas.

- IVA: a pesar de contar con un tipo normal en consonancia con la media de la UE, los ingresos por este concepto son relativamente bajos en España, debido a la aplicación muy generalizada de exenciones o tipos reducidos. Del mismo modo, y a pesar de algunas medidas adoptadas en los últimos años principalmente en el sector de la energía, los ingresos procedentes de los impuestos medioambientales se sitúan entre los más bajos de la UE; la imposición de tributos sobre la contaminación y la utilización de los recursos podría generar mayores ingresos y aportar importantes beneficios sociales y medioambientales.
- Desempleo: el desempleo ha disminuido rápidamente, pero sigue siendo uno de los más elevados de la UE, en especial entre los jóvenes y las personas escasamente cualificadas, lo que conlleva riesgos de desvinculación del mercado de trabajo. España está adoptando medidas de apoyo a los jóvenes, pero su eficacia depende en parte del rendimiento de los Servicios Públicos autonómicos de empleo. Y Bruselas señala que hay margen para potenciar su cooperación con los Servicios Sociales y para mejorar la cooperación de los Servicios Públicos de empleo con los empresarios.
- Temporalidad del empleo: España presenta una de las tasas más elevadas de empleo temporal de la UE, y muchos de los contratos temporales son de muy corta duración; la utilización generalizada de este tipo de contratos va asociada a un menor crecimiento de la productividad, un empeoramiento de las condiciones de trabajo y un mayor riesgo de pobreza. Aunque las reformas introducidas recientemente han conseguido reducir ligeramente la segmentación entre los contratos indefinidos y los temporales y combatir el abuso de la contratación temporal, algunas de las características del mercado laboral español todavía pueden desincentivar la contratación indefinida; el sistema de incentivos a la contratación sigue siendo disperso y no se centra de forma efectiva en el fomento de la contratación indefinida.

Además, la Comisión también recomendó el cierre de los Procedimientos de Déficit Excesivo para Croacia y Portugal, de manera que, con esta decisión, solo quedarían cuatro Estados miembros sometidos al componente corrector del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (Grecia, Francia, Reino Unido y España), lo que contrasta con los 24 Estados que se encontraban en esta situación en 2011.

Y por lo que se refiere al procedimiento de Desequilibrios Macroeconómicos, la Comisión dictaminó que para tres de los seis países que en febrero habían sido incluidos en el grupo de «Desequilibrios Excesivos», Chipre, Italia y Portugal, ya no existían motivos analíticos para acelerar el procedimiento correspondiente, siempre que estos tres países «apliquen plenamente las reformas establecidas en sus recomendaciones específicas».



Fuente: Comisión Europea, mayo de 2017.

2. Unión Bancaria: Primera operación del Mecanismo Único de Resolución con el Banco Popular

El pasado 7 de junio, se produjo la primera actuación del Mecanismo Único de Resolución (MUR), uno de los pilares de la Unión Bancaria.

El riesgo de colapso ante la posibilidad de que el Banco Popular no hubiera podido atender las retiradas de dinero de sus clientes llevó a las autoridades europeas a decidir, por vez primera, una intervención rápida e inédita de «resolución» de un banco europeo.

El Banco Central había determinado, en primera instancia, el 6 de junio, la necesidad de dicha intervención ante la delicada situación del sexto banco español. En su opinión, el Pastor estaba a punto de caer o era probable que cayese («failing or likely to fail», según señalaba el BCE literalmente en inglés), de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Reglamento del MUR. «El deterioro significativo en su situación de liquidez en los días recientes incapacitaría al banco para hacer frente a sus deudas o compromisos a su vencimiento, en un futuro próximo», señalaba la nota de prensa del BCE.

Esta valoración sobre la falta de viabilidad del banco puso en marcha el Mecanismo de Resolución por vez primera en su corta existencia.

Y aunque, según explicó la presidenta de la Junta Única de Resolución («*the Single Resolution Board*», SRB, en inglés), Elke König, la operación estaba prevista para el fin de semana, «no dio tiempo, la situación de liquidez del banco se hizo insostenible y obligó a actuar con rapidez».

En apenas unas horas, la Junta, con la luz verde de la Comisión Europea, tomó la decisión de intervenir, encargando al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el FROB español, la venta del Banco Popular, operación que finalmente se cerró con el Banco Santander, quien aceptó la compra del Popular por la simbólica cifra de un euro.

«Hoy, la Junta Única de Resolución ha transferido todas las acciones e instrumentos de capital del Banco Popular al Banco Santander. Esto significa que el Banco Popular operará en condiciones normales de negocio como miembro solvente y líquido del grupo Santander con efecto inmediato», señalaba la nota de prensa de la Junta.

La decisión de venta «se realizó por el interés público, puesto que protege a todos los depositantes del Banco Popular y asegura la estabilidad financiera», añadía la misma nota. En opinión de la presidenta König, la decisión demostraba que las herramientas otorgadas a las autoridades de resolución después de la crisis «son efectivas para proteger a los contribuyentes ante nuevos rescates bancarios».

El plan aprobado consistía en convertir la deuda subordinada (de peor calidad) en acciones para unirlas al resto de acciones del Popular y traspasar toda esta cartera al Banco Santander por un euro.

La justificación dada por las autoridades europeas y nacionales coincidía en que, de esta manera, se «resolvía» un banco inviable, aplicando una quita total, del 100%, a accionistas y bonistas, y se traspasándolo a un comprador sin ningún coste para el contribuyente. El ministro de Economía español, Luis de Guindos, declaró entonces que, en efecto, ésta había sido «una buena salida para la entidad, dada la situación a la que había llegado en las últimas semanas», y que la decisión de las autoridades europeas se había tomado «con total transparencia» y «sin la utilización de recursos públicos», lo que evitaba un eventual contagio al riesgo soberano, «como ocurrió en épocas pasadas».

Sin embargo, también se escucharon fuertes críticas en relación al proceso que había llevado al Popular a esta situación. El banco, muy lastrado por activos inmobiliarios, había superado todas las pruebas de estrés y exámenes de calidad de sus activos efectuados por el Mecanismo Único de Supervisión, la otra herramienta de la Unión Bancaria. Y las auditorías contables, realizadas por firmas cualificadas y reputadas, habían permitido diferentes ampliaciones de capital y emisiones de bonos convertibles.

Y la crítica fundamental se dirigió al perjuicio causado a unos 300.000 accionistas y poseedores de deuda de peor calidad del Banco que, de un día para otro, perdieron toda su inversión.

A esta cuestión se añadía el daño causado a los trabajadores del banco, ya que en una proporción estimada de tres de cada cuatro eran accionistas de la entidad, y porque su futuro laboral quedaba en el aire.

Y, por último, se planteó la cuestión del incremento y la concentración de cuota de negocio bancario en España en manos del Santander. La entidad resultante de la absorción será, en efecto, la mayor de las entidades bancarias españolas, en créditos y en depósitos, y llegará a contar con 17 millones de clientes.

3. Tribunal de Justicia: sentencia contra los recargos en las llamadas telefónicas de los servicios post-venta

En marzo el Tribunal de Justicia europeo declaró ilegales los números de teléfono con tarifas especiales que algunas compañías utilizan para su servicio post-venta.

Los jueces europeos aseguraron que esos recargos son incompatibles con la directiva europea de derechos del consumidor aprobada en 2011. Y en su veredicto exigían que todos estos servicios deben facturarse a precio de llamada normal, ya sea a un teléfono fijo o móvil.

La sentencia se deriva de una consulta prejudicial planteada por un tribunal alemán que debía decidir sobre el caso de una empresa de aparatos

eléctricos y electrónicos que ofrecía a sus clientes un servicio telefónico con un prefijo que encarecía el coste de la llamada haciéndola más costosa respecto a una llamada estándar a un número alemán fijo o móvil.

La directiva europea de derechos del consumidor exige que, en caso de ofrecerse un servicio telefónico post-venta, el coste debe ser el de una «tarifa básica», aunque ciertamente esta norma no define el concepto de tarifa básica.

En respuesta a la consulta, el Tribunal de Justicia europeo dictaminó que, efectivamente, la tarifa básica equivale al precio de una llamada estándar y que, por tanto, en ningún caso puede exceder del coste de la llamada a una línea estándar.

El Abogado General del caso había defendido durante el juicio esta definición puesto que las tarifas especiales pueden disuadir al consumidor de ejercer sus derechos y se le penaliza por utilizar un servicio que ya aparecía incluido en su contrato con la empresa proveedora.

4. *Tribunal de Justicia: nueva sentencia sobre los préstamos hipotecarios en España que establece mayores plazos y la revisión de oficio por parte de los jueces*

El Tribunal de Justicia de la UE emitió en enero una nueva sentencia sobre los préstamos hipotecarios españoles, esta vez en respuesta a la consulta de un juzgado de Santander.

En esta ocasión, la Corte de Luxemburgo decidió que es necesario más tiempo para que los jueces puedan dictaminar el carácter abusivo de una cláusula hipotecaria y reclamó además que los jueces que aborden un asunto hipotecario puedan examinar el carácter abusivo de todas las cláusulas del contrato y no únicamente de aquellas que están en cuestión.

El Tribunal, como ya había hecho anteriormente en una sentencia similar, declaraba que el plazo de un mes que se da para declarar nulas las cláusulas abusivas de un contrato es contrario al Derecho de la Unión pues «este plazo, no permite garantizar que los consumidores puedan aprovechar plenamente este tiempo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos».

El Tribunal establecía así mismo que, aunque se haya producido un examen previo de oficio por parte de un juez de primera instancia, «el derecho de la Unión impone a un juez nacional la obligación de apreciar el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato» para determinar si en éstas existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor.

En el caso concreto de las cláusulas de vencimiento anticipado, el juez debería examinar si las condiciones son equilibradas y si la entidad estaría

capacitada para activarla cuando la situación de impago revista una gravedad suficiente en relación con la duración y la cuantía del préstamo.

5. *Competencia: multa a seis fabricantes de piezas de climatización para automóviles*

En marzo, la Comisión Europea impuso una sanción de 155 millones de euros a seis compañías dedicadas a la fabricación de piezas de control de climatización y de refrigeración de motores de vehículos, por pactar precios y compartir información sensible.

Las empresas japonesas Calsonic, Denso, Sanden y Panasonic, la alemana Behr y la francesa Valeo, articularon acuerdos ilegales a través de cuatro cárteles distintos.

Manténían reuniones en Europa y Japón, así como contactos telefónicos y por correo electrónico para fijar condiciones de venta favorables a sus intereses. «Aunque no puedas ver los componentes de climatización y refrigeración de tu vehículo, sufres los efectos [del cartel]. En este caso puedes haberlo sentido en tu cartera aunque las temperaturas estuvieran correctamente reguladas», afirmo entonces la comisaria de Competencia, Margrethe Vestager.

Panasonic fue la única de las seis compañías que no tuvo que abonar ninguna multa dado que fue la que desveló la trama. Las mayores sanciones fueron impuestas a la germana Behr y a la japonesa Sanden, que tendrán que pagar en torno a 65 millones de euros, mientras que la francesa Valeo deberá pagar 27 millones.

6. *Comisión: multa a Facebook*

La Comisión Europea impuso el 18 de mayo una multa de 110 millones de euros a Facebook por haber proporcionado datos «incorrectos o engañosos» sobre la compra de la empresa de mensajería instantánea WhatsApp, una operación a la que Bruselas había dado su visto bueno en 2014 y que, en todo caso, no se verá afectada por esta sanción.

«Es una multa proporcionada y disuasoria», explicó la comisaria Vestager, en una declaración en la que subrayó que este tipo de decisiones del ejecutivo comunitario son una «señal fuerte» a las compañías de que deben «respetar las reglas» de la Unión Europea y proporcionar «información exacta» cuando son investigadas.

La Comisión cree probado que la empresa norteamericana ocultó en el momento de notificar la compra en 2014 que contaba ya con los avances

técnicos necesarios para vincular de manera fiable y automática los datos de los clientes de ambas redes sociales, pese a que en la información remitida a Bruselas y en un cuestionario posterior dijo lo contrario.

La falsedad se demostró ya en agosto de 2016, cuando WhatsApp anunció una actualización de los términos y condiciones de su servicio que incluía la posibilidad de que los teléfonos asociados a la aplicación se vincularan con los perfiles correspondientes en Facebook.

En este contexto, la Comisión abrió formalmente un expediente a Facebook con el envío de un pliego de cargos en diciembre de 2016, una investigación que concluía cinco meses después.

Con todo, Bruselas aclaró que la sanción no afecta a la operación de compra, ya que ésta fue aprobada teniendo en cuenta «una serie de elementos distintos» a la capacidad para vincular los perfiles de los usuarios de las dos redes sociales.

Sobre el autor

Beatriz Iñarritu Ibarreche es Doctora por la Universidad de Deusto y Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Comercial de Deusto. Su tesis, «Sistemas de Gobernanza Económica Europea: propuesta de Análisis y Medición», la realizó en el marco del programa de Estudios Internacionales e Interculturales de la Universidad de Deusto. Desde 1988, ha impartido docencia sobre Economía de la UE, en las Licenciaturas de Ciencias Económicas y Empresariales y Derecho de la UD, en la Escuela Universitaria de la Cámara de Comercio de Bilbao, y en los Institutos de Ocio y de Estudios Europeos de la UD. Actualmente, imparte docencia en el Departamento de Economía de Deusto Business School de la UD. Socia de Estrategias Empresariales Europeas, E-3, en la que dirige y desarrolla diferentes proyectos de consultoría en el campo de la internacionalización empresarial y de la UE. Ha sido profesora en el Diploma sobre Derecho Comunitario de la Universidad Iberoamericana de México en colaboración con la UD, impartiendo el módulo sobre «Mercado Interior Europeo e implantación del Euro» en México DF. Es ponente habitual en jornadas organizadas por entidades y organismos empresariales que contribuyen al mayor conocimiento de las diferentes cuestiones relacionadas con la UE y la internacionalización empresarial. Ha participado en un Equipo de Investigación de la UD en el proyecto «Instrumentos Innovadores de Gobernanza de la Unión Europea. Impacto en la gestión pública y en la competitividad regional».

Es autora de la sección «Crónica Comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la UE» en «Cuadernos Eu-

ropeos de Deusto», revista editada por la UD. Es coautora de las publicaciones anuales «Guía de la Movilidad en la UE» y «Apuntes sobre la UE y Bizkaia» editadas por la Diputación Foral de Bizkaia. Ha sido coautora del Caso de Internacionalización publicado por el ICEX: «Inauxa, una Pyme en el Mercado Mundial de Automoción».

About the author

Beatriz Iñarritu Ibarreche is a Doctor of the University of Deusto and holds a degree in Economics and Business Studies from the Commercial University of Deusto. Her thesis, «Systems of European Economic Governance: Proposal for Analysis and Measurement», was carried out within the framework of the program of International and Intercultural Studies of the University of Deusto. Since 1988, she has lectured on EU Economics, in the Bachelor's of Economics and Business Studies and Law at the UD, at the University School of the Chamber of Commerce of Bilbao, and at the Institutes of Leisure and European Studies of the UD. Currently she teaches in the Department of Economics of Deusto Business School of the UD. Partner of European Business Strategies, E-3, in which she directs and develops different consulting projects in the field of business and EU internationalization. She has taught in the Diploma on Community Law of the Universidad Iberoamericana de México in collaboration with the UD, giving the module on «European Internal Market and implementation of the Euro» in Mexico DF. She is a regular speaker at conferences organized by business entities and organizations that contribute to a better understanding of the different issues related to the EU and business internationalization. She has participated in a Research Team of the UD in the project «Innovative Instruments of Governance of the European Union. Impact on public management and regional competitiveness ».

She is the author of the section «Community Chronicle: the institutional and economic news of Spain within the framework of the EU» in «Cuadernos Europeos de Deusto», a magazine edited by the UD. She is co-author of the annual publications «Guide to Mobility in the EU» and «Notes on the EU and Bizkaia» edited by the Provincial Council of Bizkaia. She has co-authored the Internationalization Case published by the ICEX: «Inauxa, a SME in the World Automotive Market».

Cuadernos Europeos de Deusto



Centro de Excelencia Jean Monnet en Derecho de
la Unión Europea y Relaciones Internacionales