

**CUADERNOS
DE LA ESCUELA DIPLOMÁTICA
NÚMERO 57**

**Selección de memorias
de alumnos del Máster en
Diplomacia y Relaciones
Internacionales 2014-2015**



**GOBIERNO
DE ESPAÑA**

**MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN**

**SELECCIÓN DE MEMORIAS
DE ALUMNOS DEL MÁSTER EN DIPLOMACIA
Y RELACIONES INTERNACIONALES. 2014-2015**

ESCUELA DIPLOMÁTICA

**SELECCIÓN DE MEMORIAS
DE ALUMNOS DEL MÁSTER EN DIPLOMACIA
Y RELACIONES INTERNACIONALES. 2014-2015**



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

© de los textos: sus autores

© de la presente edición: Escuela Diplomática, 2015

Paseo de Juan XXIII, 5 - 28040 Madrid

NIPO (publicación en papel): 501-15-022-6

NIPO (libro electrónico): 501-15-023-1

ISSN: 0464-3755

Depósito Legal: M-6353-2017

DISEÑA E IMPRIME: IMPRENTA DE LA OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA

DISEÑO PORTADA: JAVIER HERNÁNDEZ (www.nolsom.com)

A tenor de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, no está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de su uso sin el permiso previo y por escrito del autor, salvo aquellas copias que se realicen para uso exclusivo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

ÍNDICE

	Página
RELACIONES INTERNACIONALES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO BAJO EL PUNTO DE MIRA. UNA "UTOPIA REALISTA" EN LA ESTELA DE J. RAWLS	13
<i>José Luis Fernández Cadavid</i>	
Resumen.....	17
Introducción General	19
1.- Actualidad y estado de la cuestión.....	19
2.- Hipótesis de trabajo y objetivos.....	21
3.- Metodología y plan de trabajo	22
4.- Aportaciones, originalidad y estructura general	22
Capítulo I	25
Los principios de justicia social de John Rawls.....	25
Introducción a la teoría de la justicia	25
1. Presupuestos básicos de su teoría de la justicia	26
Introducción.....	26
1.1.- Presupuestos básicos para una teoría de la justicia	26
1.2.- El sujeto de la justicia.....	29
1.3.- Justice as fairness	30
2.- Los primeros principios de justicia social	32
Introducción.....	32
2.1.- Dos principios de justicia para las instituciones básicas de la sociedad	33
2.2.- Una formulación de los dos principios de justicia social	34
2.3.- Concepción de la justicia en la que se apoyan los principios.	35
2.4.- Bienes sociales primarios, base de las expectativas de los ciudadanos.....	37
2.5.- ¿Qué entiende Rawls por posiciones sociales relevantes o representativas?	38
2.6.- La tendencia a la igualdad: el principio de compensación..	40
Capítulo II	43
El Derecho de Gentes de John Rawls	43
Introducción	43

	Página
1.- Concepto de “Pueblo”, “Estado” y “Sociedad de Naciones”	45
2.- Pluralismo razonable, tolerancia y mutuo respeto	47
3.- Estados proscritos o “fuera de la ley” y Derechos Humanos	49
4.- La cooperación social y política y el principio de reciprocidad ..	50
5.- Consecuencias de la Cooperación entre sociedades liberales y “Pueblos decentes”	53
6.- Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional.....	55
7.- Desigualdades, fairness y el sentimiento de inferioridad	57
8.- ¿Por qué no podemos guiarnos en las Relaciones Internacionales por el principio de utilidad?	58
Capítulo III.....	60
Un nuevo concepto de las Relaciones Internacionales vistas como un sistema de cooperación	60
Introducción	60
1.- La Cooperación al Desarrollo	63
2.- El discurso internacional oficial en la actualidad	67
3.- Rawls y la Cooperación al Desarrollo: una propuesta nueva	72
a.- El concepto de “Pueblo” y el concepto de “Estado”	74
b.- El principio de la diferencia en las Relaciones Internacionales.	74
c.- El principio de eficiencia y el de publicidad: buena gobernanza y corrupción	77
d.- Un objetivo final: la calidad institucional y la <i>country owner- ship</i> (apropiación)	80
4.- La legislación y las instituciones internacionales garantes de unas relaciones basadas en la Cooperación para el Desarrollo ...	84
Conclusiones	89
Bibliografía	97
 LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONVENIOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	 101
<i>María Fran Ruiz</i>	
 Dedicatoria.....	 103
Resumen.....	105
I. Introducción	107
II. Cuestiones previas	108
1. Aclaraciones terminológicas.....	108
2. Concepto de gestación por sustitución	109
3. Tipos de gestación por sustitución.....	110
4. Perspectiva histórica	111
III. Gestación por sustitución y filiación.....	112

	Página
1. Determinación de la maternidad legal	113
1.1. Teoría genética.....	113
1.2. Teoría gestacional.....	114
1.3. Teoría intencional.....	114
IV. Análisis normativo.....	116
1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida	116
2. Inscripción registral en España de los niños nacidos mediante gestación por encargo	118
2.1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.....	119
2.2. La Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010	120
2.3. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	121
2.4. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	121
V. Derecho comparado	122
1. Prohibición de la gestación por sustitución	122
1.1. Alemania.....	122
1.2. Francia	123
1.3. Suiza	124
1.4. Italia	124
1.5. Austria	125
2. Admisión restringida.....	125
2.1. Reino Unido	125
2.2. Australia.....	126
2.3. Canadá.....	126
2.4. Grecia.....	127
2.5. Portugal	128
2.6. Israel.....	128
2.7. Sudáfrica	129
3. Admisión amplia.....	129
3.1. Rusia.....	129
3.2. Ucrania.....	130
4. Falta de regulación	130
4.1. Argentina.....	130
4.2. India	131
5. Estados Unidos.....	132

	Página
VI. Cross-Border reproductive care.....	133
1. El país donde se lleva a cabo el contrato no otorga la nacionalidad	134
2. El país donde se lleva a cabo el contrato otorga la nacionalidad	136
VII. Vulneración del principio constitucional de igualdad	136
VIII. La regulación de la gestación por sustitución.....	139
1. Regulación Internacional	139
2. Regulación en España	140
2.1. El papel de la sociedad civil organizada	141
2.2. Aproximación a un posible convenio de gestación por sustitución en España	141
IX. Conclusiones finales	143
Bibliografía	145
Anexos	149
Iniciativa de ley popular de regulación de la llamada gestación subrogada.	149
UNA EUROPA SIN CONSTITUCIÓN: ANÁLISIS DE LOS PRIMEROS CINCO AÑOS DE APLICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA.	159
<i>Sonia González Fernández</i>	
Resumen.....	161
I. Introducción.....	163
II. Siglas y abreviaturas	171
III. Los cambios del tratado de lisboa: perspectiva general.....	173
IV. Capítulo 1.—Los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa.....	179
A. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como derecho originario	181
B. El Convenio Europeo de Derechos Humanos	191
V. Capítulo 2.—Las modificaciones institucionales: el papel de la UE en el mundo	197
A. El Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad y el Servicio Europeo de Acción Exterior	199
B. La subjetividad de la UE como actor internacional.....	210
VI. Capítulo 3.—La vida democrática de la Unión. Legitimación y renovación democrática	215
A. La democracia participativa. La Iniciativa Ciudadana Europea.	217
B. Representación y participación. Las elecciones europeas	226
VII. Conclusiones.....	237
Bibliografía	241

LA ADECUACIÓN DEL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS A LOS NUEVOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS: LAS REFUGIADAS POR MOTIVOS DE GÉNERO Y LOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS	253
<i>María Hernández Santos</i>	
Resumen.....	257
Introducción	261
Parte I: El Estatuto del Refugiado.....	265
1. Evolución de la protección de los refugiados	265
1.1. Antecedentes y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).....	265
2. El marco normativo y la protección internacional de los refugiados	269
2.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos	269
2.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos..	269
2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otros instrumentos.....	270
2.2. Derecho Internacional de los Refugiados.....	270
2.2.1. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951	271
2.2.2. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967	271
2.2.3. Tratados regionales.....	271
2.2.4. Instrumentos no vinculantes o “soft law”	272
2.3. Protección internacional	273
2.3.1. Concepto	273
2.3.2. Responsables de la protección internacional	273
3. Concepto de refugiado: definición y aplicación	274
3.1. La definición de refugiado	274
3.2. Elementos fundamentales de la definición	276
3.2.1. Fuera del país de nacionalidad o residencia habitual..	276
3.2.2. Protección del Estado del que es nacional o reside habitualmente.....	276
3.2.3. Fundado temor	277
3.2.4. Persecución.....	277
3.2.5. Motivos de la Convención de 1951	278
3.3. Interpretación individualizada del concepto de “refugiado”.	280
4. La determinación del estatuto.....	281
4.1. Responsables de la determinación.....	281

	Página
4.1.1. Determinación por los Estados	281
4.1.2. Determinación por el ACNUR	282
4.2. Formas de determinación	282
4.3. Consecuencias de la determinación.....	283
4.3.1. Principio de non-refoulement	283
4.3.2. Derechos y obligaciones	284
Parte II: Las refugiadas por motivos de género	287
5. Conceptos	287
6. El marco normativo para la protección internacional de la mujer refugiada por motivos de género.....	288
6.1. Marco normativo de protección específica de la mujer	288
6.1.1. Convenciones fundamentales relacionadas con las mujeres	288
6.1.2. Otras resoluciones relevantes relativas a la mujer refugiada.....	289
6.2. La mujer en la experiencia del refugio	290
6.2.1. Feminización de la experiencia del refugio	291
6.2.2. Política de edad, género y diversidad del ACNUR.	291
7. Formas de persecución por motivos de género	292
8. Refugiadas por motivos de género	297
8.1. Temor fundado de persecución	298
8.2. Nexo causal	299
8.3. Motivos de la Convención de 1951	300
Parte III: Refugiados climáticos.....	303
9. Concepto.....	304
9.1. Refugiados climáticos, refugiados ambientales, despla- zados ambientales	304
9.1.1. Desplazamiento forzoso	306
9.1.2. La causa del desplazamiento es ambiental.....	306
9.1.3. El retorno es imposible o prácticamente imposible..	307
9.1.4. Los desplazamientos pueden ser internos o más allá de las fronteras	309
9.2. Personas ambientalmente desplazadas	310
10. La protección de las personas ambientalmente desplazadas	311
10.1. El Derecho Internacional de los Refugiados	312
10.2. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	313
11. Posibles soluciones a la falta de protección internacional de las personas ambientalmente desplazadas	314
Conclusiones	317
Bibliografía	321

ESCUELA DIPLOMÁTICA

**RELACIONES INTERNACIONALES Y COOPERACIÓN AL
DESARROLLO BAJO EL PUNTO DE MIRA**

**UNA “UTOPIA REALISTA”
EN LA ESTELA DE J. RAWLS**

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ CADAVID

*A todos los que trabajan
en la Escuela Diplomática
de Madrid*

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida”

MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, *Don Quijote*

“Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf der Erden leben”

IMMANUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*

RESUMEN

Si hay un tema que ha estado de actualidad en el 2015, ese es el de la Cooperación para el Desarrollo. En ese año han tenido lugar las tres grandes conferencias internacionales dedicadas a este trascendental ámbito. En el mes de julio, del 13 al 16, en la capital de Etiopía, Adís Abeba, se ha celebrado la que concernía a la financiación, aprobándose como documento final el Plan de Acción de Adís Abeba, como marco general a seguir tanto por donantes como por receptores. Del 25 al 27 de septiembre, un número más que relevante de jefes de Estado y Gobierno aprobaron, en la denominada Cumbre del Desarrollo Sostenible, los 17 puntos propuestos como Objetivos de Desarrollo Sostenible. Finalmente, en París, del 30 de noviembre al 11 de diciembre, tuvo lugar la consagrada exclusivamente al Medio Ambiente, la Cumbre del Clima (COP21), donde se abordaron todas las cuestiones candentes que preocupan, y tanto, en estos momentos actuales.

En este marco se sitúa el presente estudio. La pregunta que nos hemos hecho, y de la que partimos, es la siguiente: ¿Pueden ayudarnos las categorías filosóficas de John Rawls a reformular el contexto de las Relaciones Internacionales, de modo que éstas se configuren como un sistema de Cooperación que impulse un Desarrollo, efectivo y eficaz, para todas las naciones? Para contestarla, hemos comenzado intentando comprender la propuesta que Rawls hace en su teoría de la justicia y los principios en los que la fundamenta. A continuación, hemos extraído las ideas que nos ofrece sobre el Derecho de Gentes. Finalmente, con la aportación conceptual de otros filósofos del derecho y de la economía y el análisis de los principales documentos que han conducido a la formulación de los ODS, hemos tratado de combinar las categorías rawlsianas con el fin de elaborar ese nuevo paradigma teórico en el que se enmarquen las Relaciones Internacionales.

Toda nuestra reflexión nos ha conducido a comprobar que es posible la formulación de una base filosófico-jurídica diferente, a partir de los principios de justicia social y de otras premisas aportadas por John Rawls, de manera que las

Relaciones Internacionales se conciben desde la óptica de la Cooperación al Desarrollo. Ello exigirá que la regulación internacional actual y las organizaciones que la garantizan entren en un proceso de reforma, cuya urgencia viene exigida por las circunstancias que vivimos y por los nuevos equilibrios de poder, cuidando de modo especial que el nuevo sistema favorezca un progreso más equitativo, tanto intra-nacional como inter-nacional, apoyado todo ello en la creación y la fortaleza de unas instituciones fiables, transparentes y estables.

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. ACTUALIDAD Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Desde el lanzamiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), cuyo período de ejecución y cumplimiento la comunidad internacional planteó para quince años, entre 2000 y 2015, si hay un tema que está de actualidad en el ámbito de las Relaciones Internacionales es el de la Cooperación al Desarrollo. De manera muy particular, el 2015 supuso un hito histórico, ya que en ese año vencía el primer plazo señalado para esta primicia que supuso la formulación de tales metas a escala mundial. Como no podía ser de otra manera, una vez hecha la evaluación de lo realizado, vistos sus logros y sus carencias, tocó la hora de mirar al futuro y diseñar un nuevo plan de trabajo. Éste fue denominado Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y su periodización nos llevará hasta el 2030.

Innumerables han sido las reuniones a nivel nacional como internacional para abordar, en conjunto o por separado, los diversos aspectos que configuran la Cooperación al Desarrollo. Todas han ido preparando las tres más relevantes que se han desarrollado a lo largo del mencionado 2015. Del 13 al 16 de julio, Etiopía ha acogido en su capital, Adís Abeba, la Tercera Conferencia para la Financiación del Desarrollo. En ella se ha aprobado el Plan de Acción de Adís Abeba¹, documento marco y referencia obligada tanto para los países donantes como para los receptores (categorías éstas que adquieren, progresivamente, contornos más difusos, ya que muchos de los segundos se han convertido, al mismo tiempo, en dadores de ayuda). En Nueva York, entre el 25 y el 27 de septiembre, se celebró la Cumbre del Desarrollo, para fijar de manera definitiva los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible². Finalmente, entre los días 30 de noviembre y 11 de diciembre, tuvo lugar en París la Cumbre del Clima, en la

¹ United Nations, “Third International Conference. Financing for Development. Abdis Ababa Action Agenda” [ref. de 12 de septiembre de 2015], disponible en: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA_Outcome.pdf.

² United Nations, “Objetivos de Desarrollo Sostenible” [ref. de 10 de agosto de 2016], disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/summit/>.

que fueron abordadas todas las cuestiones de la Agenda Post-2015 referidas al Medio Ambiente³.

Aunque las efemérides pueden resultar un tópico meramente coyuntural, sin embargo no dejan de representar símbolos que dan fuerza, digamos formal, al contenido de los acontecimientos. El 24 de octubre de 2015 se cumplieron 70 años desde que los primeros 51 países reunidos en San Francisco estamparon su firma y ratificaron el documento fundacional de la Organización de las Naciones Unidas. No es éste el momento ni el lugar para hacer un balance pormenorizado de lo que han supuesto estas siete décadas; pero sí es posible afirmar, sin temor a equivocarnos, que no les falta razón a los que en sus evaluaciones descubren muchas carencias tanto en el funcionamiento de las principales instituciones que la componen (Asamblea General o Consejo de Seguridad, por ejemplo), como de los organismos secundarios que la integran. No obstante, visto lo que han sido los últimos veinte siglos de historia de la Humanidad, las generaciones posteriores tendrán que sacarse el sombrero ante lo que aquellos hombres de Estado de mediados del siglo XX han conseguido. Cuando lo contemplamos exclusivamente desde la perspectiva de los cinco últimos siglos, la etapa de paz y prosperidad que ha sido posibilitada durante estos tres cuartos de siglo por aquel Tratado Internacional (aunque no exclusivamente por él), no tiene parangón alguno.

Quizá, por ello, y porque las circunstancias han transformado de manera tan relevante los países que le han dado vida y los que progresivamente se fueron añadiendo, así como la manera de conducir las relaciones que entre ellos se producen, creemos que merece la pena realizar una reflexión sobre la posibilidad de encontrar un nuevo marco conceptual que, sin olvidar toda la experiencia positiva que ha supuesto el camino realizado, permita situar a las Naciones Unidas en una plataforma adecuada y adaptada a un nuevo siglo, o mejor, a un nuevo milenio, de modo que sea instrumento eficiente y eficaz para guiar y regular la convivencia pacífica entre las naciones, al tiempo que asienta las mejores bases para que la Cooperación entre las mismas cree, efectivamente, un auténtico Desarrollo.

Tal marco conceptual sería el mejor punto de partida para una reforma de las instituciones internacionales, actualizadas según los nuevos equilibrios globales, que supere la tentación (manifestada por algunos autores desde tiempo atrás) que pide una supresión de la propia ONU y su sustitución por algún otro ente. Dicha transformación, además, viene exigida no sólo por el sentido común o como algún filósofo dirá “la razón pública”, sino también por sangrantes acontecimientos como la crisis migratoria que se ha convertido desde la segunda mitad del año 2015 en la triste protagonista de todos los diarios. Son los retos nuevos a los que ha de enfrentarse una ONU renovada desde un contexto jurídico actua-

³ United Nations, “UN Climate Change Conference Paris 2015” [ref. de 10 de agosto de 2016], disponible en: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/cop21/>.

lizado. Mi experiencia de cooperante internacional en Sudamérica durante casi tres años me dice que no nos faltan medios para alcanzar éxito en tal empresa, lo único necesario es lograr el consenso de voluntades (quizá también, hoy como siempre, lo más complicado).

2. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y OBJETIVOS

A partir de lo afirmado en el primer apartado, nuestra intención con este artículo es la de buscar argumentos teóricos y fundamentos de autoridad para elaborar ese nuevo contexto filosófico-jurídico a partir del cual proponer y ejecutar una reforma general. El primer ámbito afectado será, sin lugar a dudas, el de la Cooperación al Desarrollo, la cual fungirá al mismo tiempo como categoría clave o leitmotiv de este trabajo. El siguiente campo a repensar, desde la óptica del anterior, va a ser el de las Relaciones Internacionales en general y todo lo que inmediatamente gira en torno a ellas, desde el Derecho Internacional o las intervenciones en terceros países, hasta la propia concepción de lo que son los Ministerios de Asuntos Exteriores y los servicios diplomáticos. Finalmente, llevado a cabo lo anterior, la consecuencia más directa será la propuesta de transformación de las instituciones básicas que hoy constituyen el entramado de la comunidad internacional: Organización de las Naciones Unidas, con su Asamblea General, Consejo de Seguridad y el resto de organismos que la integran.

Intentemos, pues, poner en claro cuál es la pregunta a la que queremos responder con esta investigación, que se va a caracterizar por su carácter netamente filosófico-jurídico, no técnico ni político. Indudablemente, estos dos aspectos quedarán afectados por la reflexión, pero no son objeto de nuestro estudio. Así pues, la cuestión que nos va a servir de hilo conductor es la siguiente: ¿Pueden ayudarnos las categorías filosóficas de John Rawls a reformular el contexto de las Relaciones Internacionales, de modo que éstas se configuren como un sistema de Cooperación que impulse un Desarrollo, efectivo y eficaz, para todas las naciones?

Partimos del supuesto que es posible realizar tal objetivo. Del mismo modo, damos por sentado que ha llegado el momento de reformular el contexto general de las Relaciones Internacionales y, en concreto, el mismo de la Cooperación para el Desarrollo, lo que afectará irremediamente a las instituciones de carácter global. Nos servimos para tal empresa de dos instrumentos: uno teórico, la razón; otro de autoridad, las obras de John Rawls.

Nuestros objetivos secundarios podrían ser definidos como sigue:

- 1.— Hallar los instrumentos teóricos necesarios para iniciar nuestra reflexión.
- 2.— Combinarlos razonablemente con las ideas guía expresadas en este ámbito por las más altas autoridades internacionales (con especial mención del Secretario General de Naciones Unidas).

- 3.— Diseñar nuestra propia concepción sirviéndonos de los análisis de los expertos en Diplomacia, Relaciones Internacionales y Cooperación al Desarrollo.
- 4.— Alcanzar conclusiones que nos sirvan, al mismo tiempo, como propuestas de futuro y estímulos para la tan pedida y deseada reforma de unas instituciones a las que no les queda más remedio que jugar un rol de primer orden en este mundo convertido ya en una “aldea global”.

3. METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO

El método que hemos seguido a la hora de enfocar este trabajo se divide en dos fases: una primera parte dedicada al análisis; una segunda, centrada en la síntesis. En la primera, que abarca los dos capítulos iniciales, se abordan las obras principales de Rawls, con una especial dedicación a dos de ellas, directamente relacionadas con el objeto de nuestro estudio: *A Theory of Justice* y *The Law of Peoples*. Nuestro objetivo es el de extraer del pensamiento del antiguo profesor de Harvard los instrumentos teóricos necesarios de manera que, sensatamente combinados con otros, nos permitan alcanzar la meta deseada: la elaboración de un nuevo marco conceptual. Llevaremos a cabo una lectura pausada de sus escritos para a continuación tratar de formular de manera sencilla, a la par que clara, las nociones filosófico-jurídicas que nos aporta.

La segunda sección, de carácter esencialmente sintético, no dejará de acudir a otros autores para servirnos de sus nociones e ideas y combinarlas con las del filósofo norteamericano; no obstante, su naturaleza será netamente especulativa. Con ayuda de las categorías de Rawls, de la crítica que otros escritores han hecho a sus propuestas, con las líneas guía marcadas por las autoridades internacionales y a base de muchas horas de reflexión personal, trataremos de mostrar cómo es posible, necesario y urgente llevar a cabo esa redefinición en el concepto de las Relaciones Internacionales para, de acuerdo a ello, formular un nuevo contexto jurídico, conducente a la emisión de normas que posibiliten su realización y garanticen su viabilidad y estabilidad.

Autores clásicos de filosofía jurídico-política como Max Weber, Carl Schmitt o Karl Marx; u otros más modernos, como Thomas Pogge, Ronald Dworkin, Michael Walzer; economistas y filósofos de la economía como Amartya Sen, José Antonio Alonso, Jonathan Glennie, Jean Drèze, José Antonio Ocampo, C. Burnside o D. Dollar; internacionalistas como Díez de Velasco, Celestino del Arenal, etc. serán tenidos en cuenta a lo largo de este estudio de manera prominente.

4. APORTACIONES, ORIGINALIDAD Y ESTRUCTURA GENERAL

La primera aportación de este estudio son los análisis, y las interpretaciones a partir de los mismos, de las obras del pensador norteamericano John Rawls. La segunda, será el resultado de la combinación de las categorías filosóficas del

antiguo profesor de Harvard con las de otros autores y autoridades en los ámbitos de la Cooperación al Desarrollo y de las Relaciones Internacionales. La tercera, y a nuestro entender la más relevante, es la propuesta elaborada a partir de los argumentos de razón y autoridad señalados en los dos primeros capítulos que cristalizará en el tercero.

La originalidad de esta investigación reside más que en una aportación concreta, en el conjunto de la misma. La idea, esperamos que suficientemente fundamentada, de la necesidad de configurar un nuevo marco conceptual para las Relaciones Internacionales, basada en los principios de justicia social y desde la óptica de la Cooperación al Desarrollo, pretende mostrar, además de las posibilidad de elaborar tal marco, la urgencia que la comunidad internacional tiene del mismo, a fin de no perder más tiempo paliando las consecuencias de crisis internacionales agravadas por la inexistencia de instituciones eficaces que puedan enfrentarlas. La llamada a la reforma de la ONU, de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, así como de otros organismos secundarios, desde la propuesta emitida podría ahorrar a buena parte de la Humanidad los sufrimientos innecesarios que Pueblos, ya de por sí desfavorecidos, deben soportar por un vacío evidente de autoridad y de institucionalidad mundial.

Con el objeto de alcanzar lo expresado, la estructura de este trabajo se divide en las siguientes partes. A esta introducción general sigue un primer capítulo, en el que llevaremos a cabo el análisis mencionado sobre la obra de Rawls, *A Theory of Justice*. De ella extraeremos la idea de justicia social y los principios en los que se apoya que este autor nos propone para aplicar a las instituciones, de modo que éstas sirvan al propósito para el que se constituyen dentro de una sociedad: contribuir al buen funcionamiento de la misma concebida como un sistema de Cooperación. En el siguiente, segundo de este estudio, nos adentraremos de nuevo en una obra del antiguo profesor de Harvard, *The Law of Peoples*. De ella, trataremos de obtener los conceptos básicos de los que el pensador parte y las ideas clave que propone para el conjunto de las relaciones internacionales. En el capítulo tercero, el más personal de los tres, llevaremos a cabo una reflexión sintética en la que a partir de las categorías de Rawls —tamizadas y aquilataadas por las aportaciones de otros autores—, de los conceptos de Cooperación al Desarrollo y de las ideas-guía que marcan el plan trazado por las autoridades internacionales para los próximos quince años, además de nuestros argumentos propios, trataremos de formular una propuesta distinta como marco filosófico-jurídico de futuro en las Relaciones Internacionales. Intentaremos, al mismo tiempo, mostrar la oportunidad de tal idea así como la urgencia de su ejecución para que las relaciones entre los miembros de la comunidad internacional, que no deja de ser una comunidad humana organizada, se asienten sobre la base de un sistema de Cooperación que fomente y garantice un Desarrollo (y no sólo económico) del que ningún miembro, sea país o persona, quede excluido. Finalmente, extraeremos de todo lo descrito las conclusiones pertinentes.

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA SOCIAL DE JOHN RAWLS

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA JUSTICIA

Desde la Antigüedad hasta la actualidad han sido innumerables los autores que se han preocupado por reflexionar acerca de la justicia y sus exigencias. Sobre una noción general y abstracta de la misma no resulta complicado poner de acuerdo a la inmensa mayoría de los pensadores, nos atrevemos a decir, incluso a los que ya han muerto. Todos podrían coincidir con Ulpiano que la justicia vendría a ser como la actuación del “ius”, palabra de la que procede, concretándose en la máxima: “dar a cada uno lo suyo”⁴.

Pero aquí acaba el consenso y comienza la discordia. ¿En qué consiste ese derecho que a cada uno le corresponde? ¿Cómo encontrar la fórmula que permita, en medio de las vicisitudes histórico-sociales, ejecutar tal atribución? Las respuestas a tales interrogantes han sido múltiples a lo largo de la historia y se reflejan en las corrientes de pensamiento que figuran en los elencos de la filosofía del derecho, la reflexión moral o la ética, así como de la política o de la economía.

De todas ellas, de las cuales no podemos aquí hablar, hemos elegido una que nos parece que tiene ciertas ventajas y que, sopesados sus pros y contras, la consideramos como la más práctica⁵ y adecuada para sentar esa fundamen-

⁴ *Honeste vivere, alterum non laedere, cuique suum tribuere* (“Vivir honestamente, no dañar a otros y a dar cada uno lo suyo”).

⁵ Como nos dice Rodilla, “Rawls concibe la teoría de la justicia como un asunto político no metafísico: su tarea primaria es de naturaleza práctica y su éxito –y en cierto sentido su «verdad»– se mide por su capacidad para articular un entendimiento público sobre cuestiones básicas de justicia social. Diciéndolo en términos kantianos, la teoría se entiende a sí misma como una forma de «uso público de la razón»; en cuanto forma de discurso práctico, tiene como horizonte de referencia el «público raciocinante» y se encamina a la formación de una opinión pública coherente sobre asuntos relativos a la forma apropiada de organizar nuestra convivencia” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* [trad. de M. A. Rodilla], Madrid, Tecnos, XXXIII).

tación que pretendemos para la Cooperación Internacional al Desarrollo y las Relaciones Internacionales, en cuyas bases debe estar incrustada la justicia y cuyos objetivos tendrán que perseguirla concienzudamente. Tal teoría es la de John Rawls⁶.

1. PRESUPUESTOS BÁSICOS DE SU TEORÍA DE LA JUSTICIA

Introducción

Como toda construcción teórica, la de Rawls se erige a partir de conceptos tomados de otros autores y del acervo general de la filosofía. Por ello es conveniente, antes de presentar su pensamiento, dejar claros cuáles son los materiales con los que va a levantar y sostener sus razonamientos, de manera que la inteligencia de los primeros nos facilite la comprensión de los segundos.

En este apartado, expondremos sucintamente las nociones básicas en las que nuestro autor se apoya para formular su teoría. En un primer momento, presentaremos los elementos que el profesor de Harvard ha tomado del bagaje filosófico común; y posteriormente, relataremos e intentaremos hacer inteligibles de la manera más breve posible, los conceptos originales que constituirán su aportación, nada despreciable, a esa misma tradición.

1.1. Presupuestos básicos para una teoría de la justicia

Las premisas de las que parte Rawls en su teoría de la justicia son las siguientes⁷: la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, de modo que una ley o una institución, por muy eficiente y bien organizada que parezca, si se reconoce que es injusta, debe ser reformada o abolida⁸.

Cada persona posee una inviolabilidad que se funda en la justicia, la cual ni tan siquiera por razones de bienestar social puede ser eliminada o preterida. Por ello, no es justificable reducir o privar de ciertas libertades a unos pocos amparándose en que ello redundará en un mayor beneficio de otros muchos. De modo

⁶ Uno de los méritos de Rawls consiste en recuperar para la reflexión filosófica la relación que existe entre política, derecho y ética, vinculación que había sido minada, y por momentos destruida, desde posturas filosóficas de corte puramente positivista.

⁷ Cfr., J. Rawls (1999), *A Theory of Justice. Revised edition*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 3-4.

⁸ La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales para nuestro autor, por ello su principal preocupación va a versar sobre la pregunta: ¿cuándo podemos decir que una ley o una institución son justas? (Cfr., R. Gargarella (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 21). Una institución o una ley no permeada por la justicia no está legitimada y pierde su validez: “«Justicia» entra en la obra de Rawls designando «la primera virtud de las instituciones sociales»; la pretensión de ser justas es su pretensión de validez última, la piedra de toque de su legitimidad. La tarea de fundamentar principios de justicia forma parte, así, de una teoría sobre la legitimación racional de un sistema político y social” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., X).

que, en una sociedad que se tenga por justa, las libertades de los ciudadanos, considerados iguales, en las mismas circunstancias y condiciones, es uno de sus fundamentos. Los derechos que la justicia debe proteger, en una tal sociedad, no pueden estar sujetos a la negociación política o al cálculo de intereses sociales. Solamente podríamos consentir que suceda una injusticia, cuando ello evite que otra mayor sea llevada a cabo.

En lo que se refiere a la sociedad, Rawls asume que ésta está compuesta por una asociación de personas, que son más o menos autosuficientes, las cuales aceptan una serie de reglas, que regulan sus relaciones como obligatorias y de acuerdo a las cuales tratan de actuar (al menos, la mayor parte de los que conforman esa sociedad). Supone, además, que con estas normas sociales se establece un sistema de cooperación que posibilita el bienestar de aquellos que forman parte de él. Éste va a estar marcado tanto por el conflicto como por la identidad de intereses. Ésta se produce desde el momento en que los individuos reconocen que la cooperación social les permite obtener una mejor calidad de vida, en comparación con la que alcanzarían si tuvieran que lograrlo solos y con sus propios esfuerzos. El conflicto resulta del hecho que las personas no son indiferentes al modo de distribución de esos bienes, fruto de la cooperación de cada uno, ya que todos prefieren que se les asigne una cuota mayor de los beneficios, sean del tipo que sean, a una más pequeña.

Por todo ello, es necesario alcanzar un pacto social, basado en una serie de presupuestos, el cual establezca una adecuada distribución de beneficios y cargas, de modo que todos puedan estar de acuerdo en subscribirlo. Los principios de justicia social que Rawls propone serán esos fundamentos que posibilitarán una adecuada asignación de derechos y obligaciones en las instituciones básicas de la sociedad y definirán cómo éstos deben ser distribuidos entre los miembros de la misma, en el desarrollo de la cooperación social⁹.

Podemos decir, según Rawls, que una sociedad está bien organizada no sólo si está diseñada en tal modo que hace progresar el bienestar de sus miembros, sino sobre todo cuando está regulada por una concepción pública de la justicia. Ello conlleva que cada miembro de la sociedad “conoce y acepta” que los demás también “conocen y aceptan” los mismos principios de justicia que él y que las instituciones sociales funcionan de acuerdo a ellos, siendo así reconocido o asumido por los ciudadanos.

Así pues, es fundamental que en una sociedad que quiera presentarse como bien organizada, compuesta por individuos, cuyas metas e intereses pueden ser muy diferentes, exista una concepción de la justicia social compartida por todos.

⁹ “These principles are the principles of social justice: they provide a way of assigning rights and duties in the basic institutions of society and they define the appropriate distribution of the benefits and burdens of social cooperation” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 4).

Cuando los mismos están invadidos por este deseo común, y éste se ve plasmado en una concreta teoría, que es capaz de reunir un consenso unánime, entonces nos encontramos ante la mejor situación para alcanzarla. Los lazos que establecerá tal concepción de la justicia social, públicamente reconocida y aceptada, pondrán un límite a aquellos que quieran perseguir otros fines diferentes o contrarios a un orden social justo¹⁰.

Rawls constata que raramente encontramos una sociedad organizada de este modo, puesto que lo que se considera como justo o injusto suele estar, en el seno de prácticamente todas las comunidades humanas, en disputa. No existe un acuerdo para establecer, de manera clara y definitiva, cuáles son los fundamentos que rijan el sistema de cooperación social. A pesar de ello, lo interesante es que todos consideran tener una determinada noción de justicia, conforme a la cual desean fijar unos principios que regulen derechos y deberes y que establezcan la manera adecuada de repartición de beneficios y cargas sociales.

Rawls da por supuesto que, además del acuerdo sobre los principios básicos que fundamenten las instituciones, en una sociedad existen toda otra serie de cuestiones a las que hay que atender (tales como los problemas de coordinación, de eficiencia y de estabilidad). Esto conlleva la armonización de los diferentes proyectos que los individuos puedan tener, de forma que ninguno se sienta defraudado, y de modo que la ejecución de los mismos conduzca a alcanzar las metas sociales de manera eficiente y de acuerdo a la idea de justicia, previamente fijada. Para todo ello es esencial que la cooperación social sea asumida por cada miembro, con la intención de cumplir las normas definidas, incluyendo el acuerdo acerca de lo que hay que hacer cuando aparecen infracciones: habrá que prever la actuación de fuerzas que eviten presumibles transgresiones, así como corrijan los daños causados cuando éstas se producen, dando de este modo a la sociedad una continuidad o estabilidad.

Coordinación, eficiencia y estabilidad social están en directa relación con la justicia. Sin un acuerdo previo sobre lo que es justo o injusto, será muy difícil que estos presupuestos, fundamentales para el buen funcionamiento de una sociedad, puedan ser hechos realidad y mantenidos en el tiempo por los miembros de la misma¹¹.

Así pues, una concepción de la justicia en una sociedad está puesta en relación con otras dimensiones, más allá del puro reparto de derechos y deberes básicos, o de la asignación de beneficios y cargas. Hablando hipotéticamente, ante

¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en aquéllos que investidos de autoridad utilizan la misma y los medios colectivos puestos a su alcance para perseguir fines puramente personales (o familiares). Tal conducta define lo que se conoce como corrupción, enemiga primera de la transparencia y la publicidad y, por lo mismo, de la justicia.

¹¹ Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 6.

dos conceptos de justicia que nos ofreciesen las mismas garantías, tendríamos que preferir aquel que posibilitase, del modo mejor la coordinación, la eficiencia y la estabilidad de los bienes sociales.

1.2. El sujeto de la justicia

Hemos hablado de la necesidad de encontrar una teoría de la justicia que defina unos principios básicos, conforme a los cuales se distribuyan de manera ecuánime derechos y deberes a los miembros de una sociedad, así como posibiliten la asignación a éstos de una cuota de participación en los beneficios y las cargas de la misma, que nadie se sienta obligado a rechazar. Hemos resumido los presupuestos de los que Rawls parte a la hora de construir esa teoría de la justicia y las premisas esenciales en torno a las cuales se debe estructurar tal concepción. Ahora, con Rawls, nos preguntamos, ¿quién es el sujeto primario de la justicia? Es decir, ¿a quién vamos a aplicar esa teoría a elaborar y esos principios que la sustentan y que le dan contenido?

Para Rawls el sujeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, la cual está constituida por las principales instituciones sociales, ya que los efectos de sus actuaciones son los más profundos e influyen en todas las demás dimensiones desde sus mismos comienzos. Especificando un poco más, citamos algunas de estas instituciones: la constitución política, las principales estructuras y acuerdos económico-sociales, tales como, la protección legal de la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, la competitividad de los mercados, la propiedad privada en los medios de producción, la familia monógama (serían ejemplos de instituciones sociales de primer orden)¹².

Como intuición inicial, señala Rawls el hecho de que en la estructura básica de la sociedad existen posiciones sociales desiguales y, dado que cualquier ciudadano puede nacer en cualquiera de ellas, sus expectativas de vida van a verse influidas por éste, su punto de origen; sobre tal situación inicial influirán tanto el sistema político como las circunstancias sociales y económicas que regulen las relaciones de tales posiciones. Las instituciones de una sociedad favorecen ciertas posiciones sociales sobre otras, lo que crea profundas desigualdades, afectando a las posibilidades de desarrollo y progreso de los ciudadanos que en ellas se encuentran y que no dependen de los méritos o deméritos de ellos. Sobre estas diferencias primeras, presentes probablemente en toda sociedad, deben ser aplicados los principios de justicia social con el objetivo de influir, desde la configuración de la constitución política de la misma, en todos los demás acuerdos económicos y sociales.

¹² Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 6-7.

1.3. Justice as fairness¹³

Rawls toma como punto de partida una sociedad que se asienta sobre el pacto social de los miembros que la componen¹⁴. El establecimiento de este contrato presupone que los componentes de la misma deben pretender la construcción de un entramado social justo desde sus mismos fundamentos. Para lograr esta finalidad han de ponerse de acuerdo sobre unos principios que, aplicados a la estructura básica, es decir, a sus instituciones fundamentales, vehicule una adecuada atribución de derechos y deberes, o sea, que en igualdad de condiciones debe producirse una asignación semejante. Además, en la distribución de beneficios y cargas sociales, el sistema creado no sólo distribuirá de manera justa, sino razonable compensando incluso las posibles desigualdades debidas a las distintas posiciones que uno puede ocupar en la sociedad por causa de condicionamientos que no dependen del esfuerzo propio, como pueden ser el nacimiento o las dotes naturales.

Así, el contenido esencial de ese pacto social original son los principios de justicia social. Con ellos, personas libres e iguales, dotadas del uso de razón, se proveen con los términos fundamentales que definirán su forma de cooperación social, así como el tipo de gobierno que puede ser establecido, con el fin de hacer progresar sus propios intereses. Con estos presupuestos primeros se regularán el modo de establecer y aplicar otros, digamos que derivados o secundarios. A esta teoría, la cual concibe de este modo los principios de la justicia social, Rawls la define como *Justice as fairness*¹⁵.

Por lo tanto, en ese pacto que, desde una posición de igualdad como ciudadanos libres y racionales, los miembros de la sociedad van a firmar serán definidos los principios a aplicar a la estructura básica de la sociedad, de modo que pueda establecerse el mecanismo correcto para atribuir a cada uno derechos y deberes y pueda definirse la forma más adecuada para distribuir los beneficios y las cargas sociales. Al mismo tiempo, debe ser determinado el modo cómo se resolverán

¹³ Puede verse el desarrollo de esta idea de Rawls en J. Rawls (1985), "Justice as Fairness: Political not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, 14, pp. 223-251. Una última versión de su pensamiento sobre lo mismo en J. Rawls (2001), *Justice as Fairness: a restatement*, Cambridge (Massachusetts), *Harvard University Press*.

¹⁴ Con ello entronca con la tradición filosófica y política liberal, al menos en lo que al contractualismo se refiere. Éste, partiendo de la autonomía de la persona, establece como criterio determinante a la hora de valorar una propuesta el que ésta pueda ser aprobada por todos los ciudadanos que potencialmente se viesen afectados por ella. Como afirma Gargarella: "el contractualismo... nos ayuda a responder de un modo interesante dos preguntas básicas de toda teoría moral: a) ¿qué nos demanda la moral?; y b) ¿Por qué debemos obedecer ciertas reglas? A la primera pregunta, el contractualismo responde: la moral nos exige que cumplamos aquellas obligaciones que nos hemos comprometido a cumplir. Y, frente a la segunda pregunta, el contractualismo sostiene que la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es la de que nos hemos comprometido a ello" (cfr., R. Gargarella (1999), *Las teorías..., o.c., 31*).

¹⁵ Ésta es, sin duda, la idea clave que guía todo el sistema rawlsiano, como él mismo afirma (cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice, o.c., 10*).

las situaciones de conflicto, que puedan presentarse motivadas por causas o contingencias varias.

El pensador norteamericano introduce, llegados a este punto, la noción de “posición original”. Debemos, primeramente, dejar claro que para Rawls este concepto no es sino un instrumento puramente hipotético que no define ninguna situación histórica real. No debe ser confundida con una ordenación de circunstancias propias de un estadio primitivo o incivilizado, ni tampoco identificada con otros períodos de la historia de la Humanidad o de una sociedad concreta. Es pues un “utensilio” con el que definir el primer estado de cosas en el que se encontrarían los miembros de un grupo humano, que pretenden firmar este pacto social, en el que se establecen los principios básicos del mismo, desde una determinada concepción de la justicia.

Este estado de “situación original” estaría caracterizado por los siguientes aspectos: ninguno de los que hipotéticamente participan en el establecimiento de los principios de justicia social puede saber cuál será su puesto en la futura sociedad, a qué clase va a pertenecer o qué status social tendrá. Tampoco podrá conocer, ninguno de los participantes, cuáles serán sus dotes naturales o sus habilidades, es decir, su coeficiente intelectual, su fuerza física y similares. Además, las partes no tendrán conocimiento de sus concepciones acerca del bien o sus inclinaciones psicológicas especiales¹⁶.

Estrechamente ligado al de la “posición original”, Rawls presenta el concepto de “velo de ignorancia”, con el cual pretende, precisamente, definir esa situación primera en la que deben encontrarse (hipotéticamente) los que van a pactar los principios de justicia social a aplicar a la estructura básica de la sociedad o a sus instituciones fundamentales. Tal situación inicial, así definida, será una condición previa, la cual haga posible que aquellos sean, en verdad, premisas razonables que puedan ser aplicadas adecuadamente a los casos concretos.

Así, las partes tendrán que elegir permaneciendo cubierto su conocimiento por un “velo de ignorancia”, que permitirá que en la elección de los principios de justicia social no pueda tenerse en mente el cálculo previo sobre una posible o probable ventaja o desventaja social, al escoger tal o cual principio, ya que no se conocen ni las cualidades con que la naturaleza nos dotará ni tampoco las circunstancias sociales en las que nos tocará vivir. Este velo dejará pasar tan solo información general, impidiendo que pase la de carácter particular que concierna a los ciudadanos y sus circunstancias sociales. Éstos no conocerán, por lo tanto,

¹⁶ La intuición parece simple, pero se presenta cargada de intención: si además de saber qué posición ocuparemos, tenemos habilidades para la negociación, entonces seremos capaces de hacer que se aprueben propuestas que nos beneficiarán a nosotros y a nuestra clase, en detrimento de otros. Para Rawls, ello iría en contra de la más básica intuición moral, a la que repugnaría un sistema en el que los mejor situados y dotados, pueden negociar las reglas básicas reguladoras vulnerando los derechos de los desafortunados.

cuáles serán sus intereses concretos, sus capacidades para alcanzarlos, ni los rasgos propicios o adversos de su psicología, que podrían beneficiarles o perjudicarles en la carrera por obtenerlos. Con ello, el profesor de Harvard, fija una “completa simetría entre las partes y garantiza la unanimidad”, haciendo que sea la racionalidad el principio rector de los pactantes, quienes necesariamente tienen que adoptar “un punto de vista universal” a la hora de tomar sus decisiones, persiguiendo objetivos o intereses generales¹⁷.

En consecuencia, la “posición original” condicionada por ese “velo de ignorancia” representa el mejor “estatus quo” para alcanzar unos acuerdos con la perspectiva de que ellos sean “*fair*”. De ahí lo de *justice as fairness*. Los principios de justicia social tienen más probabilidades de ser *fair* si la situación previa en la que se han elegido y de la que se parte para definirlos es también *fair*. Aunque eso no significa que los conceptos de *justice* y de *fairness* sean lo mismo.

La teoría rawlsiana sobre la justicia como *fairness* comienza por la elección de los principios básicos según los cuales las instituciones fundamentales de la sociedad van a ser reguladas, criticadas y reformadas. Estos principios han de caracterizar a la concepción de justicia que los contratantes quieren tener como marco social, y según la cual se configurará una constitución y se emitirán las correspondientes leyes que conformen su legislación. Si las diversas estructuras que regulan nuestra cooperación social se encuentran dentro del espacio, digamos jurídicamente delimitado por esos primeros principios, por la constitución y por la legislación que de ambos va brotando, podemos decir que son estructuras o instituciones justas.

2. LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DE JUSTICIA SOCIAL

Introducción

En el primer apartado de este capítulo ha sido introducida la concepción de *justice as fairness* de John Rawls. Ahí aparecen, en primer lugar, los presupuestos fundamentales que el filósofo toma como base de su argumentación: justicia, libertades individuales, inviolabilidad de la persona¹⁸, la cooperación social, el pacto social, publicidad y necesidad de la justicia, distribución equilibrada de cargas y beneficios, coordinación, eficiencia y estabilidad.

¹⁷ Cfr., J. RAWLS (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XVI-XVII. Al final, más que de un contrato, como apunta Rodilla, se trataría de un proceso de “entendimiento común alcanzado tras sopesar argumentos traídos a colación por todos”.

¹⁸ Aunque en el anterior apartado no hemos insistido demasiado en ello, ésta es una de las premisas previas a todo el sistema, que no está sujeta a negociación de ningún tipo. De hecho, si algo debe perseguir una sociedad tenida por justa es el respeto y la defensa de la inviolabilidad de cada persona, frente a cualquier otro tipo de cálculos políticos o económicos (ni tan siquiera por aumentar el bienestar global de la sociedad puede ser conculcada).

A ello añade sus elementos propios, tales como “la estructura básica de la sociedad, sujeto primario de la justicia”, “*justice as fairness*”, la “posición original” y el “velo de ignorancia” que la caracterizan. Pues bien, a continuación, pasamos a considerar con más detalle lo que los principios de justicia social afirman y cómo pueden ser interpretados y aplicados.

2.1. Dos principios de justicia para las instituciones básicas de la sociedad

Supuesta la situación original descrita en el apartado previo, ¿cuáles son las premisas básicas de las que disponemos, sobre las que recaerá la elección? ¿cuál será el argumento en que apoyemos ésta? ¿cuál es el sentido y qué aplicación tienen los principios adoptados?

Recordemos, una vez más, que el objetivo de la elección de unos principios de justicia social es poder aplicarlos a las instituciones básicas de una sociedad, de modo que regulen, en ella, la asignación de derechos y deberes esenciales y determinen cuál ha de ser la distribución adecuada de beneficios y cargas dentro de la misma. Llegados a este punto, Rawls nos hace una advertencia: estos son principios para las instituciones, no para aplicar a las acciones concretas de los individuos en circunstancias particulares; dicha aplicación podría hacernos llegar a conclusiones erróneas, no coincidentes con las alcanzadas cuando aplicamos tales principios a las estructuras mencionadas.

¿Qué entendemos por una institución? Según Rawls, ésta consistiría en un sistema público de leyes que definen funciones y posiciones, a las que van unidas derechos y deberes, poderes e inmunidades, y cosas semejantes. Estas normas determinan ciertas formas de actuación como permitidas y otras como prohibidas; y, en caso de que se produzcan transgresiones, prevén ciertos mecanismos de defensa, así como castigos o penas¹⁹.

Una institución puede ser concebida de dos modos: en primer lugar, como un objeto abstracto, es decir, como una forma de conducta concretada en un sistema de normas; y en segundo lugar, como el espacio y el tiempo de las acciones determinadas por esas normas, las cuales son observadas con regularidad, dado un público acuerdo según el que todos aceptan que las reglas que definen tal institución han de ser guardadas. Una institución, concebida como un ente abstracto puede ser justa o injusta, en la medida en la que cada concreción de la misma sea también, justa o injusta.

Una de las características más importantes de toda institución, concebida tal y como previamente Rawls la define, es su carácter “público”. Esta propiedad indica que cada uno, que forma parte de la misma, debe conocer las reglas que la

¹⁹ Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 47-48.

conforman y, al mismo tiempo, da por supuesto que los demás poseen el mismo conocimiento y viceversa. Todo ello como si tales reglas hubiesen surgido tras un previo acuerdo entre todos los que se mueven en el ámbito de dicha estructura. De este modo, Rawls afirma que los principios de justicia serán aplicados a ordenamientos sociales, una de cuyas principales características será el ser públicos en el sentido apuntado²⁰.

A continuación, Rawls establece una diferencia esencial entre norma (o grupo de normas), institución (o una parte importante de la misma) y la estructura básica del sistema social concebido como un todo. Tal distinción tiene como finalidad clarificar lo siguiente: una o varias normas pueden ser injustas, sin que el completo ordenamiento de un organismo jurídico sea injusto; una institución puede ser injusta sin que el sistema social considerado en su conjunto sea injusto. Puede, incluso, darse tal combinación que dentro de una misma institución o de un ordenamiento social, una aparente injusticia sea la compensación de otra similar, de modo que el conjunto es menos injusto de cómo sería si sólo contuviese una de ellas. Hasta sería posible imaginar un sistema social que pudiera ser injusto, incluso cuando ninguna de sus partes esenciales lo fuesen, analizadas éstas separadamente: la injusticia no sería sino una consecuencia del modo de combinarse tales estructuras en dicho sistema²¹.

2.2. Una formulación de los dos principios de justicia social

La formulación definitiva de los dos principios básicos de justicia social, será el resultado final de la reflexión realizada por Rawls y la ofreceremos en los capítulos segundo y tercero, ya que con ella vamos a tejer nuestra propia propuesta. Previamente, el autor hace una presentación provisional de los mismos, sobre la que vamos a trabajar. Es la siguiente:

Primero: “Cada persona debe tener el mismo derecho al esquema más amplio de libertades básicas iguales, compatible con un esquema similar de libertades poseídas por los demás”.

²⁰ La publicidad del sistema jurídico constituye uno de los presupuestos básicos de la teoría de nuestro filósofo del derecho, ya que permite que cualquier ciudadano conozca las normas que forman parte del mismo y tiene certeza de que sus coetáneos también las conocen: “With “a public system of rules”, I mean then that everyone engaged in it knows what he would know if these rules and his participation in the activity they define were the result of an agreement. A person taking part in an institution knows what the rules demand of him and of the others. He also knows that the others know this and that they know that he knows this, and so on... The principles of justice are to apply to social arrangements understood to be public in this sense” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 48).

²¹ No es sencillo imaginar un caso práctico que podamos traer a colación para hacer visible esta idea. Quizá, un ejemplo, sería aquél Estado Federal, en el que hablando hipotéticamente, todas sus instituciones son consideradas justas, tanto a nivel nacional como a nivel de cada uno de los estados que lo componen. Si se produce el hecho de que un delincuente comete un delito en un estado, no siendo ese mismo acto penado en otro, al cual el transgresor se fuga, entonces de la combinación de todas las instituciones justas resulta una injusticia, pues permiten que el malhechor se escape sin castigo, con un simple cambio de domicilio (damos por supuesto que existe una ley federal justa que prohíbe a un Estado inmiscuirse en los asuntos de otros).

Segundo: “Las desigualdades sociales y económicas deben ser organizadas de modo tal, que de todas ellas se espera razonablemente un beneficio para todos y que vayan asociadas a empleos y cargos públicos abiertos a todos”²².

Según Rawls, entre las libertades básicas se encuentra la que corresponde a la política, o sea, la capacidad de ejercer el derecho al voto y la posibilidad para, en caso de ser elegido, desempeñar un oficio público; la libertad de expresión y la de reunión; la libertad de conciencia y la de pensamiento; además de la personal, que incluye verse libre de cualquier presión psicológica, ataque físico o mutilación (referida a la integridad física y moral de la persona); el derecho a retener la propiedad personal, a no ser arrestado o embargado arbitrariamente, según lo define el concepto de estado de derecho²³.

En relación al segundo, digamos que se aplica a la distribución de ingresos y de riqueza y al diseño de organizaciones que hacen uso de diferencias en cuanto a la autoridad y a la responsabilidad. Con su formulación, el profesor de Harvard, quiere superar la idea de una justicia distributiva común en las sociedades modernas, que tiene por justo todo lo adquirido por los ciudadanos, beneficios o empleos, siempre que hubiesen sido accesibles a todos. Tal noción de igualdad podría ser forzada si tales adquisiciones no se enmarcan en un esquema superior, conforme al cual ellas mejoran las expectativas de los más desfavorecidos de la sociedad.

Entre ambos principios se establece una jerarquía o un orden de prioridad, un *serial order*, como dice Rawls. Ello significa que no podría justificarse la transgresión o conculcación de libertades básicas iguales, protegidas por el primer principio, en nombre de beneficios sociales y económicos; ni tan siquiera podría compensarse una cosa con la otra²⁴. Por consiguiente, las libertades disponen de un campo central de aplicación, que sólo puede ser limitado o comprometido cuando surge un conflicto entre ellas.

2.3. Concepción de la justicia en la que se apoyan los principios

La concepción general de la justicia que sostiene estos principios, según Rawls, puede ser formulada como sigue:

²² Es traducción literal de: “First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 53).

²³ Para enumerar las libertades de su sistema, Rawls recurre al catálogo clásico que procede de la tradición liberal y al prescribir su valor absoluto se sitúa en la esfera del pensamiento liberal moderno (cfr., J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XXIX).

²⁴ En palabras de Rodilla: “la libertad posee un valor absoluto frente al bienestar material: ningún incremento de éste justifica el sacrificio de aquélla. Ahora bien, «libertad» ha de entenderse aquí en el sentido de un sistema de libertades. Es el sistema en su conjunto el que posee valor absoluto; por el contrario, dentro del sistema cada una de las libertades posee un valor relativo: su alcance puede ser ampliado o restringido atendiendo a la contribución funcional que cada una de ellas hace al sistema en su conjunto” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XXIX).

“Todos los valores sociales —libertad y oportunidades, ingresos y riqueza, y las bases sociales en las que se apoya el respeto propio o dignidad de la persona— tienen que ser distribuidas de manera equitativa a no ser que una distribución desigual de alguno de estos valores, o de todos, sea en beneficio de todos y cada uno”²⁵.

Así pues, para Rawls, la injusticia, consiste en las desigualdades que no son para beneficio de todos. Imaginemos una situación inicial en la que la asignación de derechos y deberes, así como la distribución de ingresos y bienes es equitativa. Si al organizar las instituciones son posibles algunas desigualdades en la riqueza y en la detención de la autoridad que, partiendo de este estado primigenio, aporten beneficios a todos y cada uno de los miembros de esa sociedad con respecto a ese punto de referencia que es la situación inicial, entonces esas leyes que rigen esas instituciones están en sintonía con la concepción general de la justicia aquí expuesta.

En todo este proceso damos por supuesto que la sociedad, en un principio de manera hipotética, es un organismo vivo y, por lo tanto, dinámico o en evolución, en el cual es inevitable que se produzcan ganancias y pérdidas y redistribuciones o reasignaciones de esos derechos y deberes básicos debido a las vicisitudes y condicionamientos creados, bien por la voluntad humana bien por causas ajenas a ésta, resultado de las contingencias sociales. De no ser así, y si todo permaneciese como en la hipotética situación inicial, sería superfluo establecer ningún tipo de diferencias que aportasen beneficios a todos, ya que no habría mayor ganancia que ese reparto equitativo de obligaciones y derechos y esa distribución de riqueza e ingresos, primitivo.

Imaginemos de nuevo que de la renuncia a ciertas libertades fundamentales resulta una ganancia en términos sociales y económicos para los miembros de la sociedad, que les compensan aquellas pérdidas. Para Rawls, es precisamente este tipo de intercambio el que tendría que ser impedido por la aplicación de los dos principios de justicia social y el orden jerárquico que se establece entre ellos. De acuerdo con su *serial order* no sería posible canjear beneficios sociales o económicos por libertades básicas, a no ser bajo circunstancias atenuantes. Prácticamente, la única razón posible para limitar el alcance de las libertades sería la mutua interferencia entre ellas, como queda apuntado más arriba, de modo que, bajo algunas circunstancias, el progreso de alguna de ellas supusiese el retroceso de otras o viceversa.

Merece la pena detenernos un momento para hacer una reflexión más profunda sobre lo que concierne a la aplicación del segundo principio, ya que

²⁵ Traducción literal del siguiente párrafo: “All social values – liberty and opportunity, income and wealth, and the social bases of self-respect – are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone’s advantage” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 54).

puede resultar el más novedoso e, incluso, el menos fácil de entender. Cuando Rawls afirma que las desigualdades en la asignación de la autoridad o la riqueza pueden estar justificadas, siempre y cuando las tales redunden en un mayor beneficio para todos y cada uno de los miembros que configuran una sociedad, no quiere decir con ello que se le asigne a individuos concretos o específicos dichos aumentos, sino que los mismos serían hipotéticamente atribuidos a aquellos personajes representativos de la sociedad que ocuparían ciertas funciones o puestos de responsabilidad, definidos por la estructura básica de la misma. Desde esta asignación, digamos que asimétrica, no sólo crecerían las expectativas del que ocupa esa posición sino también las de todos serían mayores, partiendo de esas diferencias permitidas, que si por el contrario no se dieran tales desigualdades²⁶.

Añadamos, finalmente, que Rawls parte del hecho que el primer principio es satisfecho, digamos que de manera más natural, y que la economía que está en la base de los razonamientos sobre los que se apoya la interpretación y aplicación del segundo de los presupuestos de justicia social es una economía de libre mercado, sean los medios de producción propiedad privada o no. Con relación a ello existe otra serie de suposiciones que estarían en íntima relación con este segundo fundamento. Los elementos que lo configuraban eran el hecho de que “el beneficio tiene que ser para todos y cada uno” y de que “las carreras y los cargos públicos deben estar igualmente abiertos a todos”. En relación al primer elemento se encuentra el “principio de eficiencia”, premisa a tener en consideración, respetando lo exigido por el de la diferencia. En relación al segundo, el hecho de que todos los que estén capacitados y tengan voluntad de acceder a una carrera o a un oficio público deben poder hacerlo, estableciendo una igualdad de oportunidades en el mismo proceso de acceso.

2.4. Bienes sociales primarios, base de las expectativas de los ciudadanos

Pasemos ahora a reflexionar sobre lo que Rawls ha llamado las expectativas de los ciudadanos y la forma cómo éstos las calculan y valoran.

El pensador norteamericano define las expectativas como la relación de los bienes sociales primarios que un individuo representativo puede ansiar. Comprenderían una serie de elementos básicos que todo hombre dotado de la facultad de razonar querría alcanzar, fuesen cuales fuesen el resto de sus aspiraciones.

²⁶ Todo ello produce en los miembros de las diferentes capas sociales un efecto psicológico terriblemente importante para la fortaleza del sistema: la estabilidad. Así como los principios en los que se sustentaba el utilitarismo o el intuicionismo no permitían tal sensación, el de Rawls sí, pues reduce al máximo los motivos de resentimiento o incluso de pasividad, ya que ofrece estímulos continuos para la cooperación social, incluso más que la simple igualdad tradicional de oportunidades.

Más en concreto, podemos identificarlos con derechos básicos, libertades, oportunidades, ingresos, riqueza. La adquisición de todos estos bienes primarios está en relación con la estructura básica y con las instituciones que la componen, cuyas leyes regulan el proceso de obtención de los mismos.

Hablando en general, no es fácil establecer un grado de prioridad en la relación de bienes sociales. Ahora bien, los dos principios de justicia ordenados jerárquicamente, tal como los ha establecido Rawls, ayudan a definir un orden dentro de esos bienes primarios. En primer lugar, se situarían las libertades básicas, asentadas sobre un mismo nivel, y la justa igualdad de oportunidades. A continuación vendrían los bienes sociales que estarían sujetos a variación, tales como los poderes y las prerrogativas vinculados a posiciones de autoridad; y, finalmente, la distribución de ingresos o la adquisición de la riqueza²⁷.

Esta variación, que posiblemente resultara problemática de inicio, podría encontrar una vía de solución aplicando el principio de la diferencia. Éste deberá ser ejecutado, tomando en consideración, sobre todo, el individuo representativo de la clase más desfavorecida, ya que los más favorecidos, indudablemente, poseen ya la capacidad para obtener los bienes sociales primarios. Así pues, como afirma Rodilla:

“mientras que las libertades cívicas y las oportunidades han de distribuirse por igual [primer principio o «*principio de igual libertad de ciudadanía*», en conexión con la cláusula b) del segundo, o «*principio de equidad igualdad de oportunidades*»], los poderes y prerrogativas, la renta y la riqueza admiten una distribución desigual, con tal que se sujete al criterio distributivo maximin: una distribución desigual de la riqueza y la autoridad es justa sólo en el caso de que ninguna otra forma de articular las instituciones sociales fuera capaz de mejorar las expectativas del grupo menos favorecido [cláusula b) del segundo principio o «*principio de diferencia*»]”²⁸.

2.5. ¿Qué entiende Rawls por posiciones sociales relevantes o representativas?

Cuando se trata de aplicar los principios de justicia social a la estructura básica de la sociedad, toma como referencia aquellas posiciones de individuos representativos para observar cómo el entramado social se les presenta o aparece. Es decir, Rawls trata de individualizar ciertas posiciones sociales como más básicas, como aquellas que serían las más adecuadas para juzgar el sistema social.

²⁷ A ellos habría que añadir un bien, diríamos un tanto abstracto y derivado, ya que permanece estrechamente ligado a la distribución de los anteriores: “las bases sociales del respeto de sí mismo” (cfr., J. RAWLS (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XXVIII).

²⁸ J. RAWLS (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XXVIII. El criterio maximin, se constituye como principio de justicia: “«Todos los bienes sociales primarios —la libertad y la oportunidad, la renta y la riqueza, y las bases sociales del respeto de sí mismo— han de ser distribuidos por igual a menos que una distribución desigual de algunos de estos bienes o de todos ellos sea en provecho de los menos favorecidos». Es evidente que la concepción general no es sino el criterio distributivo maximin erigido en principio de justicia” (ibid., XLVII).

El modo de definir y seleccionar éstas, constituye un elemento característico de la teoría de la justicia de Rawls, quien se pregunta: ¿cuáles son los criterios para identificar tales posiciones?

El primer sujeto de la justicia es la estructura básica de la sociedad. Prácticamente, en todas las sociedades las posiciones de salida de los ciudadanos suelen ser diferentes, siendo favorecidos unos sobre otros, en lo que al reparto de los beneficios sociales se refiere. Por ello, se aplican a la estructura básica los dos principios de justicia, para regular estas desigualdades surgidas en el mismo inicio del proceso de cooperación social, en el nacimiento y en la pertenencia a una determinada clase social, origen de profundas desigualdades. En posteriores momentos, surgirán diferencias, pero éstas serán debidas a las acciones voluntarias de los hombres según el principio de libre asociación²⁹. Así pues, las posiciones sociales relevantes o representativas son las ocupadas en el punto de partida por los ciudadanos, adecuadamente generalizadas y colectivizadas.

Por consiguiente, podemos afirmar que en cada persona se consideran dos posiciones relevantes: en primer lugar, la de ciudadano con iguales derechos; y, en segundo lugar, la definida según el puesto que ocupe en la distribución de ingresos y de riqueza. Los hombres relevantes son los ciudadanos (no considerados en sus peculiaridades personales), que se erigen en representantes de aquellos colectivos, detentadores de diferentes expectativas ante los bienes primarios, desigualmente distribuidos.

Dicho esto, el siguiente paso será definir a estos individuos que representan a una clase o a un conjunto de sus iguales, caracterizados por las mismas condiciones sociales. La cuestión principal será individualizar a los que representan al grupo de los menos aventajados. Para Rawls, éstos estarían marcados por haber sido desfavorecidos por cada uno de los tres tipos de contingencias principales. En primer lugar, estaría compuesto este grupo por personas cuya familia y orígenes sociales son inferiores a los de los demás; en segundo lugar, sus dotes naturales no les permiten progresar de manera adecuada o como lo harían los otros; y, en tercer lugar, aquéllos cuya fortuna en el transcurso de la vida resultó ser menos feliz que la de sus coetáneos. Todo ello, hay que recordarlo, teniendo como criterio de evaluación el orden fijado para los bienes sociales primarios³⁰.

Establecido todo esto, parece evidente que esta valoración hecha sobre quienes forman parte del grupo de los menos favorecidos en la sociedad no es una tarea matemática, lo cual hace que cierta arbitrariedad a la hora de realizar la identificación aparezca como inevitable.

²⁹ “El pensamiento igualitario se ha referido a este tipo de criterios mediante la distinción entre hechos arbitrarios desde un punto de vista moral (hechos ajenos a la responsabilidad de cada uno), y hechos de los cuales uno es plenamente responsable” (R. GARGARELLA (1999), *Las teorías...*, o.c., 40).

³⁰ Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 83.

Hasta donde es posible, *justice as fairness* considera el sistema social desde la posición de los ciudadanos con iguales derechos y desde los varios niveles de ingresos y riqueza. Sin embargo, puede darse que en ocasiones haya que tener en cuenta otras posiciones sociales relevantes. Es posible que se produzca una desigualdad en los derechos básicos, debida a determinadas características naturales. Estas desigualdades van a señalar otras situaciones representativas. Si estas características naturales no pueden ser transformadas, entonces los puestos que son definidos por ellas aparecen como lugares de punto de partida en la estructura básica. Por ejemplo, las diferencias basadas en el sexo, en la raza o en la cultura pueden ser de este tipo. Cuando tales desigualdades entran en escena, entonces se multiplican las posiciones sociales relevantes y ello hace que la aplicación de los dos principios de justicia se complique.

2.6. La tendencia a la igualdad: el principio de compensación

¿Por qué la concepción en la que se enmarcan los dos principios de justicia social es una concepción igualitaria? Alguno puede poner la objeción al principio de igualdad de oportunidades, diciendo que conduce a una meritocracia, ya que aquellos que posean o hagan más méritos pasarán a ocupar los puestos o cargos más destacados en las instituciones sociales³¹.

En respuesta a esto, Rawls expone y desarrolla el principio de la diferencia, el cual va a dar cabida a ciertas consideraciones que están en relación con el de “compensación”. Puesto que las desigualdades positivas provocadas por el nacimiento y por la posesión de dones naturales son inmerecidas, esta situación clama por algún tipo de compensación. Por ello, el principio de la diferencia sostiene que para poder tratar a todas las personas de manera igual, para fomentar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad debe prestar más atención a aquellos que disponen de menores recursos naturales y a los que han nacido dentro de las clases sociales menos favorecidas.

No es el de compensación el principio básico de la justicia, pero en el sistema de Rawls juega un papel destacado. Éste debe ser puesto en relación con el principio que promueve la mejora del nivel de vida promedio o que busca hacer progresar el bien común. Pero, advierte Rawls, no se identifican el de compensación y el de la diferencia. La concepción de Rawls no pretende eliminar las diferencias presentes o futuras que se producen entre las personas y las clases sociales a través de leyes compensatorias. Lo que sí busca es que cuando se produce una mejora en los recursos de los situados más arriba, las

³¹ La objeción parte del propio Rawls: “I wish to conclude this discussion of the two principles by explaining the sense in which they express an egalitarian conception of justice. Also I should like to forestall the objection to the principle of fair opportunity that it leads to a meritocratic society... aspects of the conception of justice that I have set out” (ibid., 86).

leyes conduzcan a que, al mismo tiempo, progrese la situación de los más desfavorecidos³². Aquellos que han recibido ventajas por parte de la naturaleza podrán sacar provecho de su buena fortuna solamente en la medida en que ello beneficie también a los que no las han recibido. En consecuencia, no hay razón que obligue a eliminar esas diferencias; al contrario, la estructura básica puede ser organizada de modo que estas contingencias contribuyan realmente al bien de los más desafortunados.

En opinión de algunos, comenta Rawls, esa doble injusticia primera, que supone tanto la distribución de talentos naturales como el nacer en una clase social desfavorecida, hace que el ordenamiento de las instituciones sociales permanezca siempre defectuoso. Para Rawls, tanto ese reparto inicial de dones como el lugar que se nos asigna en el entramado social no es ni justo ni injusto; lo que puede ser lo uno o lo otro es la forma cómo las instituciones tratan con estos hechos. De modo que no hay por qué resignarse a esas desigualdades primeras. El orden social no es inamovible, sino que puede estar sometido a la acción humana. En la concepción de Rawls, los hombres están de acuerdo en hacer uso de estos accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales solamente cuando el hacer esto repercute en favor del bien común³³.

La aplicación de los dos principios de justicia social es un modo adecuado de hacer frente a esa arbitrariedad provocada por la suerte y, si bien, se puede decir que las instituciones sociales son defectuosas en muchos aspectos, al menos, las que satisfagan estos dos presupuestos básicos pueden ser llamadas justas.

Además, añade Rawls, el principio de la diferencia expresa una concepción de reciprocidad, de modo que, aunque pudiese parecer que se inclina a favorecer el bien de una sola parte, la de los más desfavorecidos, en el fondo, busca el mutuo beneficio. Cuando los mejor situados en la sociedad ven el cuadro general de ésta, pueden comprender que el bienestar de cada uno depende de un esquema de cooperación social entre todos, sin el que ninguno podría disfrutar de una vida satisfactoria. Por ello, deben reconocer que la cooperación de los miembros de la estructura social sólo será prestada de manera voluntaria si todos entienden que se mueven dentro de un esquema, cuyos términos aparecen como razonables. De este modo, ellos podrían renunciar a toda exigencia propia de su posición, que se situara por encima o que fuese previa a la de otras posiciones, siendo compensados por la recepción de los beneficios que el principio de la diferencia establece al regular la estructura social³⁴.

³² Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 86-87.

³³ Cfr., *ibid.*, 87-88.

³⁴ Para el profesor de Harvard, nociones como reciprocidad y beneficio mutuo, se transforman en un leitmotiv que atraviesa toda su teoría: "A further point is that the difference principle expresses a conception of reciprocity. It is a principle of mutual benefit. At first sight, however, it may appear unfairly biased towards the least favored... if we give any weight to the more fortunate, we are valuing

¿Por qué los mejor dotados por la naturaleza y mejor situados en la escala social no deben sentirse perjudicados por un principio que, en el fondo, les va a poner un cierto “límite”, al menos en teoría, no permitiéndoles perseguir fines que en otros esquemas sociales podrían alcanzar? Primeramente, porque los dones naturales y la posición social que les ha tocado, no es algo para lo cual ellos hayan hecho méritos; por consiguiente, no poseen ningún título o derecho que justifique su situación de cierta ventaja delante de los demás, ya que lo obtenido ha sido puro (digamos) golpe de suerte. Con lo cual no tendrían fundamento para presentar una reclamación, como presuntos perjudicados por el principio de la diferencia.

Lo que sí les concede un título y protege su posición de salida privilegiada, así como los recursos que poseen, ellos y todos los que se encuentran en otras posiciones, es el primer principio de libertades básicas, que entre otras cuestiones, ampara la integridad de la persona y el derecho de propiedad. Desde estos presupuestos, los más favorecidos pueden hacer progresar sus recursos de acuerdo con las reglas de un sistema de cooperación social que sea razonable. El problema aparece a la hora de diseñar tal esquema que defina la estructura básica de la sociedad. El principio de la diferencia aparece como aceptable, a la hora de dibujar dicho esquema dentro de ese sistema justo de cooperación social, tanto para los más aventajados como para los más desfavorecidos³⁵.

Con todo ello, Rawls ha trazado el bosquejo de su teoría de la justicia basada en los dos principios aplicables a las instituciones que configuran la estructura básica de la sociedad. Reguladas estas instituciones por medio de estos dos principios de justicia social, los diferentes grupos que se rigen por ellas y que poseen diferencias tanto de dones naturales como de ingresos o patrimonio pueden concordar en ellos, pues todos reconocerán el beneficio que los dones naturales y la posición social inicial ventajosa que unos ostentan, puede aportar a la sociedad en general, al tiempo que entienden que el principio de la diferencia hará que funcione de manera práctica y eficaz ese mecanismo, que en última instancia posibilita el progreso del bien común: la cooperación social³⁶.

for their own sake the gains to those already more favored by natural and social contingencies. No one had an antecedent claim to be benefited in this way, and so to maximize a weighted mean is, so to speak, to favor the more fortunate twice over. Thus the more advantaged, when they view the matter from a general perspective, recognize that the well-being of each depends on a scheme of social cooperation without which no one could have a satisfactory life; they recognize also that they can expect the willing cooperation of all only if the terms of the scheme are reasonable. So they regard themselves as already compensated, as it were, by the advantages to which no one (including themselves) had a prior claim. They forego the idea of maximizing a weighted mean and regard the difference principle as a fair basis for regulating the basic structure” (J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 88).

³⁵ Cfr., J. RAWLS (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 89.

³⁶ Tal cooperación social, fundamentada en los principios de justicia sugeridos por Rawls, estará apoyada sobre unas bases que le garantizan la más firme de las estabildades, ya que todos podrían suscribir una teoría como ésta. Incluso los liberales, no radicales, estarían de acuerdo con un iguali-

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE GENTES DE JOHN RAWLS

Introducción

En el capítulo primero de este trabajo hemos desarrollado una exposición sintética del pensamiento de Rawls acerca de la justicia y de los principios en los que se fundamenta y con los cuales es posible construirla. El autor toma como punto de partida las siguientes premisas: la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales; toda persona posee un carácter inviolable; la sociedad está compuesta por una asociación de personas, más o menos autosuficientes, que aceptan regular sus relaciones por una serie de reglas, de modo que se establece un cierto sistema de cooperación que busca el bienestar de todos; este sistema se caracterizará tanto por la coincidencia de intereses como por el conflicto: lo primero, dado que todos perciben que asociándose pueden esperar alcanzar mayores beneficios que persiguiéndolos aisladamente; lo segundo, cuando se trata de distribuir los beneficios alcanzados entre todos.

Para superar los posibles desacuerdos que van a surgir y para alcanzar los mejores objetivos como fruto de esa cooperación es necesario establecer una especie de contrato social, que se fundamente en unos principios asumidos por todos y que garantice una equitativa distribución de derechos y obligaciones entre todos los miembros de la sociedad. Los principios de justicia social, tal y como los va a formular Rawls, serán esos fundamentos que aplicados a las instituciones que configuran la estructura básica de la sociedad, posibiliten una justa distribución de lo arriba mencionado.

Todo ello conformaría la virtud de la justicia y su funcionamiento, la cual exige ser “pública”, es decir, que cada uno de los que toman parte en ese pacto social conoce y acepta las bases establecidas y al mismo tiempo es consciente de que los demás harán lo mismo, de modo que todos esperan que los demás se

tarismo que, en palabras de Gargarella, resumiríamos así: “a) conforme a Rawls, las instituciones de una sociedad pueden ser consideradas instituciones justas cuando permiten que la vida de las personas dependa de lo que cada uno autónomamente elige, y no de los «azares de la naturaleza» —esto es, de las «circunstancias» que a cada uno le han tocado vivir, por fortuna o desgracia; b) para el logro del objetivo señalado en el punto anterior, las instituciones deben dirigirse a igualar a los individuos en sus circunstancias, lo cual se traduce, fundamentalmente, en dotar a cada uno con un manejo igual de «bienes primarios»; c) la igualdad que se asegura en el punto anterior no implica una igualdad absoluta y estricta, una igualdad inmodificable, «rígida». Si ciertas desigualdades en el ingreso, en la riqueza, en la autoridad o en el grado de responsabilidad de cada uno, llevan a que todos mejoren en comparación con la situación de igualdad inicial —se pregunta Rawls—, ¿por qué no permitirlos?” (R. GARGARELLA (1999), *Las teorías...*, o.c., 70).

conduzcan en sus decisiones y acciones sociales conforme a lo que las mismas prescriben. Para que todo ello fuese realmente justo necesitaría además cumplir las condiciones de estabilidad, eficiencia y coordinación.

Los principios de justicia social que posibilitarían tal sistema, y que podrían ser aceptados fácilmente por los pactantes, son los siguientes:

Primer principio o de las libertades:

Cada persona debe gozar del mismo derecho que otros al conjunto más extenso posible de libertades básicas, que sea compatible con uno semejante para los demás.

Segundo principio o de la diferencia:

Las desigualdades sociales y económicas tienen que ser organizadas de modo que ambas:

- a) Estén puestas al servicio del mayor beneficio de los más desafortunados, respetando ciertas reglas, y
- b) vayan ligadas a empleos y cargos públicos abiertos a todos, manteniendo una justa igualdad de oportunidades.

A ello habría que unir las reglas de prioridad que Rawls formula para intentar solventar los posibles conflictos que puedan surgir en la aplicación de los principios.

Todo este constructo teórico tiene como marco representativo y se orienta al funcionamiento interno de cada unidad nacional, no siendo en principio extrapolable al contexto de las relaciones que se establecen entre los diversos Estados. Y decimos “en principio”, ya que vamos a intentar ver si, de algún modo o en alguna medida, ciertos elementos de la teoría rawlsiana pueden, en la práctica, ser aprovechables para regular o guiar (o quizá simplemente inspirar) un modelo de negociaciones a escala internacional, en concreto, en todo lo que se refiere en primer lugar, al ámbito de la Cooperación Internacional al Desarrollo; y en segundo lugar, al conjunto de las Relaciones Internacionales.

Antes de centrarnos en la reflexión que acabamos de mencionar, tenemos que bucear en el pensamiento del antiguo profesor de Harvard para intentar definir cuál fue su visión del asunto. Repasaremos pues, a continuación, el contenido que da a ciertos conceptos esenciales en este terreno y, también, las intuiciones que él mismo va aplicando a este campo, desde su teoría de la justicia para las instituciones básicas de una sociedad. Para ello acudimos, fundamentalmente, a su trabajo *The Law of Peoples*, publicado en el año 1999, el cual supone una nueva redacción revisada de varios seminarios que impartió en la *Princeton University*, en 1995.

1. CONCEPTO DE “PUEBLO”, “ESTADO” Y “SOCIEDAD DE NACIONES”

Nuestro autor comienza estableciendo una distinción entre “Pueblo”, por un lado, y “Nación” o “Estado”, por el otro. Él va a elaborar toda su doctrina en el campo internacional sobre la idea de “Pueblo”, considerando que las otras dos nociones poseen un grado de inadecuación para alcanzar los objetivos que se ha fijado, y ello básicamente por dos razones que van a coincidir con los dos poderes tradicionales que concede la ley internacional a todo Estado, a saber: a) el derecho a emprender una guerra mientras se persiguen políticas o intereses estatales; b) la autonomía radical de que gozan en todo lo que concierne a su propia ciudadanía³⁷.

Lo que caracteriza, en cambio, a los “Pueblos” entendidos a la manera liberal, es lo siguiente: a) un gobierno democrático y constitucional, razonablemente justo, que sirve a los intereses de sus miembros; b) ciudadanos unidos por lo que Stuart Mill denominó “simpatías comunes”; c) y, finalmente, una naturaleza de tipo moral. Según Rawls, el primer elemento sería institucional, mientras que el segundo resultaría cultural y, el tercero, requeriría un apego a una concepción moral (política) del derecho y la justicia³⁸.

La gran diferencia que distingue el concepto de “Pueblo” del de “Estado” radica en la relación que mantienen con las nociones de racionalidad, poder y los intereses básicos del Estado. Como afirma Rawls,

“si *racionalidad* excluye lo *razonable* (o sea, si un Estado actúa por los objetivos que tiene e ignora el criterio de reciprocidad al tratar con otras sociedades); si lo predominante en un Estado es su preocupación por el poder; y si sus intereses incluyen cosas tales como convertir a otras sociedades a su religión de Estado, ensanchar su poderío y ganar más territorio, adquirir gloria y prestigio sean éstos

³⁷ Como dejó escrito Max Weber, en 1919: “Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el «territorio» es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la *violencia física legítima*. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la *violencia física en la medida en que el Estado lo permite*. El Estado es la única fuente del «derecho» a la *violencia*” (M. Weber (2005), *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf* [traducción de F. Rubio Llorente], Madrid, Alianza Editorial, 83-84).

³⁸ Cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 23-24. La diferencia que establece no carece de relevancia, no obstante se le puede achacar a esta segunda noción una cierta imprecisión, al menos, una impresión de vaguedad a la hora de señalar sobre el mapa dónde se ubican y con qué límites, esos “Pueblos”. Pogge afirma al respecto: “Se ha prestado mucha atención al hecho de que Rawls otorgue una significativa carga moral a la noción de pueblo. Pero hay una doble vaguedad que la desvirtúa. En primer lugar, no está claro qué grupos se consideran pueblos. ¿Quiere Rawls incluir cualquier grupo de personas que residen juntas dentro de las fronteras territoriales de un Estado? ¿Qué sucede con los kurdos, los judíos, los chechenos, los maoríes, los sami y cientos de otras naciones tradicionales y aborígenes que con frecuencia trascienden las fronteras estatales o están mutuamente entrelazadas?” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, pp. 31-32).

dinásticos, de realeza o nacionales, y aumentar su relativa fortaleza económica, entonces la diferencia entre Estados y Pueblos es enorme”³⁹.

El pacto social que era necesario fuese aceptado por los miembros al interior de una sociedad, puede extenderse ahora al plano internacional para, desde él, elaborar los principios elementales de un “Derecho de Gentes o Pueblos”, que regule las relaciones internacionales⁴⁰.

Para exponer las circunstancias en las que podrá desarrollarse ese contrato social, hemos de presentar primero las características de los miembros que pueden participar en el mismo. De acuerdo a su configuración interna, Rawls clasifica las formas organizativas de las diversas sociedades en cinco tipos: un primer grupo estaría compuesto por los pueblos razonablemente liberales; el segundo, por los que él llama pueblos “decentes” (noción en la que más adelante entraremos), en cuya estructura básica existiría una “jerarquía de consulta decente”, por lo que el pensador norteamericano los llama “pueblos jerárquicos decentes” (ambos, tanto los pueblos liberales como los decentes son considerados como “pueblos bien organizados”); un tercer grupo estaría constituido por “Estados proscritos o fuera de la ley”; el cuarto, por lo que denomina como “sociedades cargadas (o abrumadas) por condiciones desfavorables; y, finalmente, el quinto que abarcaría a aquellas sociedades a las que se refiere como “absolutismos benévolos”, en la medida que ellos tienen en consideración los derechos humanos, pero debido a que no conceden a sus miembros un significativo papel a la hora de tomar decisiones políticas, no pueden ser considerados como “pueblos bien organizados”⁴¹.

Para los denominados “pueblos bien organizados”, o sea, los razonablemente liberales y los decentes, no sería complicado ponerse de acuerdo sobre el mismo “Derecho de Gentes o Internacional”. De esta manera, una “Sociedad de Pueblos (‘Naciones’)” será razonablemente justa en la medida en que se basen las relaciones de sus miembros en esas leyes internacionales acordadas por ellos. Claro que el objetivo último de un “Derecho Internacional” no estará definitivamente alcanzado hasta que todos los agentes que forman parte del mismo, o sea todas las naciones, se rijan por idénticas leyes. Para ello, tales normas deberían ayudar a que los diferentes grupos de las sociedades arriba descritas, que todavía no lo

³⁹ Es traducción propia de, “If *rationality* excludes the *reasonable* (that is, if a state is moved by the aims it has and ignores the criterion of reciprocity in dealing with other societies); if a state’s concern with power is predominant; and if its interests include such things as converting other societies to the state’s religions, enlarging its empire and winning territory, gaining dynastic or imperial or national prestige and glory, and increasing its relative economic strength—then the difference between states and peoples is enormous” (J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 28).

⁴⁰ En el fondo, la idea de justicia que debe regir en ambos terrenos, el nacional y el internacional, debe ser la misma. Ahora bien, en cada uno de ellos será capaz de encarnarse en aquellos principios y normas que, de la manera más eficaz, sea más realista alcanzar, teniendo en cuenta el acuerdo o pacto que tendrá que ser asumido por todos los agentes participantes (cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 3-4).

⁴¹ Cfr., *ibid.*, 4.

son, puedan ir transformándose en pueblos bien organizados, razonablemente liberales o, al menos, decentes.

Rawls no es ingenuo al respecto, y manifiesta la improbabilidad de que tal logro se convierta en realidad. No obstante, afirma que tal “utopía realista” no debe ser perdida de vista, ya que el tenerla presente contribuirá a que todos los implicados se esfuercen en tomar decisiones y en realizar acciones que conduzcan a tal fin o, al menos, que lo aproximen⁴². Como características primeras, que no pueden ausentarse de una tal situación “utópica”, estarían la libertad religiosa y de conciencia, las libertades políticas y constitucionales, así como una justicia equitativa para las mujeres⁴³.

2. PLURALISMO RAZONABLE, TOLERANCIA Y MUTUO RESPETO

Al igual que en el interior de una sociedad nacional existen mentalidades diferentes en lo que respecta a la forma de concebir la vida, la religión, los valores, etc., en la internacional sucede algo parecido. En la Sociedad de Pueblos cada uno posee su cultura y sus propias tradiciones de pensamiento, que pueden ser religiosas o no. Ahora bien, no sería posible construir la convivencia entre los pueblos pretendiendo formar una unidad entre todas esas visiones culturales, religiosas o morales (más bien, sería imposible), por lo que la concordia que se establezca deberá basarse en una razonable posición política del derecho y la justicia, compartida y asumida mediante un consenso mayoritario entre los agentes internacionales.

De esta concepción política razonable del derecho y la justicia se tiene que derivar una noción adecuada de la “tolerancia”, fundamento imprescindible para la persecución de los fines que el Derecho Internacional intenta. Pero era precisamente ese Derecho, tal y como se concebía hasta no hace mucho, el que posibilitaba a los Estados ejercer las dos características con las que los hemos definido en el apartado anterior: iniciar una guerra por intereses propios y ejercer su soberanía total y exclusiva sobre su propia población. Tal soberanía, en opinión de Rawls, debe ser reformulada para limitar no sólo el tradicional poder de declarar la guerra, sino también la ilimitada autoridad interna de un Estado⁴⁴.

⁴² Como muchos de los conceptos que Rawls utiliza, éste de “utopía realista” no está libre de cierta ambigüedad. Creemos legítimos los interrogantes que Pogge se plantea al respecto, cuando trata de comprender el alcance de tal noción aplicado al sistema rawlsiano: “El estatuto de la propuesta de Rawls no está todavía claro: al denominar a su Sociedad de Pueblos «utopía realista», ¿la propone como el ideal más alto para un futuro indefinido? ¿O es un modelo de cohesión con la intención de acomodar, en la medida en que todavía nos acompañen, algunas sociedades ligeramente reaccionarias pero a pesar de todo, básicamente pasables y a las que es mejor tratar con tolerancia y respeto igualitario un modelo de cohesión que tiene que ser superado, en una esperada era futura cuando casi todas las sociedades se hayan convertido en liberales, por una concepción global de la justicia genuinamente liberal) (T. Pogge, (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 45).

⁴³ Cfr., J. RAWLS (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 9.

⁴⁴ Cfr., J. RAWLS (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 26-27.

Hay que admitir que, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional se ha vuelto más estricto. Ya no se puede emprender una guerra contra otra Nación, a no ser por causa de legítima defensa, al tiempo que se restringe o se ponen ciertas limitaciones al ejercicio de la soberanía nacional hacia el interior. En relación con lo primero actuarían motivos relacionados con la seguridad colectiva; en lo que toca a lo segundo, entraría en juego todo lo que afecta a los Derechos Humanos.

De ahí, el insistir de Rawls en la distinción entre “Pueblos” y “Estados”. Los primeros a diferencia de los segundos, aun moviéndose por intereses, se limitarán a lo que es *razonable*. Ello significa que su organización y actuaciones brotarán de su concepción del derecho y la justicia y, en consecuencia, buscarán

“proteger su propio territorio, garantizar la seguridad y el [bienestar] de sus ciudadanos, preservar sus instituciones políticas libres y las libertades y la cultura libre de su sociedad civil. Más allá de sus intereses, un Pueblo liberal intenta asegurar una justicia razonable para todos sus ciudadanos y para todos los Pueblos; un Pueblo liberal puede vivir con otros Pueblos de similar naturaleza, que defienden la justicia y preservan la paz”⁴⁵.

Pero no se reducen los intereses de tales Pueblos a lo apenas mencionado, sino que hay un, llamémosle, sentimiento común que se busca proteger con denuedo: el derecho al legítimo respeto de sí mismo como Pueblo (con palabras de Rousseau *l'amour-propre*), que se fundamenta en su conciencia común de las pruebas que han debido sufrir a lo largo de su historia y de los logros que su cultura ha producido. Como consecuencia de la existencia del mismo, cada Pueblo exige de los demás el ser respetado y reconocido como igual. En opinión de Rawls, aquí radica una diferencia esencial entre “Estados” y “Pueblos”, ya que estos últimos están dispuestos a conceder a los otros el respeto y reconocimiento como iguales que les son debidos. De todas formas, tal igualdad no significa un absoluto igualitarismo, de modo que desigualdades de cierto tipo podrían ser aceptadas incluso en instituciones de cooperación entre los Pueblos, tal y como las Naciones Unidas (concebida de un modo ideal)⁴⁶.

⁴⁵ Es traducción propia de, “[They seek] to protect their territory, to ensure the security and safety of their citizens, and to preserve their free political institutions and the liberties and free culture of their civil society. Beyond these interests, a liberal people tries to assure reasonable justice for all its citizens and for all peoples; a liberal people can live with other peoples of like character in upholding justice and preserving peace” (ibid., 29).

⁴⁶ El mismo razonamiento que había utilizado el pensador de Harvard para justificar ciertas desigualdades al interior de las sociedades es también empleado para el ámbito internacional: “This recognition of inequalities, rather, parallels citizens’ accepting functional social and economic inequalities in their liberal society” (J. Rawls (1999), *The Law of Peoples, o.c.*, 35). Además, como el mismo autor sigue diciendo, “In the working of organizations and loose confederations of peoples, inequalities are designed to serve the many ends that peoples share. In this case the larger and smaller peoples will be ready to make larger and smaller contributions and to accept proportionately larger and smaller returns” (ibid., 41).

3. ESTADOS PROSCRITOS O “FUERA DE LA LEY” Y DERECHOS HUMANOS

Rawls ha establecido, como ya hemos visto, cinco categorías de organizaciones nacionales. La tercera plaza estaba ocupada por los denominados Estados proscritos o “fuera de la ley”. Para Rawls, la política exterior de todo Estado justo y decente debería ocuparse en crear organizaciones a un nivel internacional que, tomando en consideración la cuestión de los Derechos Humanos, obliguen a los Estados que todavía no están estructurados mediante instituciones democráticas y que son una amenaza para la seguridad y la paz mundiales (que no respetan los derechos y libertades básicas de sus ciudadanos), a emprender un nuevo rumbo. De hecho, para este filósofo del derecho, las sociedades liberales podrían declarar la guerra sólo contra tales naciones, que representan una amenaza real para la libertad y la independencia de otras, así como para la paz y seguridad internacionales⁴⁷.

Cuanto más liberales y decentes (en el sentido que Rawls da a estos términos) sean las sociedades, más difícil será que surja un conflicto armado entre ellas. Las relaciones que se establecen entre estos Pueblos y el Derecho que brota de las mismas, hará que todas se rijan por unos mismos principios, siendo conscientes que los demás harán lo mismo. Además, los intereses creados que se producirán y las mutuas interrelaciones que se levantarán a múltiples niveles (comercial, económico, financiero, cultural, turístico,...) harán que la mera posibilidad de tomar las armas sea un recurso más que remoto, dadas las consecuencias directamente catastróficas que tendrían para el bienestar de todos y cada uno⁴⁸.

La concepción de la justicia que late en el fondo de todo este sistema, como ya hemos apuntado más arriba, es la misma que aplica, o mejor, una extensión de la misma noción liberal que ha aplicado a los regímenes domésticos y que se enmarca dentro del contexto mayor del liberalismo político. No obstante, Rawls considera que no todos los elementos que caracterizan a la teoría de la justicia aplicada a las instituciones nacionales de un Estado pueden ser asumidos tal cual por las instituciones internacionales⁴⁹.

⁴⁷ En cambio los *outlaw states*, “refuse to comply with a reasonable Law of Peoples; these regimes think a sufficient reason to engage in war is that war advances, or might advance, the regime’s rational (not reasonable) interests” (J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 90). Sólo los Pueblos que se rigen por el Derecho Internacional tienen el derecho de declarar la guerra en legítima defensa. Entre éstos podrían encontrarse los que Rawls ha llamado “absolutismos benévolos”, cuando cumplen con los Derechos Humanos y no son sociedades agresivas, a pesar de no estar “bien organizadas” (cfr., *ibid.* 92).

⁴⁸ En esto viene a coincidir con lo que, posteriormente, afirmarán los defensores de la llamada teoría de la interdependencia en las Relaciones Internacionales. Un buen artículo sobre la misma puede verse en: C. del Arenal Moyúa, “La creciente interdependencia como factor de institucionalización de la sociedad internacional, en S. Torres Bernárdez et al. (coords.) (2013), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 889-912.

⁴⁹ Una de las razones que Rawls propone como obstaculizadora de la realización de un tal proyecto es que un “gobierno mundial” no sería viable a largo plazo, aunque esté organizado del modo que él propone para cada nación. En su opinión (que se apoya a su vez en las teorías de Kant), tal forma de au-

En relación al tema que nos ocupa, podríamos sintetizar la visión del liberalismo político, afirmando lo que sigue: en un régimen constitucional, las doctrinas globales (cosmovisiones) acerca de la verdad o el derecho tienen que ser reemplazadas en el debate en donde se utiliza la razón pública por una idea de lo políticamente razonable, que tiene en cuenta a los ciudadanos como tales ciudadanos⁵⁰. Cuando extrapolamos el argumento al terreno internacional, diremos que la razón pública invocada por los miembros de la Sociedad de Naciones, hará que los principios emanados del acuerdo entre ellos se dirijan a los “Pueblos” como tales “Pueblos”. Ello significará que tales normas no se expresarán en los términos propios de esas doctrinas globales (religiosas o no), acerca de la verdad y el derecho, que son sostenidas o influyen en una u otra concreta sociedad, sino en otros que puedan ser compartidos y asumidos por múltiples “Pueblos”⁵¹.

4 LA COOPERACIÓN SOCIAL Y POLÍTICA Y EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Así pues, de la racionalidad y la razonabilidad que, en principio, caracterizan a un “Pueblo” puede esperarse su disponibilidad para ofrecer a otros “Pueblos” una cooperación expresada en justos términos políticos y sociales⁵². Tales condiciones, ofrecidas por una de las partes, son formuladas con la certeza de que las demás, consideradas iguales, están dispuestas y tienen la capacidad para aceptarlas. Cuando tal intercambio tiene lugar, los “Pueblos” se ven inclinados a cumplir dichos

toridad internacional derivaría en un despotismo global o en un imperio débil, desgarrado por conflictos provocados por pueblos en búsqueda de autonomía y libertad. Contra tal objeción se levanta la opinión de Pogge, quien discrepa de la inoportunidad de intentar aplicar los principios de justicia social de Rawls al plano internacional, al tiempo que duda que la opinión de Kant acerca de la viabilidad de un gobierno mundial sea la más autorizada, dadas las circunstancias que rodean las relaciones entre las naciones en este siglo XXI (cfr., T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 42).

⁵⁰ En caso contrario, surge la pregunta expresada por Rawls: “How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines? Put another way: How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception that can gain the support of such an overlapping consensus?” (J. Rawls (1993), *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, xviii).

⁵¹ El liberalismo político de Rawls defiende un pluralismo razonable al interior de las sociedades, en el seno de las cuales puedan darse unas bases públicas razonables necesarias para la justificación de las cuestiones políticas fundamentales. Dichos fundamentos deben ser imparciales con respecto a los puntos de vista de las visiones comprensivas de la realidad (razonables), sean éstas religiosas o no (cfr., J. Rawls (1993), *Political liberalism*, o.c., xix).

⁵² En el fondo, viene a ofrecer la idea de Cooperación que había propuesto para el ámbito doméstico: “Justice as fairness tries to do this by using a fundamental organizing idea within which all ideas and principles can be systematically connected and related. This organizing idea is that of society as a fair system of social cooperation between free and equal persons viewed as fully cooperating members of society over a complete life” (ibid., 9).

justos términos incluso cuando de su violación podrían recibir un beneficio. Sin lugar a dudas, ello hará que la cooperación, basada en la creencia de tal reciprocidad, sea estable y duradera y el Derecho Internacional que de ahí brote pueda tener vigor a lo largo del tiempo y regular las relaciones entre los múltiples agentes internacionales⁵³. En el fondo, todo este sistema se basa en una concepción de “Pueblos” libres, iguales, razonables y con sentido de mutuo respeto.

Tal cooperación y tales recíprocas relaciones se apoyan, según Rawls, en los tradicionales y familiares principios de justicia que se tienen que establecer entre “Pueblos” libres y democráticos. Recordémoslos⁵⁴:

- a) Todos los “Pueblos” son libres e independientes, y su libertad e independencia tienen que ser respetadas por los demás “Pueblos”.
- b) Todos los “Pueblos” tienen que cumplir los tratados y las promesas.
- c) Todos los “Pueblos” son iguales y forman parte de los acuerdos que les obligan.
- d) Todos los “Pueblos” tienen que cumplir el deber de no intervención.
- e) Todos los “Pueblos” tienen derecho a la legítima defensa, pero no a iniciar la guerra por otras razones diferentes a ésta.
- f) Todos los “Pueblos” tienen que proteger los Derechos Humanos.
- g) Todos los “Pueblos” tienen que cumplir ciertas restricciones en la conducción de la guerra.
- h) Todos los “Pueblos” tienen la obligación de ayudar a otros “Pueblos” que vivan bajo condiciones desfavorables que les impiden alcanzar un régimen político y social justo o decente.

Para que la cooperación sea realmente efectiva y estos principios puedan tener vigencia, será necesario la creación de instituciones que lo posibilitem (las cuales concedan a sus miembros un amplio margen de maniobra, a la vez que les obligan). Para ello, además de concordar con los principios anteriormente descritos, las partes implicadas deberían formular directrices para fundar dichas organizaciones, al tiempo que se acuerdan estándares de equidad tanto para el comercio entre los agentes como también ciertas provisiones que regulen la ayuda mutua. Supongamos, con el antiguo profesor de Harvard, que existen tres instituciones de este tipo: una constituida para asegurar un comercio justo entre los “Pueblos”; otra para permitir a cada “Pueblo” el pedir préstamos de un sistema de cooperación bancario; y la tercera, concebida con un papel similar al que

⁵³ Viene a ser el mismo razonamiento que Rawls había hecho ya en *A Theory of justice* para el interior de un régimen constitucional: “Thus, the criterion of reciprocity applies to the Law of Peoples in the same way it does to the principles of justice for a constitutional regime” (J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 35).

⁵⁴ Cfr., *ibid.*, 37.

tienen las Naciones Unidas, la cual es denominada por Rawls como una “Confederación de Pueblos” (no de Estados)⁵⁵.

Si existiendo tales organizaciones y estando en funcionamiento, se percatan los agentes implicados que se producen efectos distributivos injustificados entre los “Pueblos”, entonces tales procesos deberían ser corregidos y tendría que considerarse la obligación de asistencia mutua entre ellos⁵⁶.

Cuando el mal funcionamiento se produce debido a que ciertas instituciones o estructuras en los denominados “Pueblos decentes” no actúan como debiera ser, entonces la solución pasará por la corrección de tales desajustes o la transformación de dichos organismos⁵⁷. Ahora bien, las sociedades liberales no pueden descartar de antemano que los “Pueblos decentes” sean capaces de emprender una reforma por ellos mismos. Una vez que a éstos se les recibe en la Sociedad de Naciones *bona fide*, se les está animando realmente a que lo hagan. En cualquier caso, si las naciones liberales motivadas por la existencia de fallos en el sistema organizativo de tales Pueblos decentes llegasen a retirar el respeto merecido a

⁵⁵ En cuanto a las dos primeras, piensa Rawls en el GATT y en el Banco Mundial (cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples, o.c.*, 42, nota 51).

⁵⁶ Lo mismo podríamos decir de las *burdened societies* y su proceso de conversión en sociedades decentes o liberales: “The crucial point is that the role of the duty of assistance is to assist burdened societies to become full members of the Society of Peoples and to be able to determine the path of their own future for themselves. It is a principle of *transition*, in much the same way that the principle of real saving over time in domestic society is a principle of transition. [...] real saving is meant to lay the foundation for a just basic structure of society, at which point it may cease. In the society of the Law of Peoples the duty of assistance holds until all societies have achieved just liberal or decent basic institutions. Both the duty of real saving and the duty of assistance are defined by a *target* beyond which they no longer hold. They assure the essentials of *political autonomy*: the political autonomy of free and equal citizens in the domestic case, the political autonomy of free and equal liberal and decent peoples in the Society of Peoples” (ibid., 118).

⁵⁷ Según el parecer de Pogge, Rawls no nos da un criterio que nos permita detectar tales desajustes a nivel internacional: “Limitado a asegurar sólo un mínimo fijo, el deber de asistencia de Rawls no protege a las sociedades pobres de los términos que distorsionan y deterioran la interacción económica internacional, y que son exigidos a través del siempre creciente poder de negociación de los ricos. Rawls parece contemplar el problema cuando escribe que cualquier «injustificado efecto distributivo» de las organizaciones cooperativas necesita ser corregido [...] e incluso sugiere que las partes internacionales, yendo más allá de sus ocho leyes de los pueblos oficiales [...], «acordarían términos justos de comercio para mantener el mercado libre y competitivo» [...]. Pero, ¿cómo podemos saber si los efectos distributivos son «injustificados» o los arreglos comerciales «injustos»? Para responder a esta cuestión, Rawls necesitaría proporcionar un principio que valorase y enjuiciase el orden económico global a la luz de sus efectos distributivos del mismo modo en que su principio de diferencia valora y ajusta el orden económico doméstico. Pero Rawls rechaza específicamente cualquier principio que no contenga «un objetivo y un tope» en el caso internacional [...]. También rechaza cualquier análogo internacional a un proceso democrático, que permita que una mayoría de ciudadanos en una sociedad liberal reestructure su orden económico si éste favorece a los ricos demasiado. El orden económico global de la utopía de Rawls es modelado, por lo tanto, por la libre negociación y así refleja, y tiende continuamente a aumentar, la posición ventajosa de las sociedades más ricas. La imposición de semejante orden económico no se justifica por el hecho de que aquellos que resultan aventajados por él, resguarden a los desaventajados de caer por debajo de algún mínimo” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, pp. 38-39).

éstos (y que ellos esperan recibir), ello sí podría paralizar u obstaculizar tal tipo de cambios.

Más aún, en este proceso debe guardarse una máxima que suele ser muy práctica en todo tipo de situación crítica: la progresividad. No se puede obligar coercitivamente a que, de la noche a la mañana, todos los “Pueblos” se doten de instituciones que desarrollen sus tareas del mismo modo que sucede en las sociedades liberales. Es decir, no se los puede forzar a transformarse de repente en sociedades liberales. Más bien, en opinión de Rawls, será cuestión de ejercer un influjo desde la superioridad de resultados de las instituciones liberales, acompañado de muestras de respeto por los propios “Pueblos” y sus procesos evolutivos. Ello llevará, con el paso del tiempo, a que los mismos vayan asumiendo en su seno las ventajas que contemplan en el funcionamiento de otras sociedades y las vayan incorporando a su estructura básica, sin violencias o menosprecios paternalistas.

5 CONSECUENCIAS DE LA COOPERACIÓN ENTRE SOCIEDADES LIBERALES Y “PUEBLOS DECENTES”

Recordemos que los así denominados “Pueblos decentes” o “sociedades con una jerarquía decente” son respetuosos con las leyes que conservan la paz, cumplen con los Derechos Humanos (al menos, con la mayor parte) y su sistema legal reparte obligaciones y derechos entre todos los habitantes de su territorio. Es decir, su sistema jurídico se basa en una idea común de justicia apropiada que considera lo que cree son los intereses de cada uno en la sociedad. De acuerdo al parecer de Rawls, se puede asumir que los jueces y demás oficiales creen, sincera y razonablemente, que la ley está ciertamente guiada por tal idea común de justicia, considerada como apropiada. Además, los representantes de tal sistema se preocupan por desarrollar los beneficios del comercio y aceptan la idea de mutua ayuda entre los Pueblos, llegados tiempos de necesidad. En definitiva, tales representantes pueden ser tenidos como decentes y racionales, lo que les conducirá a asumir el Derecho Internacional y a respaldarlo como medio adecuado que defina los términos justos de cooperación política entre los diversos Pueblos⁵⁸.

A todo este proceso puede ponérsele una objeción y no pequeña, desde el punto de vista teórico. A algunos autores les parece incoherente o injusto tratar de manera igual o equitativa a los representantes de “Pueblos” que no respetan la equidad o igualdad en sus asuntos domésticos⁵⁹. Argumentan que la fuerza de la

⁵⁸ Cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 69.

⁵⁹ Para Pogge, el seguir tal modo de actuación llevaría a muchos liberales a rechazar la teoría internacional de Rawls puesto que “ignora las libertades básicas de las personas fuera de las sociedades bien ordenadas, trunca las libertades básicas de las personas en las sociedades decentes, y tolera la pobreza y las enormes desigualdades a lo ancho del mundo” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 43). Para Pogge, a la hora de pensar en la posición original internacional, además de los intereses de los Pueblos por preservar su igualdad e independencia, así

“equidad” se apoya en su aplicación al trato entre individuos: se trata de manera equitativa al que es capaz de hacer lo propio. Por ello, conceder un trato de este tipo a sociedades que hacia el interior de sí mismas actúan de manera inequitativa no sería justo. Rawls no está de acuerdo con tal argumentación y expresa su réplica a la misma buscando ejemplos de instituciones que, siendo jerárquicas en su estructura interna son consideradas socios en igualdad de condiciones cuando se tratan asuntos que conciernen al conjunto de la sociedad (ej., las universidades o las iglesias) y que exigen tal trato equitativo⁶⁰.

Por otra parte, nuestro pensador no es partidario de que los subsidios o subvenciones (ayuda económica), como instrumento incentivador para Pueblos decentes a convertirse en sociedades liberales, formen parte de la política exterior habitual de estas últimas (lo que no impediría que personas u organizaciones de la sociedad civil pudiesen recaudar fondos con tal propósito). Para él, aquéllos deben sentirse libres en su decidir cuál es la forma de organización que desean para sí mismos y cuál su futuro. Afirma que la ayuda debería dirigirse hacia aquellos Pueblos que se encuentran abrumados por condiciones ciertamente desfavorables⁶¹.

En todo ello, no se puede olvidar cuál es el fin básico de los fondos económicos que se conceden bien a sociedades decentes bien a Pueblos bajo condiciones desfavorables: la consecución de instituciones bien organizadas, promotoras de libertad y de igualdad. De modo que, una vez alcanzado en cierto grado tal fin, no sería necesario continuar con la ayuda, mismo si los tales Pueblos siguen siendo económicamente pobres (al menos relativamente)⁶².

En definitiva, es lo que el Derecho Internacional pretende: que todos los Pueblos tengan un régimen de gobierno que esté bien organizado. De dónde se parta, los motivos que impulsen el proceso o las fuerzas que actúen tienen una importancia relativa, desde el momento que contribuyan a la instauración de dicho sistema. Para Rawls, aunque al inicio, la persecución de tal objetivo esté provocada por el propio interés o egoísmo de cada Pueblo, siendo éstos no peligrosos, sino pacíficos y cooperativos, con el paso del tiempo tal motivo puede desembocar en una preocupación de unos Pueblos por los otros, estrechándose los lazos de amistad entre ellos. De este modo, lo que comenzó siendo fruto del egoísmo puede terminar por serlo del interés por la cultura y el modo de

como de disponer de los medios económicos necesarios para convertirse en sociedades bien ordenadas, deberían estar representados los intereses de las personas individuales.

⁶⁰ Cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 69.

⁶¹ Cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 85. Los Pueblos que se desarrollan bajo el peso de circunstancias difíciles no son considerados por Rawls como “bien organizados”, no obstante podrían llegar a serlo si superasen esas condiciones que les obstaculizan el progreso y tuviesen la voluntad de dotarse de las instituciones propias de las sociedades liberales. Para nuestro autor, no sería imposible que pudiesen llegar a ser “Pueblos decentes” o incluso “liberales” (ibid., 90).

⁶² Cfr., ibid., 111.

vida de los demás, llegando incluso a ser capaces de realizar ciertos sacrificios mutuos. Todo ello necesita, sin lugar a dudas, el desarrollo de relaciones, interacciones y la cooperación entre los diversos Pueblos durante un significativo período de tiempo⁶³.

Ello no significa que se pueda, en tantas ocasiones, prescindir de seguir canalizando hacia todos estos otros Pueblos la asistencia económica; pero el simple hecho de repartir fondos no es causa directa que vaya a provocar una rectificación en el funcionamiento de las estructuras políticas básicas y alcance a corregir las injusticias. Más bien, se debe insistir en la defensa de los Derechos Humanos, lo que obligará a una transformación de los regímenes opresores y de la conducta de los gobernantes que no han sido respetuosos con sus propias poblaciones⁶⁴.

6. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los Derechos Humanos representan indudablemente uno de los elementos claves que atraviesan el Derecho Internacional actual. Existen una serie de derechos que podríamos denominar urgentes, tales como la libertad de cualquier tipo de esclavitud o servidumbre, la libertad de conciencia y la seguridad o protección de grupos étnicos ante cualquier posibilidad de una masacre o un genocidio. En la condena de la violación de éstos coincidirían, sin lugar a dudas, tanto los representantes de las sociedades liberales como los de los “Pueblos decentes”.

Por causa de los Derechos Humanos, insertados en el corazón del Derecho Internacional, se han visto restringidos (como ya se ha apuntado previamente) los dos típicos poderes que se le concedió al Estado desde la época en la que éste se constituyó como entidad exclusiva, detentadora del monopolio de la violencia al interior de un territorio y sobre una población. Ya no le es lícito declarar la guerra por razones o intereses de Estado, a no ser en caso de legítima defensa o para intervenir en otra nación, en la que estén siendo violados flagrantemente los Derechos Humanos. Además, la autonomía casi absoluta que le concedía la tradicional soberanía, a la hora de tratar con sus propios ciudadanos viene ahora también limitada por el respeto a los Derechos fundamentales de los mismos.

⁶³ “This mutual caring is the outcome of their fruitful cooperative efforts and common experiences over a considerable period of time” (ibid., 113).

⁶⁴ Las crisis económicas, más aún, las crisis alimentarias que han dado lugar a hambrunas devastadoras en varios países a lo largo del siglo XX, no han sido de hecho provocadas por la excesiva escasez de recursos, sino más bien por la deficitaria capacidad de distribución de los mismos. Todo ello, siguiendo a Amartya Sen, conduce a pensar que la causa última no es de tipo económico sino institucional y político (cfr., A. Sen (1981), *Poverty and Famines*, Oxford, Clarendon Press).

En opinión del antiguo profesor de Harvard, dos son actualmente los derechos que de una manera particular deben ser honrados por las sociedades y “Pueblos”: la libertad de conciencia (aunque no sea plena) y los derechos de las mujeres. En lo que toca a éstas, por tradición sometidas y a las que se les ha negado durante largo tiempo y todavía se les niega en muchas latitudes sus derechos esenciales, dado que no disponen de ningún instrumento de representación público que las defienda, nuestro filósofo sostiene que los “Pueblos decentes” deberían habilitar vías adecuadas de participación ciudadana para las mismas, de modo que puedan elevar su voz ante las instituciones públicas y defender tanto sus derechos básicos como el ejercicio de los mismos⁶⁵. Elegir como representantes públicos a miembros de colectivos cuyos derechos han sido constantemente violados conllevaría el frenar tales abusos y posibilitar la transformación de la sociedad en la dirección adecuada.

Así pues, los Derechos Humanos juegan en la legislación internacional, según Rawls, un triple papel:

- a) “Su cumplimiento es una condición necesaria de la decencia de las instituciones políticas de una sociedad y de su sistema jurídico.
- b) Su realización es suficiente para descartar una intervención justificada y enérgica por parte de otros Pueblos, como por ejemplo, sirviéndose de sanciones diplomáticas y económicas, o mediante la fuerza militar en los casos graves.
- c) Ellos establecen un límite al pluralismo entre los Pueblos”⁶⁶.

La insistencia en la dimensión de los Derechos Humanos serviría, a mayores, a otro fin. Dado que la religión o la cultura tradicional juegan en muchos de estos “Pueblos” un papel determinante, cuyas consecuencias indirectas afectan indudablemente a la configuración social y política (en grados diversos según cada caso), se podría ir progresando en el camino de transformación de las instituciones sin necesidad de minar ni las bases religiosas ni las costumbres culturales: una religión auténtica y una cultura sana no dejarían de prestar su apoyo a la defensa y promoción de los Derechos Humanos, comenzando por los derechos de los colectivos más oprimidos.

⁶⁵ Incluso en las denominadas *burdened societies*, aunque no haya una receta mágica a aplicar, sería deseable que la ayuda económica fuese acompañada de las indicaciones necesarias conducentes a cambiar la situación de las mujeres, lo que contribuiría al cambio general de la sociedad. Como dice Rawls, “there is no easy recipe for helping a burdened society to change its political culture. Throwing funds at it is usually undesirable, and the use of force is ruled out by the Law of Peoples. But certain kinds of advice may be helpful, and burdened societies would do well to pay particular attention to the fundamental interests of women” (J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 110).

⁶⁶ Traducción propia de: “a) Their fulfillment is a necessary condition of the decency of a society’s political institutions and of its legal order; b) Their fulfillment is sufficient to exclude justified and forceful intervention by other peoples, for example, by diplomatic and economic sanctions, or in grave cases by military force; c) They set a limit to the pluralism among peoples” (ibid., 80).

7. DESIGUALDADES, FAIRNESS Y EL SENTIMIENTO DE INFERIORIDAD

La cuestión acerca de la igualdad, las desigualdades y los grados aceptables de las mismas son y han sido a lo largo de la historia de la filosofía política y de la del derecho, objeto de continuo debate. Podríamos, con nuestro autor, reducir las opiniones a dos básicas: una, que sostiene que la igualdad es justa o es un bien en sí misma; la otra, patrocinada por *The Law of Peoples* que defiende que las desigualdades no son siempre injustas, y que, cuando realmente lo son, es por sus efectos injustos sobre la estructura básica de la Sociedad de los Pueblos, además de sobre las relaciones que entre éstos se establecen, así como entre los miembros que forman parte de ellos⁶⁷.

Más aún, para el antiguo profesor de Harvard, llegado el momento en el que tanto los “Pueblos decentes” como las *burdened societies* (y podríamos añadir los “absolutismos benévolos”), gracias a los resultados obtenidos por la ayuda y asistencia mutua, hayan alcanzado un gobierno decente o liberal que funcione, no existe un motivo constringente que obligue a reducir el espacio existente entre los niveles de riqueza promedios de los diferentes Pueblos⁶⁸.

Podríamos decir, entonces, que todos los Pueblos miembros de la Sociedad de Naciones habrían alcanzado los niveles de gobernabilidad suficientes para poder valerse por sí mismos y para poder decidir autónomamente sobre su futuro. Ello debería desterrar de los individuos que los componen, así como de sus dirigentes, el sentimiento de inferioridad que podría nacer del hecho de no lograr los indicadores de riqueza de otras naciones. Mediante el buen funcionamiento de sus instituciones domésticas, el vigor del Derecho internacional y las posibilidades que ofrece la cooperación entre los mismos, no sería difícil hacer progresar todas las dimensiones que configuran tales sociedades⁶⁹.

De este modo, la *fairness*, desplegada como se explica en *A Theory of Justice*⁷⁰, vendría a jugar en la Sociedad de Naciones un papel análogo al que desempeña en las relaciones domésticas entre los miembros representativos de una sociedad. En

⁶⁷ “There are two views about this. One holds that equality is just, or a good in itself. The Law of Peoples, on the other hand, holds that inequalities are not always unjust, and that when they are, it is because of their unjust effects on the basic structure of the Society of Peoples, and on relations among peoples and among their members” (J. RAWLS (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 113).

⁶⁸ Cfr., *ibid.*, 114.

⁶⁹ Un sentimiento de inferioridad presente en el seno de una sociedad que esté bien organizada no estaría justificado: “The same would be true of the basic structure of the Society of Peoples should citizens in one country feel inferior to the citizens of another because of its greater riches, *provided* that those feelings are justified. Yet when the duty of assistance is fulfilled, and each people has its own liberal or decent government, these feelings are unjustified. For then each people adjusts the significance and importance of the wealth of its own society for itself. If it is not satisfied, it can continue to increase savings, or, if that is not feasible, borrow from other members of the Society of Peoples” (*ibid.*, 114).

⁷⁰ Véase, especialmente, el primer capítulo *Justices as fairness de esta obra en*: J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 3-46.

el conjunto de la Sociedad mundial existen países con más capacidades y otros con menos, que estarán dispuestos a asumir, proporcionalmente, cargas y beneficios de acuerdo a sus posibilidades⁷¹. Desde esas premisas, se podrán diseñar instituciones al interior de tal organización que definan las normas por las que se rija tanto el comercio como la ayuda mutua, de manera que las desigualdades no signifiquen una distribución injustificada de lo anterior, lo cual obligaría a llevar a cabo la debida corrección en la estructura básica de tales instituciones⁷².

8. ¿POR QUÉ NO PODEMOS GUIARNOS EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES POR EL PRINCIPIO DE UTILIDAD?

Como epílogo de este capítulo, queremos abordar el principio básico del utilitarismo para mostrar su inadecuación para ser aplicado a las relaciones entre las naciones. Para ello, volvemos por unos instantes a la argumentación hecha por Rawls para las sociedades domésticas, en relación al principio de utilidad.

En la posición original, en la que los individuos se saben racionales e iguales, sin conocer los dones naturales que les serán concedidos, ni tampoco la posición social que ocuparán, ¿elegirán como una de las premisas fundantes el llamado “principio de utilidad”? La postura de Rawls es netamente contraria a ello. Al menos, él va a proponer toda una serie de objeciones que harían muy difícil que alguien, dotado de razón y con el objetivo de establecer las condiciones básicas en la sociedad que le permitan alcanzar las metas que se proponga, en igualdad de condiciones al resto de los ciudadanos, lo eligiese⁷³.

El argumento principal que él utiliza es el siguiente: resulta difícil creer que alguien estaría de acuerdo en un principio según el cual algunos tendrían que reducir sus perspectivas en la vida simplemente para que el resto de la sociedad pudiese disfrutar de un mayor bienestar. Por lo tanto, nadie en sus cabales acep-

⁷¹ En opinión de Pogge, existen dos maneras de concebir el orden internacional: una primera estructuración del mismo que refleja exclusivamente el poder de negociación de los Estados, la cual obstaculiza a las naciones más pobres el alcanzar los índices de riqueza que son fácilmente obtenibles por las naciones más ricas; una segunda estructuración, según la cual “sin reparar en la distribución de poder, mantenga unos mercados abiertos y justos que hagan realmente más fácil para las sociedades pobres que para las ricas el alcanzar índices elevados de crecimiento económico” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 36).

⁷² Cfr., J. Rawls (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 115.

⁷³ En la base de todo ello se sitúan dos tradiciones de pensamiento diversas sobre el modo de entender los fundamentos del orden social: por un lado, el utilitarismo, predominante en la filosofía anglosajona; por el otro, la teoría del contrato social. La confrontación entre ambas podríamos definirla brevemente del siguiente modo: “frente a la legitimación por el resultado, una legitimación por el procedimiento; de otro modo, frente al modelo teleológico de la maximización del bienestar agregado, el modelo deontológico del consenso entre ciudadanos libres e iguales. Si en el primer caso la legitimidad del Estado se piensa como función de su capacidad para promover el bienestar en la sociedad, concebida como objeto de administración benéfica, en el segundo se la quiere hacer descansar en la forma como están estructuradas las relaciones entre los ciudadanos como co-sujetos del orden político” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XXII).

taría de entrada que le redujesen sus beneficios o los de sus descendientes, aunque ello repercutiese en un aumento de las ganancias netas disfrutadas por otros, o lo que es lo mismo, nadie querría que para subir el nivel de ventajas neto de la sociedad, le tocase a él rebajar el suyo propio. Todos quieren, como premisa inicial, proteger sus intereses y su capacidad de desarrollar la idea que tienen de bien y bienestar y no sólo para otros. Rawls no toma en consideración, en este momento, esos impulsos de generosidad y sacrificio que muchos ciudadanos manifiestan, pero que no son los que en una situación como la que nos ocupa, sería responsable ni razonable considerar⁷⁴.

Concluyendo, un principio como el de “utilidad” que pide el sacrificio de los derechos propios a favor de la maximización algebraica de los bienes de otros, no parece compatible con una concepción de sociedad concebida como cooperación social entre partes iguales, que buscan establecer las condiciones más justas, con la finalidad de hacer progresar sus propios objetivos⁷⁵.

Esta argumentación del profesor de Harvard podría extrapolarse tal cual al conjunto de relaciones entre los diversos países. A la hora de fijar las normas de funcionamiento del comercio mundial, la regulación del entramado financiero, las bases del intercambio económico, las reglas de la asunción de cargas u obligaciones en la ayuda, de derechos y privilegios en la participación o el acceso a los diversos organismos, ningún Estado estaría dispuesto a renunciar a una cuota mayor de beneficio o a una participación menor en los perjuicios, en pro de un aumento de las ganancias netas del conjunto de la Sociedad de Naciones, como es lógico. Así pues, el tradicional principio anglosajón del utilitarismo no debe erigirse como una de las bases del Derecho de Gentes del siglo XXI.

⁷⁴ Nuestro autor, más bien, da por supuesto que los motivos de las partes contratantes, no siendo de orden moral, se reducen a una “racionalidad autointeresada” o “mutuamente desinteresada”: “por lo que se refiere a la orientación motivacional, se presupone que quienes toman parte en la posición original no obedecen, al adoptar un acuerdo sobre principios de justicia, a ningún tipo de motivación moral, sino que se orientan por máximas prudenciales —expresado en los términos de Rawls—, las partes evalúan principios alternativos de justicia social en términos de racionalidad autointeresada o mutuamente desinteresada (*self-interested, mutually disinterested rationality*)” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XVI).

⁷⁵ Un principio tal, para ser mantenido en el tiempo, necesitaría de otros impulsos o fuerzas extra, pues no se sostiene de por sí entre ciudadanos que se tengan por libres e iguales: “Offhand it hardly seems likely that persons who view themselves as equals, entitled to press their claims upon one another, would agree to a principle which may require lesser life prospects for some simply for the sake off a greater sum of advantages enjoyed by others. Since each desires to protect his interests, his capacity to advance his conception of the good, no one has a reason to acquiesce in an enduring loss for himself in order to bring about a greater net balance of satisfaction. In the absence of strong and lasting benevolent impulses, a rational man would not accept a basic structure merely because it maximized the algebraic sum of advantages irrespective of its permanent effects on his own basic rights and interests. Thus it seems that the principle of utility is incompatible with the conception of social cooperation among equals for mutual advantage. It appears to be inconsistent with the idea of reciprocity implicit in the notion of a well-ordered society. Or, at any rate, so I shall argue” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 13).

CAPÍTULO III

UN NUEVO CONCEPTO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES VISTAS COMO UN SISTEMA DE COOPERACIÓN

INTRODUCCIÓN

Al iniciar este último capítulo de nuestro trabajo, hagamos recapitulación de lo visto hasta el momento. Dos razones nos empujan a ello. La primera viene dada por el carácter profundamente filosófico-jurídico tanto del capítulo primero como del segundo, cuyos conceptos expuestos nos obligan ahora a un esfuerzo de síntesis de manera que los podamos formular de manera “clara y distinta”. La segunda brota de la naturaleza de todo el conjunto que va a cristalizar en este último apartado, en el cual usaremos las nociones presentadas en los anteriores para combinarlas con otras nuevas y llevar a cabo así el proceso de reflexión que nos hemos trazado: reformular el marco de las Relaciones Internacionales desde la categoría de la Cooperación, en la que el Desarrollo no es visto como un ingrediente de la “asistencia” (antaño caridad), sino como el objetivo primero de las instituciones estructuradas a nivel mundial, con la ayuda de las categorías filosóficas de Rawls.

En el apartado primero hemos desarrollado las ideas clave de la teoría de la justicia que Rawls señala para aplicar a las instituciones a nivel nacional. Pasamos a resumirlas en los siguientes párrafos, de manera que las tengamos frescas en nuestra mente para comprobar si podemos utilizar algunas de ellas en el plano internacional⁷⁶. Ofrecemos, pues, a continuación la formulación final de los principios de justicia para las instituciones y de las reglas prioritarias que los acompañan:

a) Primer principio o de las libertades:

Cada persona debe gozar del mismo derecho que otros al conjunto más extenso posible de libertades básicas, que sea compatible con uno semejante para los demás.

b) Segundo principio o de la diferencia:

Las desigualdades sociales y económicas tienen que ser organizadas de modo que ambas:

⁷⁶ Recordemos que hemos extraído solamente las nociones de carácter filosófico dejando todos aquellos elementos de tipo jurídico o económico que podrían pertenecer más al ámbito de las estrategias o actuaciones que al puramente conceptual.

- Estén puestas al servicio del mayor beneficio de los más desafortunados, respetando ciertas reglas, y
- Vayan ligadas a empleos y cargos públicos abiertos a todos, manteniendo una justa igualdad de oportunidades.

c) Reglas prioritarias:

- Primera:

Los principios de justicia deben aplicarse según un orden “léxico”, por lo cual las libertades básicas sólo pueden ser restringidas por causa de sí mismas. Dos casos podemos tener:

- una libertad recortada tiene que fortalecer el sistema total de libertades compartidas por todos;
- una libertad más pequeña que la equitativa tiene que ser aceptable para aquellos, poseedores de la menor libertad.

- Segunda (prioridad de la justicia sobre la eficacia y la prosperidad):

El segundo principio de justicia tiene prioridad “lexicográfica” sobre el de eficiencia y sobre aquél que maximiza la suma de ventajas; y la exigencia de iguales oportunidades es prioritaria en el principio de la diferencia, a no ser que, una desigualdad de oportunidades pueda aumentar las de aquellos con menos capacidad para aprovecharlas⁷⁷.

No podemos pasar por alto una objeción de peso que se ha puesto a esta formulación teórica y que tiene que ver con el problema que se plantea a la hora de encontrar una salida al probable conflicto en el momento de aplicar los dos principios⁷⁸. Rawls concede al primero una primacía absoluta, pero lo que en la teoría puede afirmarse rotundamente, lo pone en duda la práctica, ya que la realidad es complicada y exige, tantas veces, soluciones complejas. Por lo demás,

⁷⁷ Reiteramos una idea varias veces repetida por nuestro autor, de que la suya no es la teoría de la justicia perfecta, sino aquella que elegiríamos entre otras, pues es la que mejor responde a las circunstancias y dificultades que caracterizan a la sociedad actual, no siendo ella misma capaz de encontrar una salida a todas las situaciones posibles. Como él dice, con su propuesta, si no evitamos que llegue el día del Juicio Final, al menos, lo pospondremos de manera que hagamos que su retraso sea perpetuo: “By way of comment, these principles and priority rules are no doubt incomplete. Other modifications will surely have to be made, but I shall not further complicate the statement of the principles. It suffices to observe that when we come to nonideal theory, the lexical ordering of the two principles, and the valuations that this ordering implies, suggest priority rules which seem to be reasonable enough in many cases... In the more extreme and tangled instances of nonideal theory this priority of rules will no doubt fail; and indeed, we may be able to find no satisfactory answer at all. But we must try to postpone the day of reckoning as long as possible, and try to arrange society so that it never comes” (J. Rawls (1999), *A Theory of Justice*, o.c., 267).

⁷⁸ “[...] es obvio que las exigencias de igual libertad, maximización de las expectativas de los menos favorecidos y oportunidad equitativa apuntan en diferentes direcciones y, como la experiencia histórica indica, pueden, llegado el caso, entrar en contradicción” (J. Rawls (1986), *Justicia como equidad. Materiales...*, o.c., XLVI).

caben ciertas dudas sobre la certeza del beneficio para todos y, especialmente, para los menos favorecidos, al permitir determinadas desigualdades. Nuestro autor sale al encuentro de estas cuestiones, ofreciendo las reglas de prioridad arriba señaladas, lo cual, si bien no ofrece una solución definitiva, otorga al menos un criterio más a tener en cuenta⁷⁹. Estas últimas objeciones, de todas formas, no niegan el valor de la teoría, pues su resolución entra, en nuestra opinión, más en el terreno de la aplicación práctica (en donde habría que analizar caso por caso) que en el de la argumentación teórica, en donde, a priori, pueden ser sostenidas.

Pasemos ahora a formular resumidamente los conceptos básicos presentados por Rawls en su *The Law of Peoples*, tal y como han sido expuestos en el capítulo segundo. Nuestro autor parte de la diferenciación entre el concepto de “Pueblo” y “Estado” o “Nación”. Puesto que a estos últimos el marco jurídico internacional les concedió, tradicionalmente, el derecho a declarar la guerra por motivos puramente estatales, al tiempo que les otorgaba un exclusivo monopolio de la violencia sobre la población de su territorio, se convierten para Rawls en inadecuados como base sobre la que construir un nuevo Derecho Internacional. Se queda por lo tanto con el concepto de “Pueblo” que estaría caracterizado por un gobierno democrático y constitucional, razonablemente justo, que sirve a los intereses de sus ciudadanos, unidos éstos por “simpatías comunes” y detentadores de una naturaleza de tipo moral.

En definitiva, la diferencia más significativa se fundamenta en la relación que se establece entre racionalidad, poder y los intereses básicos del Estado, permitiendo éste la participación de los ciudadanos en mayor o menor medida. Conforme a esto, el filósofo norteamericano establece, básicamente, dos tipos de categorías: los “Pueblos” bien organizados y los demás. Entre los primeros se encontrarían los liberales y los que él llama “decentes”; entre los segundos, los Estados proscritos, las sociedades desbordadas o sobrecargadas por circunstancias adversas y los “absolutismos benévolos”.

El objetivo último de un “Derecho de Gentes” es que todos los miembros de la Sociedad de Pueblos lo acepten y se rijan por él. Tal conjunto de normas encierra en sus entrañas algunos principios que dan firmeza y consistencia a todo el sistema: un pluralismo razonable que conlleva la instauración de la virtud de la tolerancia y el mutuo respeto, al tiempo que exige la defensa de la libertad de conciencia y religiosa, la promoción de las libertades políticas y constitucionales, así como el empeño por hacer realidad una justicia equitativa para las mujeres.

De un tiempo a esta parte, la concepción del contexto jurídico que debe regir entre los mismos Estados ha empezado a transformarse. Actualmente, sólo es legítimo a los gobernantes de un país declarar una guerra por causas de legítima

⁷⁹ Cfr., *ibid.*, XLII-XLIII y XLVI-XLVII.

defensa y, además, su soberanía nunca puede situarse por encima o al margen de los Derechos Humanos. Un elemento esencial de la proposición de Rawls, en lo que concierne a su “Derecho de Gentes”, es la finalidad que el tal debe perseguir y, al mismo tiempo, posibilitar: un sistema de Cooperación basado en el respeto mutuo entre los “Pueblos” considerados como iguales, en el cual las desigualdades podrán ser permitidas en la medida en la que benefician al buen funcionamiento de todo el conjunto.

Para alcanzar tales fines es necesario proceder con un apropiado método de trabajo. La razón pública es la que debe guiar las negociaciones entre las partes; una razón pública que se caracteriza por ser el mínimo común denominador (digámoslo así) en el que podrían coincidir la inmensa mayoría de los Pueblos que pueblan el Globo, a pesar de seguir manteniendo sus propias visiones o cosmovisiones, religiosas o no, más o menos contrapuestas. Sólo llevando a los miembros de la Sociedad internacional a un consenso lo más cercano posible a la unanimidad, apoyado en razones de carácter político o social, que encaje sin estridencias con sus filosofías existenciales será posible establecer esa legislación común y compartida, con visos de estabilidad y eficacia. Este consenso mayoritario garantizará unas relaciones concebidas desde la reciprocidad, la cual es trascendental para el éxito de todo sistema de Cooperación.

Una vez fijadas las normas por las cuales todos o la inmensa mayoría aceptase regirse y creadas las instituciones que garantizasen la vigencia de tal legislación, faltaría formular los mecanismos de corrección que pudiesen actuar cuando se produjesen desviaciones, transgresiones, abusos o simplemente un mal funcionamiento de las estructuras previamente mencionadas. No se puede pasar por alto ese escalón en la construcción de tal sistema, ya que el mismo tiene que estar siendo permanentemente corregido.

Dado que no todos los Pueblos parten de la misma organización interna, el propio funcionamiento del sistema, unido al, llamémoslo, “testimonio o ejemplo” que las sociedades que no pertenecen al grupo de los bien organizados observan en éstos, podría llevarlas a ir transformándose progresivamente hasta alcanzar los estándares propios de Pueblos liberales o al menos “decentes” y ello sin que éstos tengan que recurrir a la fuerza o a la coacción. Es, en definitiva, lo que se pretende, que todos los Pueblos sean gobernados mediante instituciones bien organizadas, que sean fiables, transparentes y eficaces.

1. LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Cuando mencionamos este concepto, son múltiples las perspectivas desde las cuales puede ser abordado, tantas como elementos lo constituyen: económica (productividad, ahorro, inversión, etc.), política (democracia, instituciones fuertes y fiables, derechos del ciudadano, etc.), social (Derechos Humanos, aso-

ciacionismo, iniciativa privada, etc.), cultural (educación, tradiciones, creencias religiosas, etc.). Cada una de ellas podría ser desgranada en componentes más pequeños dando lugar a nuevas perspectivas, todas legítimas a la hora de enfrentarnos con el asunto de la Cooperación al Desarrollo.

Entre ellas, hemos seleccionado como objeto clave de nuestro estudio una que nos parece, en la actualidad, de las más relevantes y prácticas: la fortaleza institucional. De nuevo, podemos afirmar que tal tema puede abordarse desde múltiples perspectivas (económica, política, social, cultural...), no obstante sin preterir ninguna de las mismas, vamos a enfocarlo desde el análisis llevado a cabo en los dos capítulos iniciales de este trabajo. Somos conscientes del reto que ello supone, ya que el mismo Rawls dejó constancia de la imposibilidad de aplicar tal cual su teoría de la justicia, pensada para una realidad nacional, al sistema internacional. La razón es clara: no se estructuran del mismo modo las instituciones de un Estado que las del conjunto de las Naciones⁸⁰. No obstante, creemos que varios de los elementos más relevantes de su pensamiento pueden ser extrapolados del plano interno al exterior y aplicados al contexto de las relaciones internacionales, particularmente, en lo que a la Cooperación Internacional al Desarrollo se refiere.

Partamos, pues, de la siguiente clasificación estructural: existen instituciones a nivel nacional y a nivel internacional. Sin duda son ámbitos diferenciados, pero en ninguna manera aislados. Más aún, en nuestra opinión, aunque no pueda hablarse de instituciones internacionales que reproduzcan de manera similar las instituciones estatales (al menos por el momento), sí puede utilizarse el concepto “institución” de modo, digamos, análogo. Es decir, aunque no sea totalmente extrapolable el modelo organizativo de un Estado al sistema internacional, sí podemos tomar ciertas características básicas de las instituciones de un país para crear o mejorar las que regulan el conjunto de las relaciones entre los mismos conforme a tales elementos.

Todo ello con un fin: hacer avanzar el sistema internacional en la dirección de un sistema de Cooperación al Desarrollo. Si lo pensamos bien, ¿qué otra cosa es un Estado, sino un tipo de organización que pretende el desarrollo individual y colectivo de todos sus miembros? No somos tan ingenuos como para olvidar todos los intereses que las naciones han ido acumulando y conforme a los cuales han ido actuando a lo largo de la Historia. No obstante, creemos que tal descripción de la estructura estatal responde a la finalidad primera y última de los mismos y puede ser trasladada al conjunto de la comunidad internacional. Además, no podemos olvidar, cuando pensamos en la gobernanza mundial, la

⁸⁰ Como consecuencia, las relaciones a nivel “intra-nacional” entran dentro de una teoría de justicia, mientras que a nivel “inter-nacional”, caen bajo el ámbito de la ética. Un interesante artículo sobre la ruptura de tal separación, basada en el concepto de “justicia global”, puede verse en T. Pogge (2008), “¿Qué es la justicia global?”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 10 / n.º 19, pp. 99-114.

íntima relación que existe entre ésta y las “decentes” o “indecentes” gobernanzas a escala nacional.

Dejemos aquí, por el momento, esta cuestión y recordemos brevemente el recorrido seguido por las teorías del Desarrollo desde los años cincuenta del siglo XX hasta la actualidad. Las teorizaciones primeras pusieron el acento o casi la totalidad del interés en el marco económico, pensando que bastaba elevar el PIB de los países (por aquel entonces llamados) subdesarrollados, reproduciendo el proceso llevado a cabo por las denominadas (en la época) naciones civilizadas, para que aquéllos comenzasen a salir de su retraso histórico. Con tal enfoque, el sistema no funcionó y mucha de la ayuda que se ofreció, aun reconociendo que alcanzó ciertos resultados, éstos se quedaron lejos de los vaticinados, produciéndose incluso el fenómeno de agrandar la brecha entre los países ricos y los pobres y, dentro de éstos, la diferencia de poder adquisitivo entre los más pudientes y los menos favorecidos. Quizá bastase a estos pensadores, para darse cuenta del error de sus previsiones, una mirada a lo que sucedía en esas naciones ricas cuando las medidas económicas implantadas no fueron acompañadas de medidas sociales emitidas y ejecutadas por instituciones solventes⁸¹.

Aquella terapia mimética, que tales autores formularon como remedio a los males de los países en vías de desarrollo, no fue precedida de un estudio calmado que pudiese permitir establecer un diagnóstico individualizado para cada uno de ellos. Y ya sabemos que no existen enfermedades, sino enfermos y que lo que parece ser el mismo mal, puede tener orígenes, desarrollo y consecuencias muy dispares en dos individuos diferentes. No haber considerado la historia, las costumbres, el clima, la religión, los niveles en el sistema educativo, la cultura del trabajo y otra serie de rasgos propios de la idiosincrasia de cada nación no podía sino conducir al fracaso o, como mucho, a un éxito pírrico de tales políticas de Cooperación al Desarrollo.

Con el paso del tiempo, se vio que el proceso no podía reducirse a un mero aumento de las actividades productivas y a una simple ampliación de los niveles de eficiencia y bienestar material. Se comprendió a la perfección que la dimensión económica, aun no pudiendo ser olvidada, no era ni la única ni la más esencial. Gracias a los estudios de otros autores, entre los que destaca Amartya Sen, se fueron revisando aquellas concepciones que tuvieron su momento álgido a lo largo

⁸¹ Karl Marx en su obra *Das Kapital* nos ofrece un buen ejemplo de ello. En pleno apogeo del Imperio Británico, la nación más rica de la tierra (monetariamente hablando, por supuesto) encerraba en sus entrañas un sistema social de trabajo, cuyos operarios vivían sumidos en condiciones no sólo rayando la esclavitud, sino que también, debido a los daños colaterales producidos por una revolución industrial sin apenas limitaciones, sufrieron todas las consecuencias negativas de la contaminación, el trabajo excesivo, la falta de condiciones de higiene, el hacinamiento, etc. Léanse, por ejemplo, los informes de salud pública oficiales, que el pensador alemán cita y comenta en, K. Marx (1986), *Das Kapital* [traducción de W. Rocés], México, Fondo de Cultura Económica, 558-559 y 767-769.

de las décadas de los sesenta, setenta y ochenta del siglo pasado, para llegar en los noventa a un nuevo concepto: el *desarrollo humano*⁸². Ahora, el foco de atención recae sobre las capacidades y opciones de las personas. Éstas están íntimamente relacionadas con la promoción de los Derechos Humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y con la posibilidad real de su ejercicio. Además de la dimensión económica, abarca la institucional-participativa, la socio-equitativa, la cultural-educativa y, desde hace unos años de manera eminente, la medioambiental y la de igualdad de derechos y oportunidades entre los dos sexos.

Amartya Sen desplaza el núcleo de interés de la cuestión economicista a lo que llama el conjunto de “funciones” y “capacidades”⁸³. Cada “función” representa lo que cada individuo quiere hacer o llegar a ser, porque supone para él un valor. Pueden ser de naturaleza muy variable, incluyéndose aquí desde la posibilidad de comer tres veces al día hasta el deseo de mejorar su imagen social. Con el concepto de “capacidad”, Sen se refiere al conjunto de funciones a las que un individuo puede acceder. En el fondo, se trata de posibilitar e impulsar la libertad de las personas para que puedan desarrollarse y alcanzar lo que consideran es un valor en sus vidas. Ahora, la cuestión gira en torno al *cómo* conseguir crear las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales que permitan el éxito de tales proyectos existenciales.

Dado que el ser humano es un fenómeno complejo, no podría serlo menos el conjunto de relaciones que construye cuando se decide a vivir en sociedad. Por lo mismo, el obtener unas circunstancias adecuadas que propicien el progreso de los planes vitales de los ciudadanos dentro de un marco organizativo concreto no puede significar el hallazgo de una receta exclusiva conducente a tal fin. No obstante, no hay aparato complejo que no pueda dividirse en partes simples y, aunque no siempre que mejora un elemento se puede decir que mejore el conjunto, creo que si logramos aislar ciertos componentes esenciales del todo social y encontrar los principios conforme a los cuales revisarlos y transformarlos para que mejoren, estaremos obteniendo un progreso, y no pequeño, de todo el sistema. En mi opinión, ésta es una de las finalidades de la Cooperación al Desarrollo y su vinculación con la fortaleza institucional. Veamos si al logro de este objetivo pueden ayudarnos los elementos que hemos extraído del pensamiento de John Rawls⁸⁴.

⁸² Ya las corrientes de enfoque sobre las *necesidades básicas* habían propiciado un cambio de mentalidad en toda esta reflexión que acaba siendo recogido de manera, podemos decir que oficial, por el PNUD con el concepto de desarrollo humano.

⁸³ Al respecto puede verse, A. Sen (1997), *On Economic Inequality*, Oxford, Clarendon Press, 199-209. Más información en: Id. (1985), *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, North-Holland.

⁸⁴ A las objeciones que el mismo Rawls plantea acerca de la aplicación de su teoría doméstica a la realidad internacional, responde Pogge afirmando lo siguiente: “Supongamos que la mayoría de la población del mundo quisiera diseñar el orden global institucional de acuerdo con el criterio de justicia social que Rawls propone para el caso doméstico, buscando el orden global que más se aproxima a la

Podemos, pues, reformular la cuestión que nos concierne principalmente, del siguiente modo: ¿Pueden ayudarnos los principios de la diferencia, de la eficacia y la publicidad, así como el concepto de “Derecho de Gentes” de Rawls a conseguir, en el plano internacional, un crecimiento económico socialmente equilibrado, sociedades intra y extrageneracionalmente equitativas, que permitan el desarrollo de los Derechos Humanos, de la democracia y la participación social, en respeto a las tradiciones culturales de cada pueblo y atendiendo a la sostenibilidad del medio ambiente? Si la respuesta es afirmativa y logramos desplegar una teoría bien argumentada, ésta podrá servir de base o marco para el diseño de los aspectos funcionales y operativos que hagan realidad tal filosofía. Esta segunda etapa del proceso ya excede con mucho los límites de este trabajo, por lo que ya adelantamos que no entraremos en ella.

2. EL DISCURSO INTERNACIONAL OFICIAL EN LA ACTUALIDAD

Antes de realizar la reflexión mencionada, demos una ojeada a cuáles son en la actualidad los acentos que están siendo puestos de relieve en el ámbito del que tratamos. Para ello, vamos a adentrarnos por unos instantes en el pensamiento que encierran los documentos emitidos por las autoridades de mayor rango a nivel internacional y los grupos de reflexión cercanos a ellas, para descubrir o intuir cuál es la línea que han diseñado para la Cooperación Internacional al Desarrollo en los años venideros y cuáles algunos de los puntos más destacados.

A continuación, emprendemos una lectura pausada y reflexiva de algunos de los documentos que precedieron a la elaboración de la Agenda Post 2015 y que se sitúan en los orígenes de la misma. Trataremos de identificar conceptos básicos relacionados con la fortaleza institucional (gobernanza, transparencia, corrupción, rendición de cuentas, publicidad de la información), así como el contexto en el que son colocados, para intentar comprender el alcance de su significado. Tal estudio, al tiempo que nos indica por dónde circula actualmente el pensamiento político oficial, nos permitirá constatar su armonía o disonancia con el pensamiento filosófico-académico, para descubrir si existen o no puntos de confluencia, que sabiamente combinados nos ofrezcan la posibilidad de intentar una nueva visión del conjunto de las Relaciones Internacionales y de la Cooperación al Desarrollo.

realización de este criterio. ¿Por qué sería erróneo que lo hicieran? Puede ser erróneo, sugiere Rawls, porque impondría un orden global diseñado de acuerdo con un criterio liberal de justicia social sobre pueblos decentes que pueden rechazar el individualismo normativo de este criterio, así como su énfasis en las libertades básicas. La propia teoría internacional de Rawls es superior en este sentido porque, al rechazar el individualismo normativo, acomoda a los pueblos decentes que tienen que ser tolerados por los liberales y bienvenidos como «miembros iguales y de buena fe de la Sociedad de los Pueblos» (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 43).

Como no podía ser de otra manera, comenzamos por el análisis de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). De entre sus más que trascendentales artículos vamos a destacar los cuatro siguientes⁸⁵:

“Artículo 7. *Todos [los ciudadanos] son iguales ante la ley* y tienen, sin distinción, *derecho a igual protección de la ley*. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

“Artículo 8. *Toda persona tiene derecho a recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes*, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

“Artículo 29.

1. *Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad*, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, *toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley*, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás...”⁸⁶.

Vayamos ahora a otro de los hitos históricos en el ámbito de la Cooperación Internacional y del Desarrollo: la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) (2000). En el texto de la Declaración destacamos los puntos siguientes⁸⁷:

En el marco de los valores y principios:

“6. Consideramos que determinados valores fundamentales son esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI:

La libertad. *Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia*. La mejor forma de garantizar esos derechos es contar con *gobiernos democráticos y participativos* basados en la voluntad popular”.

En el contexto de desarrollo y erradicación de la pobreza:

“13. El logro de esos objetivos depende, entre otras cosas, de la *buena gestión de los asuntos públicos* en cada país. Depende también de la buena gestión de los asuntos públicos en el plano internacional y de la *transparencia de los siste-*

⁸⁵ Permítansenos dos advertencias: a) todas las palabras en cursiva, son destacadas de este modo por decisión del autor de este trabajo, no apareciendo así en los originales; b) vamos a ser todo lo prolijos que podamos en la exposición de datos, ya que nos interesa mostrar la frecuencia de aparición de términos como “gobernanza”, “transparencia”, “corrupción” y los que guardan alguna relación con la fortaleza institucional y su vinculación con la Cooperación al Desarrollo.

⁸⁶ Naciones Unidas, “Declaración Universal de Derecho Humanos”, arts. 7, 8, y 29 [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>).

⁸⁷ Puntos extraídos de Asamblea General de Naciones Unidas, “Declaración del Milenio” [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>).

mas financieros, monetarios y comerciales. Propugnamos un sistema comercial y financiero multilateral abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio”.

En el terreno de los derechos humanos, democracia y buen gobierno:

“24. No escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el *imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho al desarrollo*”.

“25. Decidimos, por tanto:

Garantizar la libertad de los medios de difusión para cumplir su indispensable función y el *derecho del público a la información*”.

En el ámbito concreto referido a la atención a las necesidades especiales de África:

“28. Decidimos, por tanto:

Apoyar plenamente las estructuras políticas e institucionales de las nuevas democracias de África”.

En el año 2000, fueron establecidos ocho ODM con dieciocho metas, a alcanzar entre esta fecha y el 2015. Con respecto a los elementos que nos interesan, después de rastrearlos en el texto correspondiente, hemos encontrado su presencia tan sólo en una de las metas, la número 12. El marco es el objetivo 8, que pide: “Fomentar una alianza mundial para el desarrollo”. En él se inserta la mencionada meta, que ha sido redactada del siguiente modo:

“Desarrollar aún más un *sistema comercial y financiero abierto*, basado en normas, previsible y no discriminatorio. Incluye el compromiso de lograr una *buena gestión de los asuntos públicos*, el desarrollo y la reducción de la pobreza, en los planos nacional e internacional”⁸⁸.

Nos ocupamos a continuación del informe *Open Working Group Proposal for Sustainable Development Goals* que fue publicado en septiembre de 2014. En la introducción que este documento presenta, se hace ya mención (punto 7) al derecho que los pueblos tienen a *ser gobernados en un estado de derecho y a disfrutar de una buena gobernanza*⁸⁹. De nuevo, en el número 12 de la introducción, se hace referencia a la buena gobernanza y a la necesidad de que rija el estado de derecho, condiciones para que se produzca un *crecimiento económico sostenido*,

⁸⁸ Cepal, “Objetivos de Desarrollo del Milenio”, objetivo 8, meta 12 [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mdg/noticias/paginas/6/35556/P35556.xml&xsl=/mdg/tpl/p18f-st.xsl&base=/mdg/tpl/top-bottom.xsl>).

⁸⁹ “[...] The importance of freedom, peace and security, respect for all human rights, including the right to development and the right to an adequate standard of living, including the right to food and water, the rule of law, good governance, gender equality, women’s empowerment and the overall commitment for just and democratic societies for development was reaffirmed” (Open Working Group proposal for Sustainable Development Goals, Introduction, num. 7 [ref. de 27 de mayo de 2015], (en línea: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1579SDGs%20Proposal.pdf>)).

inclusivo y equitativo, así como para el *desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y del hambre*⁹⁰.

Tras la introducción, y hecha la relación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), este documento pasa a desgranar cada uno de ellos. En el objetivo 10, que se titula: “Reducir la desigualdad al interior y entre las naciones”, nos encontramos con la mención (10.6) a la necesidad de *crear instituciones económicas y financieras que sean más eficaces, creíbles, responsables* (en el sentido de rendir cuentas) y legítimas⁹¹. En el objetivo 16, podemos destacar los puntos siguientes⁹²:

16.3. Promover el *estado de derecho* a los niveles nacional e internacional y asegurar un *acceso equitativo a la justicia para todos*.

16.5. *Reducir substancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas*.

16.6. Desarrollar *instituciones eficaces, responsables y transparentes* a todos los niveles.

16.a. *Fortalecer las instituciones nacionales relevantes*, inclusive a través de la cooperación internacional, para construir capacidades a todos los niveles, en particular en los países en desarrollo...

Nos toca ahora abordar el último de los documentos que consideramos capital para nuestro tema, que no es otro que el informe de Síntesis del Secretario General de Naciones Unidas sobre la agenda de desarrollo sostenible después de 2015, publicado en diciembre de 2014 y titulado: “El Camino hacia la Dignidad para 2030”. Este texto supone un escrito de proporciones considerables que intenta sintetizar las aportaciones hechas hasta el momento por los diferentes grupos de trabajo e iniciativas emprendidas a partir de la evaluación de los ODM y la planificación de la Agenda post 2015, teniendo en cuenta especialmente la propuesta del *Open Working Group*. Numerosas son las referencias que Ban Ki-moon hace a los conceptos básicos que nos ocupan, por lo que vamos a tratar de señalar las más relevantes⁹³.

En el apartado “I. Un llamamiento universal a la acción para transformar el mundo después de 2015”, señala ya en el punto 3:

⁹⁰ “[...] Good governance and the rule of law at the national and international levels are essential for sustained, inclusive and equitable economic growth, sustainable development and the eradication of poverty and hunger” (ibid., Introduction, num. 12).

⁹¹ “[...] Ensure enhanced representation and voice for developing countries in decision-making in global international economic and financial institutions in order to deliver more effective, credible, accountable and legitimate institutions” (ibid., Goal 10, num. 10.6).

⁹² Traducción propia a partir del original que se encuentra en, ibid., Goal 16, nums. 16.3, 16.5, 16.6, 16.a.

⁹³ Con el fin de no inundar de notas el pie de página, damos una cita general para todos los números aquí utilizados: Asamblea General de Naciones Unidas, “El Camino hacia la Dignidad para 2030” [ref. 27 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/en/development/desa/publications/files/2015/01/SynthesisReportSPA.pdf>).

“Tenemos la responsabilidad común de emprender el camino hacia una prosperidad inclusiva y compartida en un mundo pacífico y resiliente en el que impere el *respeto de los derechos humanos y el estado de derecho*”.

En cuanto al concepto de “gobernanza”, aparece por primera vez en este informe en el punto 23. Unido a él, entre otras nociones interesantes, figura la de “rendición de cuentas”:

“En todo el mundo, las personas esperan que las Naciones Unidas estén a la altura del desafío con una verdadera agenda transformativa... Sus voces han puesto de relieve la *necesidad de garantizar la democracia, el estado de derecho, el espacio cívico, una gobernanza más eficaz* e instituciones capaces de establecer asociaciones nuevas e innovadoras... y de que exista una revolución de los datos y *rigurosos mecanismos de rendición de cuentas*”.

En el punto 54, manifiesta:

“Hemos escuchado además enérgicos llamamientos para que se reforme el comercio internacional, se garantice una regulación efectiva de los mercados y los agentes financieros y *se adopten medidas firmes para luchar contra la corrupción, poner freno a las corrientes financieras ilícitas, combatir el blanqueo de dinero y la evasión de impuestos* y recuperar bienes robados y ocultos”.

En el 55, escribe:

“Todas las aportaciones han puesto de relieve la necesidad de integrar las dimensiones económica, social y ambiental en la nueva agenda... piden que se lleve a cabo la *reforma correspondiente de los mecanismos de gobernanza mundial*... Sostienen que esto debe estar basado en la solidaridad, la cooperación, la *rendición de cuentas mutua* y la participación de los gobiernos y todos los interesados”.

Y en el punto 78:

“*El acceso a los sistemas de justicia imparciales, las instituciones de gobernanza democrática responsables, las medidas encaminadas a luchar contra la corrupción y controlar las corrientes financieras ilícitas* y las salvaguardias para proteger la seguridad personal son *elementos integrales del desarrollo sostenible*. Debe asegurarse un entorno propicio regido por el *estado de derecho* para la participación libre, activa y significativa de la sociedad civil... La libertad de prensa y el *acceso a la información*, la libertad de expresión, reunión y asociación son elementos facilitadores del desarrollo sostenible... Se debe *fortalecer el estado de derecho* en los planos nacional e internacional *a fin de garantizar la justicia para todos*”.

Y, finalmente, en el apartado “V. Cumplir nuestra agenda: una responsabilidad compartida”, resaltamos en el epígrafe “B. Iluminar el camino: la función de los datos en la nueva agenda”, el punto 142:

“Al respecto, debemos aumentar al máximo nuestro *compromiso con la transparencia en los asuntos públicos, el intercambio de información, la vigilancia participativa y el principio de los datos abiertos*, sin dejar de respetar la obligación

de proteger el derecho a la privacidad. Debemos aumentar considerablemente el *apoyo a los países y las oficinas nacionales de estadística* que tengan necesidades de capacidades críticas para elaborar, reunir, desglosar, analizar y compartir datos que son fundamentales para la nueva agenda”.

3. RAWLS Y LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO: UNA PROPUESTA NUEVA

En el fondo, si nos paramos a pensar con detenimiento las condiciones hipotéticas que Rawls establece, como circunstancias propiciadoras de un contexto *fair* que posibilite el hallazgo de principios igualmente *fair* para organizar las relaciones, podremos descubrir ciertas analogías entre el plano interno y el internacional. Con certeza, no podemos hablar de un nivel de organización política igual entre el que rige al interior de un Estado y el que sirve de guía entre las Naciones, como ya hemos indicado más arriba. No obstante, si discriminamos los elementos que dieron origen a los mismos, podemos verificar que en la constitución de las Naciones Unidas lo que aparece son partes contratantes que firman un primer acuerdo básico, el cual progresivamente va siendo desarrollado y va, se quiera o no, limitando la soberanía de los países individuales⁹⁴. No se trata de una estructura que señale un gobierno central y mundial, pero sí de una organización creada mediante un pacto, con unas leyes básicas de funcionamiento y con capacidad para constreñir a actuar o dejar de hacerlo a los miembros que la componen (incluso a las contadas excepciones que se han quedado fuera).

El concepto organizativo de fondo es el mismo que en la sociedad más básica: existen una serie de objetivos que deseamos alcanzar y un conjunto de amenazas que queremos evitar; lo que individualmente sería difícil conseguir, puede lograrse más fácilmente por medio de una asociación debidamente estructurada. De inicio, no es lo más relevante la carga de poder que a tal organización se le concede, sino el fin que persigue y las normas que la regulan. En definitiva, las Naciones han tomado conciencia que es necesario un proceso de Cooperación Internacional si se quiere avanzar en el camino del Desarrollo (proceso análogo al llevado a cabo en el seno de cada sociedad).

Al igual que en la “posición original” rawlsiana, cada “Pueblo” es considerado libre e igual, se le supone dotado de raciocinio y de una idea básica de justicia, así como del deseo de hacerla realidad⁹⁵. Si tales partes contratantes

⁹⁴ Sobre la Conferencia de San Francisco, en la que se funda la Organización de las Naciones Unidas, puede verse, ONU, “Historia de las Naciones Unidas” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.un.org/es/aboutun/history/sanfrancisco_conference.shtml).

⁹⁵ De nuevo, debemos repetir la objeción que Pogge pone al concepto de “Pueblo”, tal y como Rawls lo define o caracteriza, y con la cual concordamos, ya que “Rawls no realiza ningún esfuerzo para mostrar que su concepto de pueblo refleja hechos generales del mundo contemporáneo. Muchas fronteras en África, Latinoamérica y Asia son construcciones coloniales, que agrupan diversas comuni-

estuviesen cubiertas de un “velo de ignorancia” (similar al definido para las sociedades domésticas, aunque un poco menos opaco), no dudamos que elegirían entre los principios rectores de sus relaciones los de justicia social propuestos por el pensador norteamericano. En concreto, el principio de la diferencia, con las explicaciones suplementarias ofrecidas por el antiguo profesor de Harvard, tendría una aplicación directa y clara que podría servir a tales propósitos de manera admirable⁹⁶.

Pero hay un ingrediente más, que se desprende de las ideas sobre la justicia del pensador norteamericano, y que no podemos olvidar: el sujeto de todo su sistema, al que aplica sus principios, son las instituciones. Como él afirma, sus premisas no son para los individuos, sino para la estructura básica de la sociedad constituida por ese conjunto de organizaciones jurídicas que representan la urdimbre social de un Estado. En consecuencia, la finalidad última que persigue es la creación y, cuando ya existen, la transformación de las mismas para que sirvan de hecho y con eficacia a los ciudadanos, de modo que éstos puedan hacer progresar sus proyectos vitales, empezando por la obtención de los bienes primarios básicos. Lo mismo podríamos decir de las estructuras jurídicas internacionales y de su función en relación a los Estados miembros que las componen.

Rawls no se detiene, en sus obras, a analizar las disfunciones de las instituciones, ni a nivel nacional ni internacional; tan sólo hace mención de las mismas de manera rápida y somera. Pero cabe entender que, en el fondo, su intención es evitar que éstas, en ambos niveles, se corrompan y adquieran, por otra parte, la capacidad de permanecer en el tiempo como elementos fiables, transparentes y eficaces. Volveremos sobre ello un poco más adelante. Pasemos, a continuación, a ver cómo se ajustan los conceptos de nuestro autor al ámbito de las Relaciones Internacionales.

dades (Indonesia) al tiempo que dividen otras en dos o más Estados (kurdos). En Europa, las fronteras están perdiendo rápidamente significado práctico, de modo que la noción de pueblo parece que cada vez se ajusta peor a los viejos grupos (holandeses y daneses) y también a la nueva población y todavía en expansión de la Unión Europea” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 44).

⁹⁶ En esto coincidimos, una vez más con la opinión de Pogge, quien afirma al respecto: “... , incluso si un gobierno global justo fuese irrealizable, esto no invalidaría la aplicación de los criterios públicos de justicia social de Rawls para todo el mundo: este criterio no prescribe un cierto orden institucional, pero guía el juicio comparativo entre estos órdenes realizables alternativos. Aplicado globalmente, nos ordenaría diseñar un orden político global bajo el que las libertades básicas de todos los seres humanos estuviesen aseguradas y un orden económico global que realice una justa igualdad de oportunidades en todo el mundo y que permita desigualdades entre las personas sólo en la medida en que eleven el sustrato socioeconómico. Si un gobierno mundial no es parte del mejor diseño [...], entonces los diseños institucionales alternativos deben ser considerados –quizás una federación mundial como la que Kant contemplaba, o similar a la Unión Europea” (T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 43).

a. El concepto de “Pueblo” y el concepto de “Estado”

Para el propósito que persigue, Rawls ve necesario el mantener esa diferencia entre ambas nociones. En mi opinión, siguiendo el parecer de autores como Pogge, tal división es harto problemática y no tendría, en realidad, por qué ser defendida. El mismo Rawls reconoce que la evolución del Derecho Internacional ha ido llevando a que lo que marcaba las distancias entre ambos (declaración de guerra por motivos puramente estatales y exclusivo monopolio de la violencia) ya no tenga un vigor absoluto. La doctrina de la prohibición del uso de la fuerza y el empuje dado a la defensa de los Derechos Humanos, ya desde la Segunda Guerra Mundial pero de manera especial en las últimas décadas, hacen que podamos aplicar, *mutatis mutandis*, lo que el filósofo norteamericano ponía en la esencia de “Pueblo” al “Estado”⁹⁷.

Otra razón de peso se une a lo anterior, a la hora de llevar a cabo la identificación de ambas realidades. Como Pogge afirma, la noción de “Pueblo” es poco útil de hecho, ya que su concreción resulta harto complicada y a la hora de diseñar políticas que le conciernan nos encontramos con obstáculos desde el inicio, o sea, desde su propia identidad⁹⁸.

Supongamos, pues, que el Estado es un ente organizativo que se caracteriza por ostentar un gobierno democrático y constitucional, razonablemente justo, que sirve a los intereses de sus ciudadanos, unidos éstos por “simpatías comunes” y detentadores de una naturaleza de tipo moral, cuya capacidad para declarar la guerra a otro queda reducida al caso de la legítima defensa y en cuyo interior, al menos hasta una medida razonable, los Derechos Humanos son respetados. ¿Podemos aplicar a este tipo de organizaciones en sus relaciones mutuas el principio de la diferencia rawlsiano, o más bien, su ámbito de influencia debe reducirse exclusivamente al estricto campo de la Cooperación al Desarrollo, o incluso, tan sólo a la denominada Ayuda Oficial al Desarrollo? En el punto siguiente reflexionamos sobre ello.

b. El principio de la diferencia en las Relaciones Internacionales

En su formulación para ser aplicada a la estructura fundamental de una sociedad, dicha premisa decía lo siguiente: Las desigualdades sociales y económicas tienen que ser organizadas de modo que ambas:

⁹⁷ Cfr., los capítulos dedicados a “El principio de la prohibición del uso de la fuerza”, “El derecho internacional humanitario en los conflictos armados” y “La protección internacional de los Derechos Humanos”, en: M. Díez de velasco (dir.) (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 663-728 y 1067-1145.

⁹⁸ Cfr., T. Pogge (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, pp. 31-32 y 44. Además, como afirmaba Carl Schmitt, “Por el sentido del término y por la índole del fenómeno histórico, el Estado representa un determinado modo de estar de un pueblo, esto es, el modo que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente, y por esa razón, frente a los diversos *status* individuales y colectivos teóricamente posibles, él es el *status* por antonomasia” (C. Schmitt (2006), *Der Begriff des Politischen* [traducción de R. Agapito], Madrid, Alianza Editorial, 49).

- Estén puestas al servicio del mayor beneficio de los más desafortunados, respetando ciertas reglas, y
- Vayan ligadas a empleos y cargos públicos abiertos a todos, manteniendo una justa igualdad de oportunidades.

Es el mismo Rawls el que reconoce que de entre sus propuestas este elemento es el que más adecuadamente podría incorporarse en la legislación reguladora de las Relaciones Internacionales. No cabe duda que la Cooperación al Desarrollo, estrictamente definida, está basada sobre el principio de la diferencia, ya que concede ventajas diferenciales o preferencias a los países en situación más desfavorecida⁹⁹. Tal y como se producen las relaciones entre los actuales países, con sus enormes desequilibrios de poder y con capacidades de negociación tan dispares, dicha aplicación del principio de la diferencia al sistema de Cooperación al Desarrollo es una medida racional y equitativa.

Siguiendo a Alonso y Glennie, diremos que la Cooperación al Desarrollo consta de tres tareas fundamentales, a saber:

- a) Apoyar y complementar los esfuerzos de los países en desarrollo a fin de garantizar el establecimiento de estándares sociales básicos y universales para sus ciudadanos, como un medio para que la gente pueda ejercer los derechos humanos básicos.
- b) Promover la convergencia de los países en desarrollo (sobre todo de los más pobres) con los más altos niveles de ingreso y de bienestar de los demás, corrigiendo las desigualdades internacionales extremas.
- c) Respaldar los esfuerzos de los países en desarrollo a la hora de participar en la provisión de los bienes públicos internacionales¹⁰⁰.

Ahora bien, todo este programa, que conlleva una carga enorme de responsabilidad para la comunidad internacional, no puede ser llevado a cabo poniendo toda la confianza, exclusivamente, en la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD), a pesar de la destacada aportación que ésta ofrece en múltiples dimensiones del progreso que buscamos. Para que los objetivos arriba señalados vayan siendo alcanzados en una medida suficientemente perceptible y en un grado a partir del cual sea difícil el retroceso, es necesario partir de otras convicciones. Apoyándonos en el principio de la diferencia, las desigualdades que existan sólo se justificarán en la medida que favorezcan a los países en desarrollo, particularmente

⁹⁹ Cfr., J. A. Alonso (dir.), “Movilizando los recursos y los medios de apoyo para hacer realidad la agenda de Desarrollo Post-2015”, 032 [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.itd.upm.es/portfolio/movilizando-los-recursos-y-los-medios-de-apoyo-para-hacer-realidad-la-agenda-de-desarrollo-post-2015/>).

¹⁰⁰ Traducción hecha a partir de, J. A. Alonso y J. Glennie, “What is development Cooperation?” [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.un.org/en/ecosoc/newfunct/pdf15/2016_dcf_policy_brief_no.1.pdf).

a los más pobres, dentro del respeto a las reglas establecidas; además, estas normas deberán garantizar una justa igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que conforman el punto de partida de cada país, conforme a la cual todos tienen acceso a las instituciones y a los instrumentos internacionales que posibilitan el desarrollo interno de cada nación (con especial cuidado de las más desfavorecidas).

A fin de cuentas, todo lo anterior viene a coincidir con alguna de las recomendaciones que el grupo dirigido por Alonso hizo a la Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo, como propuesta de la Cooperación Española a presentar en el contexto de la III Conferencia Internacional sobre Financiación para el Desarrollo¹⁰¹, cuando afirma:

“..., dada la dilatación del campo de la cooperación para el desarrollo, es necesario desplazar la atención de los agentes a un campo conceptual, instrumental y de políticas más amplio que el que define la AOD. Es importante, en todo caso, que se preserve el sentido de acción deliberada y positiva a favor de los países en desarrollo, corrigiendo al mercado, que está en el origen de la cooperación”¹⁰².

En total sintonía con tal objetivo, creemos que la “utopía realista” (por utilizar palabras de Rawls) debería plantearse un contexto en el que esa “acción deliberada y positiva a favor de los países en desarrollo” no tendría que circunscribirse al ámbito exclusivo de la Cooperación y mucho menos al de la AOD, sino que desde la concepción del conjunto de los países como una sociedad mundial en la que toda acción por lejana que se realice tiene una repercusión a las puertas de cualquier nación, la legislación internacional y las instituciones que garantizan su cumplimiento han de verse urgidas por aplicarlo al sistema

¹⁰¹ Dicha Conferencia tuvo lugar en Adís Abeba, del 13 al 16 de julio de 2015. En ella se alcanzó un acuerdo general que condujo a la aprobación del Plan de Acción de Adís Abeba. Éste es el documento de referencia para la financiación al desarrollo, al que tendrán que acudir tanto los países donantes como los receptores en los próximos 15 años. Supone uno de los tres hitos históricos en el ámbito del Desarrollo de ese año. A ella siguió, como ya se ha señalado en la introducción de este trabajo, la Cumbre del Desarrollo Sostenible en Nueva York, del 25 al 27 de septiembre, para fijar definitivamente los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Y, finalmente, del 30 de noviembre al 11 de diciembre, se celebró la Cumbre del Clima en París, en la cual se abordaron todas las cuestiones de la Agenda Post-2015 referidas al medio ambiente. Para más información sobre los resultados de Adís Abeba puede consultarse: AECID, “Acuerdo en la III Conferencia de Financiación para el Desarrollo de Adís Abeba” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.aecid.es/ES/Paginas/Sala%20de%20Prensa/Noticias/2015/2015_07/17-addisabeba.aspx); así como, United Nations, “Third International Conference. Financing for Development” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.un.org/esa/ffd/ffd3/>).

¹⁰² J. A. Alonso (dir.), “Movilizando los recursos y los medios de apoyo para hacer realidad la agenda de Desarrollo Post-2015”, 032 [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.itd.upm.es/portfolio/movilizando-los-recursos-y-los-medios-de-apoyo-para-hacer-realidad-la-agenda-de-desarrollo-post-2015/>).

cotidiano de Relaciones Internacionales¹⁰³. Cómo se concretaría o, al menos, qué aspectos estarían las autoridades internacionales obligadas a abordar lo discutiremos más adelante.

c. El principio de eficiencia y el de publicidad: buena gobernanza y corrupción¹⁰⁴

En los análisis que A. Sen hace de las causas que provocan las hambrunas en algunos de los países más pobres del globo, acaba concluyendo que la raíz última de tales desastres no se encuentra tanto en la carencia de alimentos cuanto en la incapacidad de las autoridades e instituciones responsables para la adecuada distribución de los mismos¹⁰⁵. El mal funcionamiento de éstas o la carencia de estructuras fiables, estables y transparentes aparece como una de las razones principales de tales calamidades. Tal estudio nos ofrece el contexto de este apartado que viene a completar a los dos anteriores¹⁰⁶.

Si hablamos de la AOD en términos puramente económicos, podemos afirmar que la crisis financiera desatada entre el 2007 y 2008, causa de la profunda

¹⁰³ Los ejemplos que muestran que hoy la Tierra es una “aldea global” son infinitos. Para no hastiar al lector de este artículo con las típicas noticias de la crisis financiera, o económica o energética, etc., vamos a dar tan sólo la referencia de la noticia que a inicios del mes de septiembre de 2015 ha dado en pocos minutos la vuelta al mundo y que no es más que una muestra más o, si se quiere, el rostro más sangrante de un drama que hace ya mucho tiempo ha diluido las fronteras. Se trata de la historia de Aylan Kurdi, un niño sirio de tres años que, al lado de sus padres y hermanos huía de la guerra en Siria e intentaba llegar a través del mar a las costas de Grecia, habiendo su familia pedido refugio político en Canadá. Un conflicto armado en Oriente Medio en el que múltiples potencias de Occidente y Oriente, de manera directa o indirecta están implicadas, y en el que luchan decenas de miles de jóvenes, chicos y chicas, de las naciones más “civilizadas” de la Tierra. En definitiva, un niño sirio de tres años camino del Canadá a través de un *mare nostrum* europeo, que acaba siendo recogido por un policía en una playa turca: su foto, en unos instantes, ha entrado en la sala de estar de prácticamente todos los hogares del mundo, provocando un movimiento social de enormes proporciones que ha obligado a los gobernantes a actuar. Puede verse en un diario norteamericano: The Washington Post, “Aylan’s story: How desperation left a 3-year-old boy washed up on a Turkish beach” [ref. de 4 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/09/03/a-desperate-refugee-family-a-capsized-boat-and-3-year-old-dead-on-a-beach-in-turkey/>)). O en uno español: El País, “Las manos de mis dos niños se escaparon de las mías” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/03/actualidad/1441232434_109669.html).

¹⁰⁴ Un trabajo muy ilustrativo sobre el tema de la corrupción, puede verse en: J. A. Alonso; C. Mulas-Granados (dirs.) (2011), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo. El caso de Iberoamérica*, Madrid: Fondo de Cultura Económica.

¹⁰⁵ Ejemplos concretos de hambrunas surgidas en algunos países por causas variadas, que no pueden reducirse a la simple producción o disponibilidad de alimentos, pueden verse en los capítulos 6-9 de la obra, A. Sen (1981), *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press.

¹⁰⁶ Además del anterior, pueden verse los siguientes estudios: J. Drèze; A. Sen (1989), *Hunger and Public Action*, Oxford, Clarendon Press; J. DRÈZE; A. SEN (eds.) (1990), *The Political economy of Hunger*, Oxford, Clarendon Press; J. DRÈZE; A. SEN; A. HUSSAIN (1995), *The Political Economy of Hunger: Selected Essays*, Oxford, Clarendon Press.

crisis económica que afectó a una buena parte de los países desarrollados ha tenido sus efectos sobre las cantidades aportadas. No obstante, dado que en este ámbito tales consecuencias negativas suelen notarse con un par de años de reza-go y debido a que las medidas adoptadas por las diferentes autoridades, aun no siendo totalmente eficaces, sí han conseguido ir evitando (o retrasando) el peor de los escenarios (como podía ser la quiebra de algún país con una economía media/grande que podía arrastrar a los demás), las aportaciones no se han reducido sustancialmente y, dependiendo de los años, se han mantenido o incluso han aumentado¹⁰⁷. Algunos países han reducido considerablemente su generosidad (es el caso de España), otros en cambio han entrado a formar parte del sistema de Cooperación, percibiéndose un auge en el número y en las contribuciones de los Estados en vías de desarrollo y de la, así llamada, Cooperación Sur-Sur. No en vano, estos últimos se han visto bastante menos afectados por la crisis mundial que aquéllos con economías más pudientes¹⁰⁸.

Sin embargo, visto el volumen de frentes abiertos con los que las ayudas deben lidiar, los recursos pueden considerarse, sin lugar a dudas, limitados. En consecuencia, no basta con la generosidad, es necesario tomar las medidas oportunas para que los mismos produzcan los efectos deseados. Como afirma J. A. Alonso:

“En un entorno de limitados recursos, es importante hacer progresos firmes en la eficacia de la cooperación para el desarrollo. Para el logro de ese objetivo es básico mejorar en los niveles de transparencia y de rendición de cuentas de las políticas de ayuda”¹⁰⁹.

Entre las deficiencias que los expertos han hallado en el sistema de la AOD se encuentran la multiplicación de actores, con un aumento considerable del número de donantes y la falta de coordinación entre ellos; se produce, además, una fragmentación del esfuerzo de la ayuda, una disminución del tamaño medio de los proyectos a los que se dirige, acompañado todo ello de una cierta volatilidad de los desembolsos. Se percibe un desajuste a la hora de fijar las prioridades en la asignación de los recursos financieros a aquellos países en condiciones más desfavorecidas. Ciertamente, en los papeles tal objetivo queda claro, pero al ha-

¹⁰⁷ Como afirman Mold y Prizzon, la propia crisis puede incluso tener un efecto positivo sobre la eficacia de la ayuda: “Dicho de otra manera, no hay nada como una severa restricción presupuestaria para concentrar los esfuerzos en un uso más eficiente de los recursos” (A. Mold; A. Prizzon, “La crisis económica y la ayuda internacional, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis, o.c.*, 169).

¹⁰⁸ Cfr., el análisis realizado en el capítulo de A. Mold; A. Prizzon, “La crisis económica y la ayuda internacional, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis, o.c.*, 155-187.

¹⁰⁹ J. A. ALONSO (dir.), “Movilizando los recursos y los medios de apoyo para hacer realidad la agenda de Desarrollo Post-2015”, 032 [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.itd.upm.es/portfolio/movilizando-los-recursos-y-los-medios-de-apoyo-para-hacer-realidad-la-agenda-de-desarrollo-post-2015/>).

cer las cuentas, naciones que ya son ellas mismas donantes, todavía representan los mayores receptores de la ayuda internacional (como, por ejemplo, China o Turquía). Además, se ha producido un fenómeno, llamémoslo de movilidad de la pobreza, según el cual las personas más pobres, ya no sólo se encuentran en los países con los índices macroeconómicos más bajos, sino también en otros de renta media, los cuales, en principio, dispondrían de los medios necesarios para corregir tales desigualdades¹¹⁰.

Así pues, podemos constatar que entre los grandes desafíos de todo el sistema de Cooperación al Desarrollo y de la Ayuda Oficial al Desarrollo unida a él, se encuentran la mejora de la eficacia y la eficiencia, las cuales en gran medida van a depender de la existencia de un entramado institucional caracterizado por la transparencia, la publicidad de sus cifras y actividades, así como por la formación de mecanismos de rendición de cuentas y de corrección de las disfunciones que en ellas van apareciendo. Eficiencia, publicidad (que podríamos traducir parcialmente por transparencia), buena gobernanza y combate a la corrupción se encuentran estrechamente unidos y son, desde nuestro punto de vista, elementos sobre los que la comunidad internacional debería profundizar para acrecentar la calidad y los resultados del sistema de Cooperación al Desarrollo¹¹¹.

Claro que, en todo esto, hay un prejuicio a derribar. Cuando se piensa en corrupción, la mente se va inmediatamente a los países peor organizados y más desfavorecidos, en donde, sin lugar a dudas, campa por sus anchas. Sin embargo, tales actitudes de aprovechamiento personal (o familiar) de los recursos públicos, están ampliamente esparcidas por todas las latitudes de la geografía mundial. Ciertamente, según las estadísticas demuestran, lo que Rawls llamaba “Pueblos” bien organizados (liberales o decentes) muestran índices de soborno, de falta de transparencia, de tráfico de influencias, etc., radicalmente menores a los anteriores. Pero, desafortunadamente, sucede que, lo que no se realiza en el

¹¹⁰ Cfr., A. MOLD; A. PRIZZON, “La crisis económica y la ayuda internacional, en: J. A. Alonso; J. A. Ocampo (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, o.c., 169-170.

¹¹¹ No siempre la comunidad internacional ha sido consciente y ha prestado la atención suficiente al problema radical que supone la corrupción y todas sus devastadoras consecuencias. Son muchas las caras que la misma puede presentar y muchos los niveles sociales en los que puede infiltrarse. La más peligrosa es, precisamente, la cultural; aquella que, paradójicamente, parece que debe ser tolerada en alguna medida por ser parte de la idiosincrasia de un Pueblo y constituir, al mismo tiempo, un mal difícil de extirpar. No obstante, tal fenómeno en medio de una sociedad (en mayor medida en las menos desarrolladas) puede llegar a convertir en totalmente infructuosos los esfuerzos por hacerla progresar y abocar al fracaso las iniciativas de Cooperación al Desarrollo. Un ejemplo patente (quizá el más extremo) de tal situación lo constituye Afganistán, cuyos niveles de corrupción tolerados por la comunidad internacional han provocado que ingentes sumas de dinero invertidas no conduzcan sino a perpetuar un estado débil, que con toda probabilidad descienda al estatus de estado fallido. Cfr., J. M.^a RUIZ ARÉVALO (2015), “La corrupción como amenaza para la estabilización post-conflicto. Lecciones aprendidas en Afganistán”, en Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 92, pp. 1-18, [ref. de 10 de septiembre de 2015] (en línea: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEE092-2015_Corruptcion_Afganistan_RuizArevalo.pdf).

propio territorio nacional, es exportado frecuentemente a otros lugares y no de manera insignificante. En los países peor organizados, élites nacionales y empresas transnacionales atraídas por la presencia de enormes recursos naturales suponen un ingrediente propicio para el fomento de la corrupción. Recursos procedentes de organismos internacionales no están exentos de entrar en el círculo de la misma. Funcionarios mal pagados sucumben constantemente a tal tentación para poder sobrevivir. Las instituciones de control suelen estar dotadas con recursos escasos e insuficientes y no son capaces de mantener su independencia¹¹².

Más aún, a pesar de toda la retórica política de las conferencias internacionales y de encuentros multilaterales, en la distribución y asignación de recursos financieros, siguen pesando más los motivos geoestratégicos y de seguridad de los grandes países donantes que los arriba señalados¹¹³. Por ello, creemos que la preocupación por construir y sostener instituciones que garanticen la eficacia de la ayuda y del sistema de Cooperación al Desarrollo en su conjunto, debe ir más allá de este campo, para abrirse al terreno de las Relaciones Internacionales en general. La responsabilidad pide ser compartida, de modo que la transparencia cumpla otra de las premisas que Rawls exigía para el trato entre Pueblos iguales y libres, la reciprocidad. Por lo tanto, no sólo desde el PNUD y desde el mundo de la Cooperación al Desarrollo, sino también y, sobre todo, desde el de la Asamblea General y, particularmente, el Consejo de Seguridad, el compromiso por la eficacia, la publicidad, la transparencia y la buena gobernanza han de ser principios para las instituciones mundiales, a nuestro modo de ver, innegociables. Veamos, a continuación, algunas de las consecuencias de tal propuesta.

d. Un objetivo final: la calidad institucional y la *country ownership* (apropiación)

En los últimos sesenta años han sido numerosos y de gran calado los esfuerzos realizados para mejorar las condiciones de vida de muchas sociedades a través, principalmente, de la inyección de recursos desde el exterior. Sin embargo,

¹¹² No le falta razón a Pogge, cuando muestra su desacuerdo con Rawls, al afirmar que “..., generalmente resulta más difícil para las sociedades pobres el mantenerse como regímenes bien ordenados..., contrariamente a lo que Rawls asume, las grandes desigualdades internacionales alientan la corrupción en los países más pobres, donde los políticos y los burócratas descubren que tienen más que ganar sirviendo los intereses de los gobiernos ricos y de las corporaciones extranjeras que promoviendo los intereses de sus compatriotas mucho más pobres” (T. POGGE (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, p. 40).

¹¹³ Como afirman Mold y Prizzon: “Los estudios econométricos confirman esta impresión: de acuerdo con la revisión de literatura llevada a cabo por Mold (2009), y contrariamente a una impresión ampliamente extendida, la asignación de recursos de la AOD apenas se explica recurriendo a indicadores tales como la corrupción o la consolidación de un gobierno democrático” (A. MOLD; A. PRIZZON, “La crisis económica y la ayuda internacional, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, o.c., 171.).

los resultados que arrojan estudios de revisión hechos con los instrumentos más actuales que existen, a pesar de que no pueden considerarse contundentes dado lo difícil que es medir tales magnitudes cargadas de variables difusas (tantas veces impredecibles), apuntan a una cierta decepción, cuando no a un fracaso. Muchos expertos opinan que la forma en la que la ayuda ha sido ejecutada hasta el momento deja poco margen al optimismo y que, no obstante se pueda verificar en algunos de los análisis realizados que ha habido avance en ciertas dimensiones, sin embargo la relación entre recursos recibidos y desarrollo del receptor no aparece como especialmente significativa (existiendo también algunas opiniones divergentes)¹¹⁴.

De las conclusiones obtenidas por la mayor parte de los estudios emprendidos para evaluar el impacto, positivo o negativo, que la Ayuda al Desarrollo ha tenido en los países receptores, extraemos la impresión, incluso de aquellos que son más optimistas, de que se está solicitando una nueva forma de concebirla y un nuevo enfoque a la hora de orientar los recursos financieros.

Uno de los puntos sobre los que la polémica se hace más aguda es el que concierne a la relación entre la ayuda y la calidad institucional. La inmensa mayoría está de acuerdo en que unas instituciones de calidad son motores de desarrollo, al tiempo que promueven e impulsan una dinámica de crecimiento¹¹⁵. Ahora bien, el problema aparece a la hora de comprobar si realmente la ayuda externa ha contribuido a la mejora de las organizaciones básicas en las que se estructura cada sociedad o si por el contrario los resultados logrados han sido mínimos o inexistentes. Una vez constatado que una nación con instituciones solventes es capaz de hacer avanzar el desarrollo de una sociedad a una escala que le permita no quedarse al margen de los progresos realizados por otras más adelantadas,

¹¹⁴ Un resumen de lo aportado por un buen número de evaluaciones hechas con diferentes metodologías y utilizando variadas bases de datos puede verse en: J. A. ALONSO; C. GARCIMARTÍN; V. MARTÍN, “Ayuda, Calidad Institucional e Impuestos: Algunos desafíos para el sistema de Cooperación Internacional”, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, o.c., 191-197).

¹¹⁵ Como nos muestran Alonso, Garcimartín y Martín, la cuestión es problemática ya que la bibliografía al respecto no ha llegado a resultados unánimes, a no ser en la importancia que las instituciones con un funcionamiento correcto tienen sobre la promoción del desarrollo a largo plazo: “Se parte de la base de que la ayuda, además de incidir en el crecimiento a través de la inversión, influye en los niveles de calidad institucional de los países que la reciben, aunque la literatura es ambigua acerca del signo de ese efecto. A su vez, se asume que las instituciones constituyen un factor relevante en la promoción del desarrollo en el largo plazo, como demuestra una amplia literatura. Cabe prever, por tanto, que un impacto positivo de la ayuda sobre la calidad institucional podría tener un efecto de medio plazo positivo sobre las posibilidades de desarrollo de los países. Este efecto podría verse contrariado, sin embargo, por el impacto negativo que la ayuda pueda tener sobre otras variables que, a su vez, inciden en la calidad institucional. La más importante de ellas es, sin duda, la capacidad de recaudación impositiva del Estado: cierta literatura sugiere que el signo de este efecto es negativo. Se trata, por tanto, de comprobar este conjunto de relaciones” (J. A. ALONSO; C. GARCIMARTÍN; V. MARTÍN, “Ayuda, Calidad Institucional e Impuestos: Algunos desafíos para el sistema de Cooperación Internacional”, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, o.c., 200).

habrá que comprobar cuáles son los factores que han determinado la calidad institucional de la misma, para constatar si entre ellos podemos identificar el de la ayuda. Ahora bien, como reconoce algún autor: “los recursos externos recibidos por el país pueden servir tanto de estímulo para acometer las reformas como de excusa para renunciar a ellas. No es extraño, por tanto, que en este ámbito las posiciones sean discrepantes”¹¹⁶.

Como consecuencia de ello, algunos analistas defenderán una condicionalidad de la ayuda *ex post*, según la cual ésta se reservaría exclusivamente a los países que habrían hecho las reformas necesarias y podrían presentar unos niveles de calidad institucional de cierta relevancia, quedando como obsoleta la condicionalidad *ex ante*, propia de los años ochenta¹¹⁷.

Para ambas opiniones existe bibliografía y estudios abundantes. Lo que no cabe dudar es que unas instituciones fiables, estables y transparentes son la mejor garantía para el desarrollo de los pueblos. Se conceda la ayuda bien cuando éstos ya tengan un cierto nivel de organización, bien cuando todavía no lo hayan alcanzado no puede ser obstáculo para que uno de los objetivos de la misma sea precisamente mejorar el funcionamiento de dichas estructuras en el primer caso y promoverlas en el segundo, de manera que el resultado final sea el mismo: un Pueblo o un Estado bien organizado, y a ser posible, en nuestra opinión, de acuerdo a los principios de justicia de Rawls. Claramente no es un objetivo secundario, sino de primera magnitud, más aún cuando en las sociedades que se conciben a sí mismas como bien estructuradas (las llamadas por Rawls liberales o decentes) los síntomas de malfuncionamiento amenazan sus propias instituciones de manera constante, siendo la corrupción un elemento que no destaca, precisamente, por su ausencia.

Teniendo en cuenta la multitud de estudios evaluadores del impacto de la ayuda, sin descuidar aquellos que arrojan resultados más pesimistas y sin querer entrar en las cuestiones más técnicas, metodológicas o econométricas, en nuestra opinión se puede afirmar que la mayor parte de los recursos externos cuando son correctamente canalizados y rigurosamente ejecutados alcanzan resultados

¹¹⁶ J. A. ALONSO; C. GARCIMARTÍN; V. MARTÍN, “Ayuda, Calidad Institucional e Impuestos: Algunos desafíos para el sistema de Cooperación Internacional”, en: J. A. ALONSO; J. A. OCAMPO (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, o.c., 203.

¹¹⁷ En mi opinión, habría que estudiar caso por caso en lo que a los dos tipos de ayuda se refiere. Si pensamos, por ejemplo, en Afganistán, habiendo leído el análisis que nos ofrece Ruiz Arévalo, no dudáramos en coincidir con su recomendación, cuando afirma: “Un enfoque pragmático hubiera aconsejado dosificar la financiación exterior, condicionando pagos posteriores al cumplimiento de determinados objetivos parciales, a la vez que se aplicaban sistemas de control sencillos, pero efectivos. Con ello se hubiera evitado, al menos, que la ayuda internacional fomentara el desarrollo de prácticas corruptas” (J. M.ª RUIZ ARÉVALO (2015), “La corrupción como amenaza para la estabilización post-conflicto. Lecciones aprendidas en Afganistán”, en Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 92, p. 16, [ref. de 10 de septiembre de 2015] (en línea: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEO92-2015_Corrupcion_Afganistan_RuizArevalo.pdf).

positivos, especialmente cuando se han puesto en funcionamiento mecanismos de control y de rendición de cuentas eficaces¹¹⁸. Cuestión diferente es si esos resultados eran los esperados o no, o si los mismos se han visto afectados por circunstancias diversas que los han tergiversado.

Dicho esto, debemos también aseverar, siguiendo de cerca los estudios de Burnside y Dollar¹¹⁹, que la eficacia de la ayuda será tanto mayor cuanto mejor establecido esté el marco institucional y de políticas al interior de un Estado. No obstante, de aquí no creemos que deba deducirse la conclusión que muchos han sacado, según la cual la ayuda, de acuerdo a lo apenas afirmado, deba ir siempre vinculada a una condicionalidad *ex post*. Una vez más reiteramos que, a nuestro modo de ver, el núcleo de la cuestión no es si la condicionalidad debe ser *ex ante* o *ex post*, es decir, si se puede inyectar ayuda aunque las instituciones sean deficitarias o si, por el contrario, aquélla tiene que ser donada bajo garantía de una cierta calidad institucional. Lo esencial es que con la ayuda, *ex ante* o *ex post*, se creen las condiciones necesarias para que en donde no haya, surjan estructuras sociales consistentes y donde las haya se revisen y mejoren, de modo que las mismas, con recursos propios o ajenos, sean lo que todos afirman que son, cuando se definen por su estabilidad, fiabilidad y transparencia: motores del crecimiento y del desarrollo (y no sólo económico).

Traemos aquí a colación las propuestas de Rawls, conforme a las cuales el ritmo de cambio y progreso no lo deben marcar los donantes sino los países receptores. Son ellos lo que deben apropiarse (*ownership*) el proceso, pues son Pueblos libres e iguales, que exigen ser respetados por los demás, incluso cuando las instituciones que les gobiernan dejan todavía mucho que desear. Como el pensador norteamericano afirmaba, no sólo las donaciones sino también el respeto y el ejemplo de buen funcionamiento de las sociedades correctamente organizadas podrá hacer que otras vayan dando pasos en la buena dirección.

En todo este proceso, las instituciones internacionales, aun no representando ningún tipo de gobierno mundial, pueden jugar un papel incuestionable, siendo ellas mismas testimonio de un adecuado modo de trabajar, al tiempo que se convierten en garantes de unas normas que obligan a todos por igual, y cuyas desigualdades son sólo permitidas en la certeza de beneficiar a los más desfavorecidos. Entre sus objetivos prioritarios debería situarse ese camino hacia la apropiación del proceso de desarrollo por parte de los países más pobres, emi-

¹¹⁸ De lo contrario, pueden seguirse efectos perniciosos. Como dice, Arévalo, acerca del caso afgano, “Transferir fondos sin posibilidad de controlar su aplicación supone, en la mayoría de los casos, alimentar directamente la corrupción” (J. M.^a RUIZ ARÉVALO (2015), “La corrupción como amenaza para la estabilización post-conflicto. Lecciones aprendidas en Afganistán”, en Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), 92, p. 16, [ref. de 10 de septiembre de 2015] (en línea: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEE092-2015_Corruptcion_Afganistan_RuizArevalo.pdf).

¹¹⁹ C. BURNSIDE; D. DOLLAR (2000), “Aid, Policies and Growth”, *American Economic Review*, XC, 4, pp. 847-868.

tiendo y haciendo cumplir una legislación internacional que respeta los principios de justicia propuesto por Rawls.

4. La legislación y las instituciones internacionales garantes de unas relaciones basadas en la Cooperación para el Desarrollo

Llegamos, por fin, al apartado último de nuestro trabajo. El análisis y la reflexión llevados a cabo en los anteriores confluyen en el presente para permitirnos unas últimas consideraciones que, tomando base en lo argumentado, nos faciliten responder al planteamiento que desde la introducción nos habíamos hecho: ¿Pueden ayudarnos los principios de la diferencia, de la eficacia y la publicidad, así como el concepto de “Derecho de Gentes” de Rawls a conseguir, en el plano internacional, un marco jurídico nuevo que posibilite un crecimiento económico socialmente equilibrado, sociedades intra y extrageneracionalmente equitativas, que promuevan el desarrollo de los Derechos Humanos, de la democracia y la participación social, en respeto a las tradiciones culturales de cada pueblo y atendiendo a la sostenibilidad del medio ambiente? ¿O más bien tales nociones sólo son válidas cuando las aplicamos a la Cooperación al Desarrollo y a la AOD?

Partamos del hecho que el concepto de “Pueblo” no es útil a no ser cuando adquiere un estatus señalado y señalable, es decir, cuando es representado de algún modo por un Estado, al que se le podrían aplicar las características de aquél, a saber, el ser un ente organizativo que se define por ostentar un gobierno democrático y constitucional, razonablemente justo, que sirve a los intereses de sus ciudadanos, unidos éstos por “simpatías comunes” y detentadores de una naturaleza de tipo moral, cuya capacidad para declarar la guerra a otro queda reducida al caso de la legítima defensa y en cuyo interior, al menos hasta una medida razonable, los Derechos Humanos son respetados. Reconozcamos, igualmente, que no todos los Estados ostentan un mismo nivel de organización, ni muestran un interés similar en la defensa de los Derechos Humanos, así como tampoco índices de bienestar paritarios.

Cuando tales organizaciones estatales deciden (o por necesidad deben) colaborar, constituyen una serie de instituciones a las que dotan de normas conforme a las cuales no sólo estas últimas se van a regir, sino que los mismos Estados van a verse afectados en su propia soberanía por el mero hecho de tener que trabajar conjuntamente con otros, dentro de determinados marcos jurídicos. Dadas las diferencias económicas que existen, las primeras decisiones apuntan a fijar ciertos mecanismos que puedan paliar las necesidades de los pueblos más desfavorecidos, molestando lo menos posible a los más ricos. Originalmente, se llegó a pensar que bastaba con la ayuda económica, donada en cantidades considerables, para obrar el “milagro” de transformar comunidades “atrasadas” en sociedades modernas. Constatado el fracaso, la evaluación

y la reflexión sobre lo hecho llevan a ampliar el concepto de ayuda, siendo la dimensión económica una más entre las otras que no pueden ser descuidadas: la político-institucional, la social-educativa, la personal-familiar (unida a la cuestión de los Derechos Humanos).

Entremedias, la evolución de la ciencia y de la técnica hace que las dimensiones del Globo Terráqueo se reduzcan, que las distancias entre los países se aminoren y que las fronteras, que antaño marcaban límites hasta cierto punto de muy difícil superación, ahora se diluyan en un abrir y cerrar de ojos. Se percibe entonces que lo que había comenzado como donación a un país lejano y extranjero, aparece ahora como una necesidad casi vital, ya que la miseria que ayer sólo se conocía por los medios de comunicación en los países ricos, ahora entra (con rostro humano) a cientos de miles en los vagones del ferrocarril, en barcos llenos hasta la bandera y en camiones clandestinos, cuando no simplemente caminando. Lo que en el pasado era concebido como pura acción asistencial, parece ahora adquirir una dimensión nueva que obliga a formular nuevos planteamientos.

La teoría de la justicia de Rawls pretendía servir de guía a fin de construir sociedades que, basadas en sus principios [de Rawls], pudiesen estar bien organizadas, tuviesen instituciones estables, responsables y transparentes, al servicio de la consecución de los proyectos vitales de sus ciudadanos. La Cooperación al Desarrollo, que comenzó donando dinero y transfiriendo tecnología, ha ido evolucionando con el objetivo de impulsar ahora procesos de democratización, de participación ciudadana y de organizaciones sociales respetuosas y fomentadoras de los Derechos Humanos. El eje transversal que posibilitará lo anterior será la calidad institucional, la cual debe ser una de las metas de cada Estado, lograda bien con ayuda ajena o con recursos propios. Para ello, la aplicación de los principios de la diferencia, la eficacia y la publicidad, que Rawls había propuesto para las sociedades domésticas pueden ser ahora de utilidad, implementados para todo el sistema de Cooperación Internacional.

Los resultados de las evaluaciones llevadas a cabo sobre los avances conseguidos con la ejecución de lo anterior, no nos hacen ver que ese proceso de apropiación (*ownership*), que sería el objetivo último de todo el sistema, haya sido alcanzado. Más bien, en muchos casos, se ha acentuado la dependencia entre las naciones ricas y las pobres y, sobre todo, dentro de cada país, las desigualdades entre las clases más pudientes y aquellas más desprotegidas. El concepto de Cooperación al desarrollo, lastrado todavía por su origen “asistencial”, ya no es adecuado para los miembros de una Sociedad de Naciones, cuyas grandes amenazas y cuyas esenciales problemáticas han llegado a tejerse tan estrechamente, que la tal comunidad mundial aun no siéndolo, debe ser pensada como un todo unitario, en el que cada acción aislada de uno de sus miembros repercute en el conjunto de manera inmediata y espectacular.

Ha llegado, pues, el momento de extrapolar al conjunto de los Estados las bases y los principios que Rawls fijaba para el interior de cada uno de ellos. Quizá no sean los más perfectos, pero a falta de otros serán los más útiles. Las naciones de la Tierra o conciben su devenir como un sistema de Cooperación que posibilite el Desarrollo de todas al unísono o, en caso contrario, pueden estar labrando su propia tumba. Claro que no todo sirve en este sistema de Cooperación. Los miembros que lo forman deben ser considerados iguales y libres; deben guardarse mutuamente un respeto debido y deben preocuparse de que las desigualdades puedan ser corregidas, sabiendo que si éstas se permiten es, tan sólo, porque hacen que los pueblos en peores condiciones avancen más rápidamente, beneficiando así al conjunto.

La transparencia en las acciones emprendidas y la búsqueda de la eficacia de las mismas no podrán ser descuidadas. Claro que todo ello implica una modificación de las reglas, en donde las facilidades para el progreso de los pobres no dependan de la filantropía o generosidad de los ricos, sino de que las normas hagan posible un juego justo, que establezca una discriminación positiva para los que han salido de un punto de partida más atrasado. Es la hora, pues, de empezar a modificar lo inmodificable, ese marco elemental que rige las dimensiones básicas de las Relaciones Internacionales y que deberá abordar cuestiones tan delicadas como las siguientes:

- a. Fijación de condiciones equitativas en el comercio internacional¹²⁰. Cuando decimos equitativas, queremos significar con ello que las normas que lo regulen deberán considerar las enormes desigualdades de las que se parte, tanto en las capacidades de producción como de distribución y venta de los productos. Por ello, tales reglas deben ser previsibles, justas y fomentar una discriminación positiva hacia los Estados más desfavorecidos, estableciendo mecanismos de control para que tampoco por parte de éstos haya abusos.
- b. Precios estables y justos para los productos básicos, tanto de consumo como de exportación, de los países con peores indicadores macroeconómicos.

¹²⁰ Pogge nos da un ejemplo de cómo afecta la regulación internacional a la población de los países más pobres: “Consideremos, por ejemplo, el actual sistema de tratados de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que permite que los países ricos protejan sus mercados contra las importaciones baratas (productos agrícolas, textiles, acero, etc.) mediante cuotas, aranceles, cláusulas anti-dumping y subsidios a los productos nacionales. Esas medidas proteccionistas reducen las oportunidades de exportación de las empresas de los países en desarrollo, restringiendo sus exportaciones a los países ricos y, también, en el caso de los subsidios, permitiendo que los productores menos eficientes de los países ricos vendan sus productos en los mercados mundiales a menor precio que los productores más eficientes de los países pobres. Sin esas restricciones, los países en desarrollo podrían lograr, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, 1999), un ingreso adicional de 700 mil millones de dólares cada año por sus exportaciones, casi 13 veces la suma anual de la ayuda oficial al desarrollo” (T. POGGE (2008), “¿Qué es la justicia global?”, Revista de Economía Institucional, vol. 10 / n.º. 19, p. 105).

- c. Establecimiento de un sistema financiero mundial regulado y efectivo, al que puedan acceder, en condiciones favorables, las sociedades que necesiten recursos económicos para su desarrollo.
- d. Leyes que persigan el fraude, el blanqueo de capitales, las corrientes financieras ilícitas, los paraísos fiscales, la evasión de impuestos, y todo tipo de delitos financieros y económicos que perjudiquen de manera especial a la riqueza de los pueblos peor organizados.
- e. Reestructuración de la deuda soberana conforme a los esfuerzos en la calidad institucional, en la fiscalidad y en el respeto de los Derechos Humanos de cada país.
- f. Eliminación de la condicionalidad opresora de la AOD. Sustitución por una condicionalidad defensora de la buena gobernabilidad y los Derechos Humanos, que obligue a la instauración de instituciones fiables, transparentes y eficaces.
- g.- Contribución racional y razonable a la sostenibilidad del medio ambiente, de modo que la carga de los perjuicios de la contaminación no caiga sobre las sociedades más desprotegidas, mientras que los causantes de la tragedia ecológica son, al mismo tiempo, los más beneficiados de la misma.
- h.- Cuotas de poder en las instituciones internacionales proporcionadas al peso de cada país, con una mejora para las naciones más pobres y desfavorecidas, al menos, en lo que concierne a temas esenciales para su propia supervivencia y progreso.
- i.- Medidas internacionales contra la corrupción y el soborno, tanto de instituciones públicas como privadas. Normas que impulsen la transparencia, la rendición de cuentas, la información de cifras y políticas (datos más disponibles, accesibles y desglosados), así como los mecanismos de control, que impliquen a organismos internacionales, a los gobiernos, a empresas nacionales y transnacionales, y a la sociedad civil (a la que hay que facilitar la posibilidad de una participación transparente y ordenada).

Las consecuencias definitivas de todo lo afirmado, las presentamos en el último de los apartados de este trabajo, continuo a éste.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en los tres capítulos que conforman este trabajo, podemos derivar ahora una serie de consecuencias o conclusiones, entre las que se encontrarán también diversas propuestas de futuro. Comencemos por la cuestión central de nuestro estudio, nuestro planteamiento primero, para comprobar si hemos podido o no dar una respuesta positiva al mismo. La pregunta que nos hacíamos y que nos ha servido de hilo conductor de la investigación fue la siguiente: ¿Pueden ayudarnos las categorías filosóficas de John Rawls a reformular el contexto de las Relaciones Internacionales de modo que éstas se configuren como un sistema de Cooperación que impulse un Desarrollo efectivo y eficaz de todas las naciones?

El análisis de sus obras, *A Theory of Justice* y *The Law of Peoples*, nos ha ofrecido esos conceptos que buscábamos: la sociedad concebida como un sistema de cooperación entre miembros iguales y libres, en el que rijan los principios de las libertades, la diferencia, la eficiencia y la publicidad; los supuestos de la reciprocidad y el respeto mutuo; la necesidad de fortalecer el sujeto al que se aplican esos principios, o sea, la estructura básica de la sociedad, constituida por sus instituciones fundamentales y su legislación; las nociones de “Pueblo”, “Estado”, “Derecho de Gentes”, Pueblos liberales, decentes, proscritos, aquéllos abrumados por condiciones desfavorables y los llamados “absolutismos benévolos”; la limitación de declaración de guerra a las situaciones de legítima defensa y la obligación del respeto y promoción de los Derechos Humanos, con especial atención a los de aquellos colectivos tradicionalmente más desfavorecidos; la virtud de la tolerancia y la búsqueda de un consenso mayoritario basado en la lógica de la “razón pública”, que permitiría a los Estados, que todavía no lo son, convertirse progresivamente en decentes o liberales; finalmente, la creación o transformación de las instituciones ya creadas para que sirvan a los fines propuestos, los cuales han de ser alcanzados gradualmente, tolerando incluso ciertas desigualdades siempre que las mismas contribuyan al progreso de todos

los Pueblos, con especial beneficio de los más desfavorecidos, de modo que tales estructuras jurídicas se conviertan en garantes y en motores de un sistema global de Cooperación que no deje a ningún país al margen del Desarrollo.

Vayamos por partes. En principio, nada impide que cualquier Estado, por muy mal organizado que se suponga, no esté dispuesto a aceptar como bases de las Relaciones con los demás, los principios de las libertades, de la diferencia, de la eficiencia y la publicidad, al menos, como los mínimos necesarios para iniciar unas relaciones, con visos de estabilidad y con garantías de fiabilidad¹²¹. El adagio latino, hecho norma internacional, de *pacta sunt servanda*, adquiere además una característica humanizadora con los presupuestos rawlsianos de la reciprocidad y el respeto mutuo; aunque un Estado se mueva por puro egoísmo, tratará de no hacer a los otros lo que no quiere que le hagan a él, al tiempo que exigirá que se le trate con el mismo respeto que a los demás, procurando él hacer lo mismo.

Todos los tipos de organización estatal descritos por Rawls, Pueblos liberales, decentes, proscritos, sociedades bajo condiciones desfavorables o “absolutismos benévolos”, además de lo anterior, encontrarían un suelo común sobre el que coincidir, al contemplar las relaciones entre ellos como un sistema de Cooperación. Si en el siglo XIX fue posible limitar los puntos de acuerdo entre las naciones a temas concretos: correos y telégrafos, navegación fluvial, etc.; y en el XX, se vio la necesidad de ampliar tales campos para abarcar además: aduanas, intercambio de divisas, control de armamentos, comercio, finanzas y todo lo que puede verse que se ha realizado en uniones regionales como la Unión Europea; en el siglo XXI, la realidad que estamos viviendo y “viendo en directo”, ya no permite dejar fuera de los acuerdos apenas algún ámbito primario o secundario. Hoy los beneficios y las amenazas viajan a una descarada velocidad a través de todo el planeta, quedando anuladas desde hace años las tradicionales fronteras y su función de barrera ante el peligro exterior. Actualmente, ya no es posible a los países decidir qué negocian y que no, ya que las circunstancias se imponen y obligan a firmar, cada día, muchos más acuerdos y sobre infinidad de aspectos.

En consecuencia, nada puede quedar al margen de la Cooperación y ésta, si no se concibe como Cooperación para el Desarrollo, ¿cómo podrá entonces denominarse? El Derecho de Gentes o Internacional debería, pues, enmarcarse en un nuevo contexto, dejando atrás la concepción que pretendía establecer unas mínimas normas para un cordial entendimiento, para pasar a definir las reglas más efectivas y eficaces que hagan del sistema de Relaciones Internacionales un

¹²¹ Partimos de que cada Estado posee su propia idea de justicia, basada en cosmovisiones religiosas o no, que intenta implementar a su manera a través de la estructuración jurídica de sus instituciones. Ello supone ya un primer punto de coincidencia entre todos los miembros de la comunidad internacional, pues todos, en principio, quieren ser considerados como “naciones justas”.

auténtico sistema de Cooperación al Desarrollo. Claro que para ello será necesario modificar la actual configuración de las Naciones Unidas, del Consejo de Seguridad y de muchos de los organismos que la componen.

Lo sugerido en el párrafo anterior no apunta a la creación de un gobierno mundial utópico y por lo mismo irrealizable, al menos, en un futuro inmediato. Más bien, señala un camino que nadie quiere emprender, sobre todo, los países con mayores cuotas de poder en las instituciones internacionales, porque están convencidos que éste supone para ellos, o bien la mejor distribución o bien la menos mala; no obstante, las últimas crisis financiera y económica, los abrumantes fenómenos migratorios, el surgimiento de un terrorismo internacional sin territorio, los ciberataques y otros muchos elementos de la existencia hipertecnificada de inicios de este siglo, sugieren que sí es posible, e incluso urgente, encontrar otro tipo de reparto en las cuotas de poder y responsabilidad que sea más beneficioso para todas las partes. En ello, jugaría un papel esencial el principio de la diferencia de Rawls, pues no se trata de eliminar de un plumazo las diferencias, mas sí de ajustarlas a la nueva situación resultante de los tremendos cambios acontecidos en estos últimos veinte o treinta años.

Con unas instituciones internacionales erigidas sobre un concepto de Cooperación Internacional, en las que la distribución de responsabilidades y cargas, así como de derechos y beneficios apareciese, más como fruto de ese afán por conseguir juntos lo que individualmente no es posible, en la que todos son considerados como iguales y libres, garantes y promotoras de los principios de reciprocidad y, especialmente, del respeto mutuo, sería más fácil obtener la colaboración, incluso de los Pueblos proscritos, para hacer avanzar a todos hacia el objetivo último del proceso: el Desarrollo.

Elementos clave en todo este camino son las instituciones, tanto a nivel internacional como nacional. La fortaleza institucional, basada en la estabilidad, en la transparencia, la fiabilidad y el respeto a los Derechos Humanos son piedra angular sobre la que se apoya el resto de la construcción social y global. Por ello, las características apenas mencionadas tienen que impregnar hasta la médula a los organismos internacionales y éstos, deberán tener como el primero de sus objetivos el fomento y la instauración de tales estructuras jurídicas al interior de cada país, teniendo en cuenta que para este fin, la guerra y la coacción no deberán ser sino el último recurso, precedido de medidas basadas en la reciprocidad y el mutuo respeto que hagan comprender a los Estados mal organizados que éste es el mejor sendero a emprender.

En íntima conexión con lo mencionado en el párrafo anterior, se encuentran los conceptos de buena gobernanza y lucha contra la corrupción. Si algo deslegitima a un gobierno y a las instituciones a través de las cuales se rige una

nación es, precisamente, el grado de opacidad, los escándalos de soborno y el nivel de corrupción en el que se mueve. Tal deslegitimación mina los mismos fundamentos del estado de derecho y no permite la construcción de un sistema bien organizado. Para ello, los mecanismos de control y de rendición de cuentas, la facilitación de la información en lo que a las políticas, acciones del gobierno, presupuestos y gastos, etc., se refiere, es cuestión imprescindible. Sólo cuando el ciudadano comprende que su gobierno no le engaña ni le estafa está dispuesto a colaborar y a cumplir con las leyes del mismo (sobre todo las fiscales). Solamente cuando los miembros de la comunidad de naciones, especialmente los más reticentes, entienden que el sistema jurídico internacional no trata de oprimirlos y explotarlos, sino más bien, bajo el principio de la diferencia, pueden existir ciertas discriminaciones positivas para los más desfavorecidos, estarán dispuestos a fomentar y hacer bueno el principio general de *pacta sunt servanda* y *ubi societas ibi ius*¹²².

En el supuesto que se lograra un acuerdo como el propuesto por Rawls sobre una serie de normas internacionales, sobre la base de una “razón pública” que levantase un consenso, más o menos unánime, no debería darse por descontado que el trabajo se había acabado¹²³. Toda obra, por perfecta que se estime, queda siempre bajo la ley del deterioro con el paso del tiempo, lo cual exige que se establezcan como parte irrenunciable de dichas instituciones internacionales y de dicho Derecho de Gentes los mecanismos de corrección correspondientes, ágiles y eficaces, que permitan detectar disfunciones en el sistema y corregirlas en el mínimo período de tiempo para que éste no se vea deslegitimado. Todo ello conlleva una corresponsabilidad en una doble dirección: desde los organismos internacionales hacia las estructuras nacionales y desde las instituciones domésticas hacia las organizaciones mundiales.

Mientras esa reforma urgente del marco de entendimiento y de las estructuras básicas de las Naciones Unidas no tiene lugar, se pueden extraer una serie de consecuencias prácticas para el caso en el que la Cooperación para el Desarrollo no represente sino un aspecto más entre otros, entre los objetivos de la comu-

¹²² Conforme al principio de la diferencia, se pueden permitir las desigualdades en tanto que benefician a todos, particularmente a los peor situados en los índices mostrados por las estadísticas mundiales. Ahora bien, tales desigualdades serían inadmisibles si se constata que rebajando las ganancias de los mejor situados se podrían aumentar los beneficios de los más desfavorecidos. En este caso, habría que buscar los mecanismos necesarios para corregir el sistema de relaciones, de modo que las ventajas de unos no lleguen a ser desproporcionadas y perjudiquen o provoquen desigualdades excesivas en los otros.

¹²³ En este contexto, se debería evitar todo lo que fomente el radicalismo, ya que la ausencia de éste podría impedir que las visiones religiosas o filosóficas fundamentalistas atraigan a grupos significativos de población, lo que significaría el fracaso en el intento de poner de acuerdo sobre la base de la “razón pública”, a la inmensa mayoría de los agentes internacionales. Si no se dejan de lado las particularidades propias de esas cosmovisiones, religiosas o no, y se busca un terreno común en el ámbito político y social, no será posible el consenso casi unánime del que hablaba Rawls (lo que es razonable públicamente sustituye, en este nuevo marco, a lo que es verdad. No se apoyan las leyes en la verdad, sino en un “razonamiento público”, que se supone conduce a un bienestar mayor).

nidad internacional (como hasta ahora). Estas propuestas, en lo que concierne a su contenido, vendrían a coincidir con las realizadas para el conjunto de las Relaciones Internacionales, sólo que reducido su ámbito de aplicación al contexto apenas mencionado, añadiendo algunas matizaciones particulares.

Si las crisis más elementales que se producen en el interior de un país, como pueden ser las alimentarias, que derivan en hambrunas y muerte de grupos de población perteneciente al sector más desfavorecido, no dependen tanto de la producción y la disponibilidad de alimentos cuanto de la capacidad de distribución de los mismos, la cual es más o menos eficaz de acuerdo a la buena organización y al buen funcionamiento de las instituciones de un país, cabe señalar que la insistencia no ha de ponerse sólo en que la ayuda externa que se proporciona sea sustanciosa y proporcionada a las necesidades, sino también y, sobre todo, en que dicha ayuda dé como resultado el establecimiento de estructuras jurídicas estables, fiables, transparentes y al servicio de los ciudadanos de un Estado, con especial atención a los más vulnerables.

Así pues, el acento se desplaza de la cantidad a la calidad, cuando hablamos de la AOD y de la Cooperación para el Desarrollo en general, la cual no ha de centrarse única y exclusivamente en la recuperación económica sino también en el resto de dimensiones que conforman una sociedad, comenzando por incidir en la fortaleza institucional. Los mecanismos de control deberán ir indicando si las aportaciones monetarias sirven a tales objetivos o, más bien, pueden convertirse en determinados casos en un instrumento que perpetúa regímenes obsoletos y opresores, que posponen indefinidamente las transformaciones esenciales en el seno de sus países amparándose, precisamente, en el subdesarrollo de los mismos, excusa visible para seguir beneficiándose, personal o clientelaramente, de la AOD.

Sin entrar en el debate (a nuestro modo de ver, estéril si no se estudia cada caso concreto), de si la ayuda debe ser *ex ante* o *ex post*, sí estamos convencidos que una cierta condicionalidad es necesaria. Por supuesto, no la imposición de requisitos opresores y exclusivamente beneficiosos para los donantes a costa de los receptores, pero sí el llegar a un acuerdo que, siendo sustancialmente beneficioso para el país más pobre, no impida que el rico pueda obtener también sus propias ganancias (y no me refiero aquí al puro lucro mercantil).

Si la pobreza, y el hambre que provoca, es la más tradicional causa de migración entre los seres humanos, en los últimos decenios la guerra y sus daños colaterales se está situando casi a la par de la anterior, al menos, en cuanto a la cantidad y al grado de tragedia que implica en los movimientos migratorios. Pero la guerra no se evita declarándola irracional o ineficiente, sino desarrollando estructuras al interior de los Pueblos que respalden regímenes decentes o razonablemente justos, que hagan posible que exista un Derecho

internacional razonable, promotor del progreso y respetuoso de los Derechos Humanos¹²⁴.

Todo lo dicho, de una manera u otra, obligaría también a modificar la concepción que dentro de cada Estado se tiene del Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE) y de la misma función que desempeñan para un país los servicios diplomáticos. Actualmente, si uno lo piensa con detenimiento, las embajadas y consulados han perdido buena parte de su original razón de ser. En sus comienzos, se enviaban embajadores para que transmitiesen mensajes o negociasen en representación de la persona del monarca o del ministro correspondiente, puesto que las distancias geográficas entre los países eran difícilmente salvables en breve período de tiempo. Hoy en día, inmersos en un mundo caracterizado por la ubicuidad y la instantaneidad, en el que no sólo las fronteras no suponen apenas un obstáculo sino que las mismas distancias han sido prácticamente eliminadas y en el que, en cuestión de pocas horas, un monarca o un ministro puede desplazarse para dialogar o negociar en persona con su homólogo los asuntos más trascendentales, los embajadores y sus oficiales ya no pueden jugar el mismo papel que antaño.

En nuestra opinión, creemos que un buen “reciclaje” (si el protocolo diplomático nos permite la expresión) de todo el sistema de asuntos exteriores, de las embajadas y de los consulados, tendría que llevar a enfocar sus funciones sobre la Cooperación al Desarrollo, para que sea cada día más eficaz y se constituya como el experimento piloto que pueda vehicular la aparición en un futuro no demasiado lejano de un sistema de Relaciones Internacionales concebido del modo descrito en este trabajo, como un proyecto común y global de Cooperación Internacional que garantiza y promueve el Desarrollo de todos los Pueblos de la Tierra¹²⁵. ¿Qué no se podría lograr si el concepto que permea a los MAE fuese el de *Desarrollo Humano*, basado en la instauración del mayor esquema de libertades posible para cada miembro de la comunidad internacional (y dentro de cada Estado para cada individuo) compatible con otro semejante para los demás, promotor y garante de los Derechos Humanos y de la equidad en todas las dimensiones sociales y globales, que prioriza las necesidades de los más desprotegidos?

Ello, de nuevo, conllevaría que las relaciones diplomáticas se esforzasen por obtener, como primer resultado de sus trabajos, el nacimiento y la puesta en marcha de instituciones estables, transparentes y fiables allí donde todavía no existan, fundamento de una buena gobernanza en las sociedades domésticas y en la familia de los Pueblos.

¹²⁴ Cfr., J. RAWLS (1999), *The Law of Peoples*, o.c., 123.

¹²⁵ El papel de las embajadas y consulados cobraría un relieve de primer orden si su foco de atención fuese lo arriba descrito, no tanto por intereses de Estado, cuando por razones de Humanidad.

No se nos escapa el carácter utópico de toda nuestra propuesta. Esperamos que, como la de Rawls, sea una “utopía realista”, que aun siendo inalcanzable en un futuro inmediato o a medio plazo, el tenerla presente puede estimular los esfuerzos y motivar las decisiones de los responsables políticos para, al menos, ir dando pasos en esa dirección. Al fin y al cabo, ante situaciones y problemas nuevos, para los cuales no existen soluciones antiguas, sólo cabe utilizar la creatividad para poder resolverlos y avanzar. Toda acción creativa tiene en su origen una enorme dosis de utopía, que con el paso del tiempo y la voluntad de algunos podrá, un día, encarnarse en la realidad¹²⁶.

¹²⁶ Qué otro sentido sino éste, pueden tener las palabras de Rawls, cuando afirma: “*Society of Peoples Is Possible*... I said that political philosophy is realistically utopian when it extends what are ordinarily thought of as the limits of practical political possibility. Our hope for the future rests on the belief that the possibilities of our social world allow a reasonably just constitutional democratic society living as a member of a reasonably just Society of Peoples. An essential step to being reconciled to our social world is to see that such a Society of Peoples is indeed possible” (J. RAWLS (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 124); “For so long as we believe for good reasons that a self-sustaining and reasonably just political and social order both at home and abroad is possible, we can reasonably hope that we or others will someday, somewhere, achieve it; and we can then do something toward this achievement. This alone, quite apart from our success or failure, suffices to banish the dangers of resignation and cynicism. By showing how the social world may realize the features of a realistic utopia, political philosophy provides a long-term goal of political endeavor, and in working toward it gives meaning to what we can do today” (ibid., 128).

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALONSO, J. A.; OCAMPO, J. A. (dirs.) (2011), *Cooperación para el Desarrollo en tiempos de crisis*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

ALONSO, J. A.; MULAS-GRANADOS, C. (dirs.) (2011), *Corrupción, Cohesión Social y Desarrollo. El caso de Iberoamérica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica.

DÍEZ DE VELASCO, M. (dir.) (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos.

DRÈZE, J.; SEN, A. (1989), *Hunger and Public Action*, Oxford, Clarendon Press.

DRÈZE, J.; SEN, A. (eds.) (1990), *The Political economy of Hunger*, Oxford, Clarendon Press,

DRÈZE, J.; SEN, A.; Hussain, A. (1995), *The Political Economy of Hunger: Selected Essays*, Oxford, Clarendon Press.

DWORKIN, R. (2002), *Taking Rights Seriously* [trad. de M. Guastavino], Barcelona, Ariel.

GARGARELLA, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós.

POGGE, T. (2013), *¿Estamos violando los Derechos Humanos de los pobres del mundo?*, Barcelona, Editorial Proteus.

RAWLS, J. (1999), *A Theory of Justice. Revised edition*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

RAWLS, J. (2003), *Critical assessments of leading political philosophers. Volume I: Foundations and Method*, London - New York, Routledge.

RAWLS, J. (2001), *Justice as Fairness: a restatement*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

RAWLS, J. (1986), *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia* [trad. de M. A. Rodilla], Madrid, Tecnos.

RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.

RAWLS, J. (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

SCHMITT, C. (2006), *Der Begriff des Politischen* [trad. de R. Agapito], Madrid, Alianza Editorial.

SEN, A. (1985), *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, North-Holland.

SEN, A. (1999), *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press.

SEN, A. (1997), *On Economic Inequality*, Oxford, Clarendon Press.

SEN, A. (1981), *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford, Clarendon Press.

SEN, A. (1997), *Resources, Values and Development*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press.

SEN, A. (2009), *The idea of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Belknap Press of Harvard University Press.

TORRES BERNÁRDEZ, S. ET ALT. (coords.) (2013), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex.

WALZER, M. (2001), *Just and Unjust Wars* [trad. de T. Fernández Auz y B. Eguibar], BARCELONA, PAIDÓS.

WEBER, M. (2005), *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf* [trad. de F. Rubio Llorente], Madrid, Alianza Editorial.

Artículos

ARENAL MOYÚA, C. del, “La creciente interdependencia como factor de institucionalización de la sociedad internacional, en S. Torres Bernárdez et alt. (coords.) (2013), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 889-912.

BURNSIDE, C.; DOLLAR, D. (2000), “Aid, policies and growth”, *American Economic Review*, XC, 4, pp. 847-868

POGGE, T. (2004), “La incoherencia entre las teorías de la justicia de Rawls”, *RIFP*, 23, pp. 31-32.

POGGE, T. (2008), “¿Qué es la justicia global?”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 10 / n.º 19, pp. 99-114.

RAWLS, J. (1985), “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, 14, pp. 223-251.

En línea

ALONSO, J. A. (dir.), “Movilizando los recursos y los medios de apoyo para hacer realidad la agenda de Desarrollo Post-2015” [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.itd.upm.es/portfolio/movilizando-los-recursos-y-los-medios-de-apoyo-para-hacer-realidad-la-agenda-de-desarrollo-post-2015/>).

ALONSO, J. A.; GLENNIE, J., “What is development Cooperation?” [ref. de 1 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.un.org/en/ecosoc/newfunct/pdf15/2016_dcf_policy_brief_no.1.pdf).

AECID, “Acuerdo en la III Conferencia de Financiación para el Desarrollo de Abdis Abeba” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.aecid.es/ES/Paginas/Sala%20de%20Prensa/Noticias/2015/2015_07/17-addisabeba.aspx).

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “Declaración del Milenio” [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>).

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, “El Camino hacia la Dignidad para 2030” [ref. 27 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/en/development/desa/publications/files/2015/01/SynthesisReportSPA.pdf>).

CEPAL, “Objetivos de Desarrollo del Milenio”, objetivo 8, meta 12 [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mdg/noticias/paginas/6/35556/P35556.xml&xsl=/mdg/tpl/p18f-st.xsl&base=/mdg/tpl/top-bottom.xsl>).

EL PAÍS, “Las manos de mis dos niños se escaparon de las mías” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/09/03/actualidad/1441232434_109669.html).

NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de Derecho Humanos”, arts. 7, 8, y 29 [ref. de 26 de mayo de 2015], (en línea: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>).

ONU, “Historia de las Naciones Unidas” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.un.org/es/aboutun/history/sanfrancisco_conference.shtml).

OPEN WORKING GROUP proposal for Sustainable Development Goals, Introduction, núm. 7 [ref. de 27 de mayo de 2015], (en línea: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1579SDGs%20Proposal.pdf>).

Pogge, T., “Memo to the UN: accountability is key to effective development goals” [ref. de 21 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2013/aug/20/un-development-goals>).

RUIZ ARÉVALO, J. M.^a (2015), “La corrupción como amenaza para la estabilización post-conflicto. Lecciones aprendidas en Afganistán”, en Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE), [ref. de 10 de septiembre de 2015] (en línea: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO92-2015_Corrupcion_Afganistan_RuizArevalo.pdf).

THE WASHINGTON POST, “Aylan’s story: How desperation left a 3-year-old boy washed up on a Turkish beach” [ref. de 4 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2015/09/03/a-desperate-refugee-family-a-capsized-boat-and-3-year-old-dead-on-a-beach-in-turkey/>).

UNITED NATIONS, “Third International Conference. Financing for Development” [ref. de 2 de septiembre de 2015], (en línea: <http://www.un.org/esa/ffd/ffd3/>).

UNITED NATIONS, “Third International Conference. Financing for Development. Addis Ababa Action Agenda” [ref. de 12 de septiembre de 2015], (en línea: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA_Outcome.pdf).

ESCUELA DIPLOMÁTICA

**LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL
DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE CONVENIOS
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

MARÍA FRAN RUIZ

*A mis padres, que con amor, voluntad y esfuerzo
me trajeron al mundo.*

*A todos aquellos que con dedicación, esfuerzo y trabajo ayudan
a otras personas a traer a sus hijos al mundo.*

*Y a todas aquellas personas cuyo anhelo más profundo
es convertirse en padres
pero aún no han encontrado la forma de llevarlo a cabo,
espero que vuestro amor, voluntad y esfuerzo
se vean pronto recompensados con un hijo.*

RESUMEN

Debido a que el tema objeto de este trabajo es un fenómeno de gran complejidad, creo que no es posible abordar la determinación de la filiación surgida de los contratos de gestación por encargo sin previamente introducir, aunque sea de forma breve, el concepto en sí mismo, así como sus diferentes clases y sus antecedentes. A esto dedicaremos el primer capítulo de esta memoria.

En una segunda instancia, nos ocuparemos de abordar las diferentes técnicas para la determinación de la filiación derivada de esta técnica de reproducción asistida. Se partirá de la premisa del fin de la máxima romana de que la madre siempre es cierta, de forma que es necesario encontrar nuevas técnicas de determinación de la filiación. En vista de que las técnicas de reproducción asistida suponen la diversificación de las funciones de maternidad y paternidad, el objetivo lógico del derecho será el de poder establecer los mecanismos legales que nos permitan determinar la maternidad legal en pro del interés superior del menor.

En el tercer capítulo de este trabajo me ocuparé del análisis de la jurisprudencia referida a esta práctica. Empezaré por presentar la regulación actual de la gestación por encargo, para después presentar un caso concreto que suscitó sucesivas e importantísimas decisiones judiciales, que han ido poniendo de manifiesto la complejidad jurídica del fenómeno que nos ocupa.

La gestación por encargo es un fenómeno que suscita, como se verá, fuertes controversias no sólo en España sino también en otros muchos países. Las soluciones a las que se ha llegado en el extranjero para dar respuesta a esta problemática son variadas y su estudio resulta relevante para poder tener una visión de conjunto del fenómeno. Al estudio del derecho comparado dedicaré el capítulo cuarto de este trabajo. Para hacerlo, he decidido separar la casuística, en función de si la gestación por encargo está o no regulada y si esta regulación es positiva o negativa.

Como se verá en el capítulo tercero, el hecho de que la gestación por encargo no esté permitida en nuestro ordenamiento, hace que muchas parejas que anhelan

tener descendencia biológica, recurran a esta técnica en aquellos países en los que está permitida. Este fenómeno, denominado *cross-border reproductive care*, será objeto de análisis en el capítulo quinto, donde se tratarán con detenimiento las implicaciones derivadas de esta práctica, que como veremos, pueden llegar a ser dramáticas, en especial, para aquellas familias que quedan atrapadas en el extranjero sin poder volver a casa con sus hijos.

En el capítulo sexto del trabajo se abordará uno de los argumentos que se suelen esgrimir para la defensa de la gestación por encargo en España, me refiero a la posible vulneración del principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo del artículo 14 de la Constitución.

Todo lo que será analizado y argumentado en los primeros capítulos servirá para sustentar la defensa de la urgente necesidad de regular el convenio de gestación por encargo en España. A esta deseable e hipotética regulación se aludirá en el capítulo séptimo. Se presentarán en primer lugar los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de elaborar un convenio internacional de cooperación entre autoridades en materia de convenios de gestación por encargo. En segundo lugar, se presentarán las bases de una posible regulación de convenio de gestación por encargo en España.

Se concluirá, en última instancia, que las técnicas de reproducción asistida han supuesto una revolución en el concepto de familia, y en muchos casos, suponen el único recurso de aquellas parejas o personas que no tengan la posibilidad de tener descendencia biológica. Por otro lado, la regulación negativa de la gestación por encargo en España, provoca que cada vez más personas recurran a llevar a cabo esta práctica en el extranjero. Este hecho ha puesto de relieve las dificultades en sede de inscripción de la filiación que la falta de regulación positiva provoca, con el consiguiente perjuicio que esto supone para los comitentes, la gestante y el menor.

Estas argumentaciones me llevarán a concluir que únicamente una eliminación del principio de nulidad atribuido a los contratos de gestación por encargo y su consiguiente sustitución por una regulación responsable y consensuada podrá dar respuesta a una cuestión controvertida en términos éticos, religiosos, sociológicos y legales, algo que viene siendo demandado por la sociedad, en vista del gran incremento de casos registrados en los últimos años.

I. INTRODUCCIÓN

En términos generales podemos aseverar que vivimos en un mundo mejor que en el que vivieron las generaciones del siglo pasado. Pese a que no serán pocos los que me discutan esta aseveración, considero que el nivel de desarrollo de la humanidad en múltiples aspectos ha llegado a un punto casi inimaginable para las generaciones predecesoras; vivimos en un mundo globalizado, en el que, la tecnología nos permite desde saber a tiempo real lo que ocurre en el otro lado del mundo hasta poder viajar a la luna. En el ámbito de los derechos humanos también, al menos teóricamente, se ha conseguido el reconocimiento y defensa de un amplio abanico de derechos universales, pero también derechos de diferentes colectivos especialmente vulnerables, como los derechos de la mujer o del niño.

El reconocimiento de los derechos de la mujer, y en especial los derechos sexuales y reproductivos, ha supuesto un cambio radical del paradigma de familia que existía en muchos países, especialmente los llamados desarrollados. Hechos ligados al denominado empoderamiento de las mujeres, como pueden ser el sufragio femenino, la incorporación de la mujer al mercado laboral, el divorcio, el derecho al aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o las técnicas de reproducción asistida, son una realidad que en ocasiones queda ya muy lejana, pero que fueron en su momento y en algunos casos siguen siendo, objeto de grandes controversias y recelos. Sea como sea, son una realidad innegable.

Retomando el tema de los derechos humanos, se ha producido en los últimos años una consolidación del derecho fundamental a contraer matrimonio y formar una familia, y, por ende, a la procreación. En la vida real observamos como muchas personas no pueden hacer ejercicio de dicho derecho ya que biológicamente no les es posible, esto es porque son estériles. Los avances tecnológicos de los últimos años a los que nos referíamos al inicio de esta introducción han permitido lo que algunos autores han llamado una auténtica «revolución reproductiva».

Esta revolución ha supuesto la antes inimaginable separación entre la sexualidad y la reproducción. Me explico; este cambio de paradigma fundamental se inició con la aparición de los anticonceptivos, que supuso el cambio de rol social

de la mujer en la familia. La implicación más inmediata de este hecho es que posibilitó el sexo sin reproducción; este proceso culminó con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, que provocan que por primera vez sea posible la reproducción sin sexo¹.

Un cambio de paradigma tan trascendental no pasa inadvertido. De hecho, ha suscitado innumerables debates y controversias. Como ocurre en muchos casos, el derecho, que es un reflejo de la sociedad en la que opera, se va adaptando a las nuevas circunstancias, va evolucionando con la sociedad, aunque no siempre lo hacen a un tiempo. En el caso de la gestación por encargo esto está siendo evidente en los últimos años.

Como estudiaremos a lo largo de este trabajo, la regulación jurídica de la gestación por encargo pretendió desde un inicio disuadir a las parejas o ciudadanos españoles de su utilización. Muchas eran las reticencias morales, sociales y jurídicas que inspiraba, por lo que se optó por no incluirla en el derecho español.

Sin embargo, veremos que el legislador no ha conseguido cumplir con su objetivo, no ha podido contener el deseo fundamental de muchas parejas de tener descendencia biológica, que han acudido a esta práctica a pesar de su nulidad. Más allá del debate acerca de la comisión de un fraude de ley, la conclusión a la que se llega es a que se hace urgente y necesaria la legalización de esta práctica, que, a pesar de ser nula de pleno derecho, se practica. No se puede ignorar por más tiempo que es una técnica llevada a cabo por muchos ciudadanos y que la falta de regulación positiva en nuestro ordenamiento acaba por entrañar unas consecuencias que son perjudiciales para aquellos que las practican y para una tercera parte en la cuestión, el bebé fruto de estos contratos, cuyos derechos se ven menoscabados y se deben preservar por encima de todo.

II. CUESTIONES PREVIAS

1. ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Muchos son los términos utilizados para referirse a la gestación por sustitución. De todos ellos, quizá los más usuales son maternidad subrogada o gestación subrogada, alquiler de útero o vientre de alquiler, maternidad de alquiler o maternidad sustituta, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, entre otros muchos. Se explicarán a continuación las razones por las cuales se ha optado por el término *gestación por encargo* o *gestación por sustitución*.

¹ Véase LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

La propia evolución del fenómeno y la aparición de diversas modalidades, de las que nos ocuparemos más adelante, ha permitido precisar un término más adecuado que se ajuste a las características de la figura. Por un lado, se puede concluir que el término *subrogación* no es jurídicamente correcto por no englobar todas las modalidades del fenómeno. El término *subrogar* es definido por la Real Academia Española como «sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra», por lo que se ajusta a aquellos supuestos en los que la gestante aporta tanto el material genético como el proceso de gestación. Puesto que existen casos en los que la mujer gestante únicamente aporta la gestación pero no los gametos, se ha comenzado a usar el término *sustitución*, para referirse al hecho de que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo².

Por otro lado, el término *maternidad* suscita también algunas imprecisiones, teniendo presente además que es un término que engloba una realidad mucho más extensa que la mera gestación. Puesto que la mujer gestante no se convertirá en la madre del bebé que ha nacido, es preferible hablar de *gestación*. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación.

Por razones obvias se deben descartar de entrada todos aquellos términos referidos al «*alquiler*», ya que añaden un componente peyorativo.

Descartados todos los demás términos por las razones ya explicadas, a lo largo de este trabajo se usará el término *gestación por sustitución o por encargo* que es, además, la terminología adoptada por la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo, (en lo sucesivo, LTRHA).

2. CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Al igual que se encuentran multitud de términos para referirse a la gestación por sustitución, encontramos tantas o más aproximaciones al concepto de este fenómeno.

La definición que esboza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que analizaré más adelante, dice de la gestación por sustitución que,

«consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

En la doctrina podemos encontrar el contrato de gestación por encargo definido como «la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un

² LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo»³. A esta definición se añade también a menudo el componente de la contraprestación, especificándose que dicho contrato puede ser oneroso o gratuito⁴.

Sin embargo, la aproximación que me parece más adecuada es la proporcionada por Antonio J. Vela Sánchez, que enmarcándolo dentro de los supuestos especiales de reproducción humana asistida, define el contrato de gestación por encargo como un contrato por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé —concebido a través de las técnicas de reproducción asistida— para que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no⁵.

3. TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La doctrina distingue dos modalidades dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

La gestación por sustitución tradicional (*traditional surrogacy*), también denominada plena o total, implica que la gestante aporta tanto sus óvulos como la gestación. Puede darse el caso de que los gametos masculinos provengan del comitente o de un donante, en este último caso, los comitentes no aportan material genético alguno. La comitente, si la hay, carece de vínculo genético con el niño. En estos casos lo normal es que el proceso se realice mediante la técnica de inseminación artificial para provocar el embarazo a la gestante.

La gestación por sustitución gestacional (*gestational surrogacy*), también denominada parcial, se caracteriza porque la gestante aporta únicamente la gestación, pero no sus gametos, que son aportados por la comitente o por una donante. En estos casos el proceso se debe llevar a cabo necesariamente mediante la técnica de fertilización in vitro. En este caso, podemos encontrar varias opciones. En primer lugar, la posibilidad de que el material genético (gametos) provengan de donantes y no de los comitentes ni de la madre gestante. En segundo lugar, que el óvulo pertenezca a un donante y el espermatozoides al esposo o pareja de la comitente. En tercer lugar, que el óvulo provenga de la comitente y el espermatozoides de un donante. Por último, que el material genético provenga de los comitentes.

De entre las dos clases de gestación por sustitución, la tendencia es optar por la gestacional. En Estados Unidos, especialmente a partir de la problemática

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons.

⁴ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», *ArC*, núm. 6/2011, p.1 y ss.

⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

que se desencadenó tras el caso *Baby M*, que se tratará en el siguiente epígrafe, las parejas procuran recurrir a la gestacional. Se estima que el 95% de todas las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en los Estados Unidos y en las que un abogado está implicado, son gestacionales en lugar de tradicionales⁶.

4. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A pesar de que la figura de la gestación por sustitución nos parece un fenómeno de la historia reciente, lo cierto es que debemos remontarnos a dos pasajes del Antiguo Testamento para encontrar sus primeros antecedentes.

En primer lugar, encontramos el caso de Jacob que, ante la imposibilidad de su esposa Raquel de darle descendencia, recurrió a su esclava Bilha, que le dio un hijo⁷. El segundo caso lo encontramos cuando Sarah, frustrada por su incapacidad de dar a luz un hijo, instó a su esposo Abraham a tener relaciones sexuales con una mujer esclava⁸.

Encontramos más adelante otros casos de varones a los que se les permitía casarse con otra mujer si la primera no era capaz de darle descendencia, como ocurría en la antigua Mesopotamia o en la Grecia clásica. En el Código de Hammurabi se decía que la mujer estéril que deseaba tener hijos tenía que dar una esclava a su marido con el objetivo de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina hasta que la primera no consiguiera concebir un hijo varón. Además, este Código establecía ciertas «garantías sociales» para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a quienes no se las podía vender.

El primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976. Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, creó la *Surrogate Family Service Inc*, para ayudar a parejas con dificultades para procrear. En la clínica se les proporcionaba acceso a madres gestantes y se realizaban todos los trámites necesarios para la subrogación. En estos primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos (gestación por sustitución «tradicional») debido a que la única técnica reproductiva disponible en aquel momento era la inseminación artificial.

⁶ HINSON, D.S., McBRIEN, M. (2012), «Surrogacy Across America». *Family Advocate*, vol.34, p.32.

⁷ «Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacobo». (Génesis 30:1-6)

⁸ «Sarah, la mujer de Abraham, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella (...) y Hagar dio un hijo a Abraham y Abraham lo llamó Ishmael» (Génesis: 16.1 a.4).

El año 1978 supuso un antes y un después en el panorama de la gestación por sustitución, a partir de la aparición de la fertilización in vitro. El primer caso de gestación por sustitución «gestacional» del que se tiene constancia data de 1984, cuando los embriones de una mujer sin útero fueron transferidos al de una amiga que dio a luz a un bebé con el que no guardaba ninguna relación genética. Este hito médico supuso un incremento considerable de los casos de gestación por sustitución, aunque no ha dejado de suscitar múltiples focos de controversia.

Sin embargo, la visibilidad pública de la gestación por sustitución se alcanzó a mediados de 1986, cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que puso de relieve una de las problemáticas de la gestación por sustitución: el caso *Baby M*.

El señor Stern, ante la imposibilidad de que su esposa Elisabeth procreara un hijo, llevó a término con la señora Whitehead un contrato por el cual se comprometía a pagarle a la señora Whitehead 10.000 dólares más gastos médicos a cambio de que ésta fuera inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, diera a luz al bebé y se lo entregara a él y a su esposa, renunciando a todos los derechos filiatorios sobre el niño. Se convino además que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. Fruto de este contrato nació una niña el 27 de marzo de 1986. La señora Whitehead permaneció con la pequeña durante los días siguientes a su nacimiento, por deseo de los señores Stern. El problema se plantea cuando la señora Whitehead decide que no entregará la niña a los señores Stern, negándose además a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiera adoptar a la niña, tal y como se había pactado en el contrato de gestación por sustitución. El caso se llevó ante los tribunales y el Tribunal Supremo de Nueva Jersey determinó que, aunque el contrato de gestación por sustitución era ilícito, el factor determinante de la causa era el interés superior de la menor. El Tribunal resolvió finalmente conceder la custodia permanente a William y Elisabeth Stern, permitiéndole a la señora Whitehead un derecho de visita⁹.

III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y FILIACIÓN

Aunque podemos afirmar que todas las técnicas de reproducción asistida en general suscitan controvertidos debates éticos, médicos, sociológicos o legales, lo cierto es que el caso de la maternidad por encargo es la que probablemente deje menos indiferente, en especial, en el ámbito jurídico.

⁹ Véase a propósito de este tema: http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html

La razón se encuentra en el hecho de que la maternidad por encargo rompe radicalmente con una máxima del Derecho romano que ha imperado e impera en nuestro ordenamiento jurídico y en otros muchos de nuestro entorno, según la cual, *mater semper certa est*, es decir, que la madre siempre es cierta, esto es, madre sólo hay una y ésta es aquella que da a luz. Con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, en concreto de la fecundación in vitro, esta máxima se quiebra y la maternidad deja de ser un hecho cierto.

1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD LEGAL

Como se ha analizado en el epígrafe de análisis histórico del fenómeno, hasta la aparición de la técnica de fecundación in vitro, era la mujer la que aportaba tanto el óvulo como la gestación. En la actualidad, debido a que existe la posibilidad de que una mujer gestante dé a luz a un bebé con el que no guarda parentesco genético alguno, las funciones maternas se diversifican¹⁰. Por ello, es importante que el derecho pueda determinar cuál es la maternidad relevante jurídicamente¹¹.

Es preciso resaltar en este punto del análisis que, conforme al artículo 112 del Código Civil español, la filiación «produce sus efectos desde que tiene lugar», es decir, que la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución no es constitutiva. Por lo que una certificación de un registro extranjero que establezca la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución llevado a cabo por españoles en el extranjero, existe aunque no figure inscrita en el Código Civil español¹².

1.1. Teoría genética

La primera postura defiende que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, es decir, cuando se trata de un caso de gestación por sustitución gestacional, la maternidad jurídica debe corresponder a la mujer que aporta los gametos. Uno de los argumentos más relevantes que apoyan esta teoría es la certeza de que un niño sólo puede tener un padre y una madre genéticos. De esta manera se elimina gran parte de la incertidumbre ya que los padres son genéticamente identificables¹³. Podemos añadir como argumento para sustentar esta teoría el

¹⁰ LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

¹¹ PÉREZ MONGE, M. (2002), *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

¹² VELA SÁNCHEZ, A.J (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

¹³ BENDER, L. (2003), «Gender, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race & Law». *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 43.

hecho de que es precisamente el elemento biológico el que hace que unos futuros padres opten por esta técnica de reproducción en lugar de recurrir a la adopción.

Esta teoría fue aplicada en el caso *Belsito vs. Clark*. Un tribunal de Ohio debió determinar si en la partida de nacimiento de un niño debían figurar los apellidos de la madre gestacional o de la madre genética.

Las críticas de la doctrina a la teoría genética se centran en la devaluación del proceso gestacional, un proceso que consideran especialmente relevante en el conjunto de la procreación¹⁴. Además, esta teoría presenta inconvenientes evidentes cuando la mujer donante del óvulo no es ni la madre gestante ni la comitente. En este caso el niño no tendrá relación genética ni con la mujer que tiene la intención de criarlo ni con la mujer que lo ha gestado. Por otro lado, no sería posible recurrir a esta teoría en el caso de que el material genético sea aportado por una tercera persona debido a la presente redacción del art. 8.3 de la LTRHA¹⁵.

1.2. Teoría gestacional

Esta postura supone una aplicación literal del principio romano según el cual la madre es aquella que ha gestado y ha dado a luz al niño. Esta teoría defiende la prevalencia de la relación biológica entre gestante y niño sobre la relación genética. Resalta la especial relación entre la gestante y el futuro bebé, que viene determinada por el hecho de que es ésta mujer la que lo lleva en su vientre por nueve meses, dándole cobijo y protección. Esta es la teoría asumida por la actual Ley de Técnicas de Reproducción Humana y Asistida, que además declara nulo todo contrato de gestación por encargo y estipula que, en todo caso, la madre legal será la mujer gestante.

Esta teoría fue la aplicada en el caso *A.H.W. vs. G.H.B.* En este caso, un tribunal de Nueva Jersey determinó no permitir que unos padres genéticos pudieran registrar con sus apellidos a su hijo nacido mediante gestación por encargo.

1.3. Teoría intencional

Esta postura determina que la madre legal debería ser aquella que desea ser madre, es decir, aquella persona en la que reside la voluntad procreacional.

Esta teoría fue desarrollada durante el caso *Johnson vs. Calvet* en el año 1993. Es menester analizar este caso más en profundidad puesto que supone el punto de partida de esta teoría de determinación de la madre legal. Por otro lado, esta

¹⁴ REICHMAN SCHIFF, A. (1995), «Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Mternity». *Iowa Law Review*, núm. 80, pp.265-276.

¹⁵ El art. 8.3 de la LTRHA estipula que «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de filiación».

fue la primera vez que el Tribunal Supremo de California se planteaba el interrogante sobre si la madre legal es la que da a luz o la que aporta el material genético.

Mark y Crispina Calvert se plantearon recurrir a la gestación por encargo después de que, en 1984, Crispina Calvert se viera obligada a someterse a una histerectomía que no la impidió seguir produciendo óvulos viables para la concepción. En 1989, una conocida de la pareja, Anna Johnson, se ofreció a gestar al hijo de Crispina y Mark y firmó con ellos un contrato donde se estipulaba que un embrión creado a partir de los gametos de Mark y Crispina mediante la técnica de fecundación in vitro le sería implantado a Anna y que el bebé que naciera nueve meses más tarde sería entregado a Crispina y a Mark como hijo de ellos. Anna asintió en renunciar a todos los derechos como madre del futuro hijo y el matrimonio Calvert, por su parte, se comprometía a pagarle a Anna la suma de 10.000 dólares en varias cuotas, la última de las cuales sería abonada seis semanas después del parto y, además, le contrataron un seguro de vida por valor de 200.000 dólares. Anna quedó embarazada en enero de 1990 tras lo cual la relación con la pareja se rompió. En julio de 1990, Anna solicitó a Mark y Crispina el pago del total que se le debía. El matrimonio inició una acción legal por la que solicitaban una declaración que estipulara que ellos eran los padres legales del niño, que aún no había nacido. Por su parte, Anna Johnson inició un proceso para ser declarada madre legal del pequeño. Ambos casos fueron unificados y en primera instancia se resolvió que el matrimonio Calvert debía ser considerado como los padres genéticos y biológicos del niño. Anna apeló y el caso llegó a la Corte Suprema de California. Anna Johnson solicitaba ser declarada madre legal en virtud del artículo 7003 del Código Civil de California, que establece que la filiación viene determinada por la prueba de haber dado a luz. Crispina Calvert invocaba la aplicación del artículo 7015 del Código Civil californiano, que respalda la determinación de la filiación en base a las pruebas genéticas. Por lo tanto, las reclamaciones de ambas mujeres, la gestante y la genética, eran legalmente válidas. La Corte Suprema de California debió buscar un tercer método de atribución de la maternidad. Fue en este contexto en el que se planteó por primera vez la teoría de la intención de las partes en el momento de la firma del contrato. La Corte determinó lo siguiente:

«Debido a que las dos mujeres han presentado pruebas aceptables de maternidad, no creemos que este caso pueda ser resuelto sin examinar las intenciones de las partes, tal como se manifestaron en el acuerdo de sustitución. Mark y Crispina constituyen una pareja que deseaba tener un niño genético, pero tienen una imposibilidad física para hacerlo sin la ayuda de la tecnología reproductiva. Tuvieron la intención de que el niño naciera y llevaron a cabo los pasos necesarios para efectuar una fertilización in vitro. Si no hubiera sido por su intención llevada a cabo el niño no existiría. Anna estuvo de acuerdo en facilitar la procreación del niño de Mark y Crispina. La intención de las partes fue la de traer al mundo al

niño de Mark y Crispina, no la de Mark y Crispina de donar un embrión a Anna. Si bien la función gestativa que Anna llevó a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no habría tenido oportunidad de gestar o de dar a luz si ella, antes de la implantación del embrión, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre del niño.»

Esta teoría supone una ruptura con el principio de que madre es la que gesta y da a luz al hijo y de que la madre siempre es cierta. Hace prevalecer la intención de los comitentes porque parte de que, pese a que todos los actores intervinientes en un contrato de gestación por encargo son necesarios, sin la intención primaria de la persona o pareja que desea tener un hijo, este hijo no hubiese sido creado. Aquellos que desean ser padres son los que ponen en marcha la maquinaria de la procreación¹⁶. En este sentido, son estas intenciones las que deberían determinar la paternidad legal. Así como resulta en la adopción, la paternidad ya no es un mero acto físico, sino que es principalmente una opción, una voluntad. Elemento que ha recobrado una importancia principal, sobre todo tras la aparición de las Técnicas de Reproducción Asistida.

IV. ANÁLISIS NORMATIVO

En España, así como sucede en casi todo el resto del mundo, la gestación por encargo no es una figura que tenga una aceptación general, sino que suscita críticas y conflictos en diferentes ámbitos. La gestación por encargo se encuentra regulada en la LTRHA, Ley 14/2006 de 26 de mayo, que analizaré a continuación.

1. LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA Y ASISTIDA

Esta ley declara en su artículo 10.1 la nulidad de cualquier contrato por el que se convenga, con contraprestación o sin ella, la gestación de un niño por parte de una mujer que posteriormente renuncie a la filiación en favor de un tercero. Esto significa que cualquier contrato de gestación por encargo será declarado nulo de pleno derecho, no pudiendo ser alegado ante los tribunales y, por ende, no se derivarán del mismo derechos u obligaciones ni para los comitentes ni para la gestante. La ley rechaza así el fenómeno de la gestación por sustitución y pretende, mediante la nulidad, disuadir de la celebración de estos contratos.

¹⁶ LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

Sin embargo, si uno de estos contratos llegase a celebrarse, dado que la gestación y el alumbramiento no se pueden deshacer, la ley determinará la madre legal mediante el artículo 10.2, que establece que la madre de aquellos niños nacidos mediante esta técnica será aquella que gesta y da a luz al niño, lo cual viene a reafirmar el principio de Derecho romano de *mater semper certa est*.

Por otro lado, conviene precisar que, aunque la gestación por encargo no esté tipificada en el Código Penal español como delito, ésta sí podría dar lugar a la comisión de varios delitos tipificados en el artículo 220 del Código Penal (suposición del parto y ocultación o entrega del hijo) y en el artículo 221 del Código Penal (compraventa de niños). Además, si la gestación por encargo se lleva a cabo en España, puede llegar a considerarse una infracción grave. En este sentido, tienen relevancia las observaciones de Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu, que consideran que «es totalmente equivocado colocar en la misma bolsa a una pareja estéril y obsesionada por tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoide y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano. Tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves¹⁷».

Por lo tanto, la legislación actual se provee de dos mecanismos para impedir que finalmente se lleven a cabo los efectos que se persiguen con un contrato nulo de gestación por sustitución. Por un lado, al ser un contrato nulo, no podrá ser alegado ante los tribunales, de forma que los comitentes no podrían exigir la entrega del niño a una madre gestante que se negase a hacerlo. Además, en caso de que el bebé sí fuera entregado a los comitentes, la filiación correspondería en todo caso a la madre gestante, puesto que quedaría determinada por el parto, careciendo de importancia a tal efecto cualquier prueba genética.

Debido a que es una práctica que carece de efectos en el Derecho español, aquellos ciudadanos españoles que desean convertirse en padres por medio de esta práctica, recurren a la gestación por encargo en aquellos países en los que sí es legal. Este hecho ha provocado un elevado número de casos de bebés nacidos en el extranjero en base a una práctica no permitida en España, que esperan ser reconocidos en el derecho español. Este fenómeno ha obligado al Derecho Privado Internacional español a intentar buscar la manera de dar respuesta a estos casos, cuestión de la que nos ocuparemos en los apartados siguientes.

¹⁷ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. (1994), *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, Dykinson.

2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL EN ESPAÑA DE LOS NIÑOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR ENCARGO.

El primer caso que puso de manifiesto la problemática de la que me ocupo es el de un matrimonio homosexual español que recurrió a la técnica de gestación por encargo en Estados Unidos, país donde sí está permitida y regulada.

Resalto en este punto que se trata del primer caso que atrajo la atención de opinión pública y especialistas, pero que no fue ni mucho menos el primer caso de bebé nacido en el extranjero fruto de la gestación por encargo, sino que puso de manifiesto la existencia de una práctica que ya se venía realizando. En los casos anteriores, al ser llevados a cabo por parejas heterosexuales, la existencia de un contrato de gestación por encargo pasaba inadvertida y las actas de nacimiento extranjeras eran transcritas en el Registro Civil español sin mayores problemas.

Este caso constituye, además, una manifestación del trato desigual del que son objeto las parejas homosexuales en comparación con las heterosexuales, aspecto que se tratará con más detenimiento en capítulos siguientes.

Retomando el caso objeto de análisis, la pareja española que había contraído matrimonio en Valencia en octubre de 2005 y tras firmar en California un contrato de gestación por encargo con una mujer gestante, tuvo gemelos. Intentaron inscribir el nacimiento de los gemelos como hijos de ambos en el Registro Consular de España en el Estado de California, el 7 de noviembre de 2008. Tres días más tarde, el canciller encargado del Registro Civil consular dictó auto denegando la inscripción de los gemelos, en cuyo certificado de nacimiento sólo constaba que sus padres eran los dos hombres. En dicho auto, el canciller alegó que el nacimiento de los gemelos había sido fruto de un contrato de gestación por encargo, esto es, un contrato nulo de pleno derecho a los ojos del derecho español y que, por tanto, debía considerarse madre legal de los gemelos a la mujer gestante. Se señalaba, además, la imposibilidad de que dos hombres fueran los padres de los gemelos, dada la necesaria existencia de una mujer que aporte los óvulos y geste a los niños. Se alegaba, por lo tanto, que el hecho no podía ser inscrito por incumplir dos de los requisitos necesarios para que un hecho sea inscrito en el Registro Civil, a saber, el de la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito¹⁸.

¹⁸ Artículo 23 de la Ley del Registro Civil: «Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados por en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española [...]»

2.1. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Ante la negativa a la inscripción de los gemelos, el matrimonio interpuso un recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado. Por Resolución de 18 de febrero de 2009, la Dirección General de Registros y del Notariado estimó el recurso. Resolvió que, debido a que la filiación de los niños había sido determinada en Estados Unidos, debía inaplicarse el artículo 10 de la LTRHA ya que no se trata de determinar la filiación de los bebés, sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada en el extranjero. Es decir, que exige una comprobación puramente formal y no una determinación de la realidad del hecho¹⁹. La Resolución estipuló que el control de la legalidad de las certificaciones extranjeras se limita a la comprobación de que se trate de un documento público emitido por la autoridad extranjera competente. El Encargado del Registro español no debe ocuparse de determinar la filiación jurídica conforme a Derecho español, sino que se ocupa de registrar una filiación ya determinada por órgano competente conforme a legislación extranjera vigente. En este sentido es relevante extraer el análisis de Vela Sánchez, cuando afirma que «la norma de conflicto debe emplearse, exclusivamente, cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones jurídicas privadas internacionales que se plantean, por primera vez, ante autoridades españolas, y no debe utilizarse cuando ya existe una decisión firme pronunciada por autoridad registral extranjera competente»²⁰.

La Resolución sostiene además que la inscripción de la filiación en el Registro Civil no vulnera el orden público internacional español, debido a que responde a la necesidad de salvaguardar el interés superior del menor. Se entiende que es el interés del menor el reconocerle la filiación de aquellos progenitores que realmente tuvieron la intención de traerlo al mundo, acogerlo, criarlo y protegerlo, y no la de aquella mujer que voluntariamente se prestó a ser una mera parte del proceso sin que su intención en ningún momento fuera otra que la de entregarle los bebés al matrimonio español una vez finalizado el proceso gestacional. Se entiende que la protección del interés superior del menor consiste en que la filiación de los niños quedara determinada por las personas que han dado su consentimiento en ser madres o padres. Se añade a esta consideración del interés superior del menor el reconocimiento del derecho fundamental a una identidad única, que, de no ser observado, llevaría a que los padres de los niños fueran distintos según estos se encuentren en España o en Estados Unidos.

¹⁹ ALBERT MÁRQUEZ, M. (2012), « Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14.

²⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

En lo que respecta al argumento del encargado del Registro Consular de que el certificado de nacimiento californiano reflejase como padres de los niños a dos hombres, se alega que si, a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, los hijos adoptados pueden tener dos padres varones, dado que la ley española no distingue entre hijos naturales y adoptados, no existe motivo por el cual unos hijos naturales no puedan tener dos padres varones.

2.2. La Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.

El 10 de octubre de 2010 se dicta la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta Instrucción, en la línea de la Resolución de 18 de febrero de 2009, permite la inscripción de los hijos nacidos mediante convenio de gestación por sustitución en un país en que esté permitida ésta práctica, fijando como requisitos que uno de los progenitores sea español y que se presente, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Por lo tanto, si la relación de filiación no ha quedado establecida en una resolución judicial previa, no será posible la inscripción. Si se diera el caso de que dicha resolución judicial extranjera haya sido dictada tras un procedimiento contencioso, será necesario solicitar el *exequátur* a los Juzgados de Primera Instancia.

Así, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado va más allá que la Resolución de 18 de febrero de 2009, en el sentido de que no basta con una certificación registral emitida por la autoridad competente extranjera para poder proceder a la inscripción de la filiación. Es necesario además un control incidental, como requisito previo a la inscripción. Este control es necesario para evitar que el contrato de gestación por encargo pueda recubrir de legalidad el tráfico internacional de menores. Además, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ofrece una aproximación de lo que debemos entender por el orden público en lo que afecta a la gestación por encargo, cuando establece que el encargado del Registro Civil deberá controlar:

«Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente».

2.3 La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

Esta Sentencia rechaza las pautas establecidas en la Instrucción de 18 de febrero de 2010 y, por ende, rechaza la inscripción registral de la filiación derivada de un contrato de gestación por encargo, alegando la nulidad de pleno derecho de dichos contratos establecida en el art. 10 de la LTRHA.

La Sentencia alega que no es definitivo el criterio de los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, sino el criterio extraído del artículo 23 de la Ley del Registro Civil, de mayor rango normativo. Esto quiere decir que la filiación jurídica de los niños nacidos en virtud de un convenio de gestación quedará determinada por el parto.

En esta misma línea se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011. La citada Sentencia alega que existen «importantes obstáculos» para la inscripción registral de la filiación de los dos niños, mencionando expresamente al «orden público internacional español».

2.4. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Esta Sentencia aporta relevancia al análisis desde el punto de vista de las referencias al orden público internacional español.

La citada Sentencia viene a confirmar la doctrina establecida en las Sentencias de 15 de septiembre de 2010 y de 23 de noviembre de 2011 y lo hace incidiendo en el control de legalidad de las certificaciones extranjeras presentadas para su inscripción en el Registro Civil español, de la siguiente manera:

«la legalidad conforme a la Ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación)».

En este contexto, el Tribunal Supremo, en la citada Sentencia, entiende por orden público:

«el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan».

Así, la Sentencia alega finalmente que el contrato de gestación por sustitución va en contra del orden público ya que resulta:

«incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección de la infancia [...] y vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población».

Se alega como principal impedimento legal a la inscripción de la filiación derivada de un contrato de gestación por encargo la prohibición expresa del artículo 10 de la LTRHA.

V. DERECHO COMPARADO

Teniendo en cuenta que la gestación por encargo es una práctica que suscita multitud de opiniones a favor y en contra, no es de sorprender que reciba una regulación distinta en cada país. Este hecho dificulta aún más la homogenización internacional de la práctica hacia un convenio que la regule internacionalmente.

A continuación, me ocuparé de presentar brevemente el trato que le dan otras legislaciones extranjeras a esta técnica reproductiva. Encontramos tres corrientes principales: países donde la legislación prohíbe la gestación por sustitución, países donde se admite de manera restringida a ciertas condiciones y países donde la admisión es total. Después presentaré asimismo dos casos en los que no se ha regulado de manera legal, son los de Argentina y la India. Finalmente me referiré al caso particular de los Estados Unidos, país en donde la gestación por encargo se ha ido regulando de diferente forma en cada uno de los Estados.

1. PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1.1. Alemania

La legislación alemana prohíbe la gestación por sustitución en dos leyes. Por un lado, la ley de adopción, que la prohíbe y la castiga con un año de prisión. Por otro lado, la ley de protección del embrión de 1990, que establece:

«I. Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2) *Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo a la mujer de quien proviene el óvulo[...];*
- 6) *Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección;*
- 7) *Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento».*

1.2. Francia

Mediante la Ley 94-653 de 29 de julio de 1994 se modificó el Código Civil francés al introducir la disposición:

«todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo».

En el Código Penal encontramos tres disposiciones al respecto. El artículo 227-12 impone un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actuasen como intermediarios entre mujer gestante y comitente o comitentes, añadiendo que, si estas personas actúan con ánimo de lucro, las penas se doblarán. El artículo 227-13, estipula que:

«la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros».

Finalmente, el artículo 511-24 del Código Civil francés estipula que:

«proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L.152-2 del código de salud pública será castigado con 5 años de prisión y 75.000 euros de multa».

De lo anterior se desprende que en Francia, la gestación subrogada no sólo es nula a los ojos del derecho civil, sino que además, está prohibida y también penalizada por el derecho penal.

A pesar de ello, muchos ciudadanos franceses recurren a la gestación por encargo en el extranjero con el fin de eludir esta prohibición. Especialmente relevantes son dos de estos casos, ya que han motivado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que analizaré a continuación.

Se trata de dos casos sometidos ambos a la Corte de Casación francesa, el caso *Mennesson c. France* y el caso *Labassee c. France*. En ambos casos nos encontramos con una pareja que acude a los Estados Unidos (California y Minnesota) para llevar a cabo un convenio de gestación por encargo, que se realiza con el aporte genético del padre y el óvulo de una donante. Después del nacimiento, el juez norteamericano determinó que los padres legales de los niños en base al certificado

de nacimiento eran los comitentes. Cuando las actas de nacimiento de estos dos bebés fueron inscritas en el Registro Civil francés, el Ministerio Público solicitó su anulación, alegando que iba en contra del orden público francés.

A la vista de las dos sentencias en apelación negando la inscripción de los bebés, el asunto fue remitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que emitió la trascendental Sentencia de 26 de junio de 2014 (asuntos *Menesson vs. France y Labassee vs. France*)²¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se manifiesta a favor de la inscripción registral de la filiación de ambos menores y aporta cuatro argumentos. En primer lugar, se alegaba la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que proclama el derecho al respecto de la vida privada y familiar. En segundo lugar, el tribunal alega la infracción del artículo 14 del citado Convenio, que prohíbe la discriminación jurídica, puesto que, debido a la imposibilidad de obtener el reconocimiento de su vínculo de filiación, que por otro lado había sido legalmente establecido en país extranjero, los menores eran objeto de discriminación con relación a otros niños. En tercer lugar, se alega la contravención del artículo 12 del citado Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se ocupa del derecho a contraer matrimonio, ya que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción les privaba del derecho a formar una familia, elemento central del derecho a contraer matrimonio. Para terminar, el Tribunal alegaba la contravención del artículo 6 del citado Convenio, que regula el derecho a un proceso judicial equitativo, que se veía menoscabado por la negativa de las autoridades francesas a reconocer los efectos jurídicos de un juicio válidamente celebrado por la autoridad competente de un país extranjero.

1.3. Suiza

La Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 prohíbe expresamente la gestación por encargo. Además, el artículo 119.2 de la Constitución Federal establece definitivamente la prohibición de la siguiente manera:

«La donación de embriones y todas formas de gestación por sustitución están prohibidas».

1.4. Italia

La Ley número 40, sobre normas en materia de procreación asistida, del 19 de febrero de 2004, prohíbe el uso de gametos ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» y establece multas que van desde los 600.000 euros al millón de euros y penas de hasta tres años de cárcel.

²¹ Disponibles en: [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179#{"fulltext":\["labassee"\],"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179#{) y [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179#{"fulltext":\["labassee"\],"itemid":\["001-145179"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145179#{)

1.5. Austria

La Ley austríaca de técnicas reproductivas del 4 de junio de 1992, sólo permite el uso de gametos si son los de la pareja que se somete al tratamiento de reproducción asistida, salvo que el hombre sea estéril, caso en que se permite la donación de semen mediante la inseminación artificial. Al descartar totalmente la fecundación in vitro en este caso, se descarta la gestación por sustitución.

2. ADMISIÓN RESTRINGIDA

2.1. Reino Unido

En el Reino Unido encontramos la gestación por sustitución regulada en varios instrumentos normativos. Lo más relevante de esta regulación es que, mientras que permite la gestación por sustitución a título gratuito, prohíbe radicalmente esta práctica cuando tiene fines comerciales.

La prohibición tiene sus raíces en el denominado Informe Warnock. Mary Warnock presidió la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, entre 1982 y 1984. Los trabajos de esta comisión se plasmaron en el citado informe, en el que se basó la ley británica sobre reproducción asistida, *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 y posteriormente la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008.

El Informe Warnock recomendaba declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución. La citada ley además imponía sanciones criminales a la creación de establecimientos comerciales que reclutasen mujeres para servir de gestantes y lleven a cabo este tipo de contratos.

Por otro lado, y como ya hemos anunciado, las leyes británicas además admiten los contratos de gestación por sustitución si éstos están justificados por motivos médicos (infertilidad), en cuyo caso no se hará mediante un contrato de gestación, sino directamente por la vía médica, y siempre que se haga a título gratuito admitiéndose un pago a la gestante que cubra los gastos médicos asociados al embarazo.

En lo que se refiere a la filiación, ésta viene determinada por el parto, incluso cuando la gestante no haya aportado el material genético. Sin embargo, se establece un sistema legal de transmisión de la filiación a los comitentes. Este proceso se inicia una vez transcurrido un periodo mínimo de seis semanas tras el parto y mediante una solicitud de los comitentes ante un juez. El juez inicia pues un proceso de transmisión de la filiación, que inicialmente se había concedido a la gestante, hacia los comitentes. El proceso finaliza cuando la gestante, tras un periodo de reflexión, consiente en dicha transmisión.

Lo más relevante de este sistema es quizá su enfoque, basado en el interés superior del menor y en un análisis del consentimiento de las partes, en especial, en una serie de garantías reconocidas a la mujer gestante, a la que se permite cambiar de opinión durante un tiempo razonable antes, durante y después del proceso gestacional.

2.2. Australia

En Australia la regulación de las técnicas de reproducción asistida no está centralizada, de manera que recae en manos de cada uno de sus diferentes Estados y Territorios. En la actualidad, la gestación por sustitución está regulada en un Territorio (*Australian Capital Territory*) y en cinco Estados (*Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria y Western Australia*).

Las leyes australianas referentes a la gestación por encargo van muy en la línea de las británicas, rechazando plenamente la comercialización de la reproducción, y centrándose en la protección del menor y de las mujeres vulnerables para evitar su explotación.

Al igual que las leyes británicas, las leyes australianas regulan un sistema de aprobación previa y un mecanismo de transmisión de la filiación basado en el consentimiento de la madre gestante hacia los comitentes, tras una supervisión judicial del cumplimiento de ciertos requisitos y plazos.

A pesar de estas coincidencias con el modelo británico, es preciso resaltar que los sistemas de regulación de la gestación por encargo en Australia se han ido modificando en los últimos años, introduciéndose requisitos de forma y de fondo cada vez más complejos.

2.3. Canadá

La regulación canadiense de la gestación por encargo está recogida en la Ley de Reproducción Humana Asistida²² de 2004. Esta Ley define en su artículo 3 a la gestante como:

«la persona de sexo femenino que con la intención de entregar al niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes».

Esto significa que el contrato de gestación por encargo será válido sólo cuando medie una técnica de reproducción asistida. Además, queda prohibido expresamente por la Ley (artículo 6) el pago a la gestante o a cualquier intermediario. En adición, se prohíbe a cualquier profesional médico que ayuden a cualquier mujer a convertirse en madre gestante, cuando sepan o tengan razones infundadas para creer que es menor de 21 años.

²² *Assisted Human Reproduction Act*

El punto relevante de la regulación consiste en el hecho de que, si bien, la gestación por sustitución no está prohibida por ley, salvo cuando se trata de mujeres menores de 21 años como hemos visto, sin embargo, nada se dice en la Ley sobre la validez de los acuerdos de gestación por sustitución. En la jurisprudencia, los jueces han optado por decidir en favor del interés superior del menor. Esto supone que no haya establecido por ley un mecanismo concreto de determinación de la filiación legal derivada de estos contratos no regulados. Cada provincia o territorio establece su propio mecanismo civil para la determinación de la filiación. Algunas provincias como *Alberta* o *British Columbia*, regulan la inscripción registral de estos niños a través de un procedimiento judicial de control del consentimiento y de protección del interés del menor.

Caso particular es el de la Provincia de Quebec, cuyo Código Civil es el único que se refiere a los contratos de gestación, estableciendo su nulidad jurídica. Sin embargo, para la inscripción registral se recurre a la adopción previo consentimiento de la madre gestante en favor de los comitentes.

2.4. Grecia

A raíz de un caso de adopción de dos mellizos nacidos mediante gestación por encargo, los jueces encargados del caso recalcaron el vacío legal existente en esta materia. A partir de ese momento, la gestación por encargo se reguló en dos leyes, la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 establece:

«La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo por escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir».

De lo anterior se desprende que la gestación por encargo sólo será permitida previa resolución judicial favorable. En lo que se refiere a la filiación, los comitentes se convierten en padres legales del niño en el mismo momento del nacimiento. Así se estipula en el artículo 1464 del Código Civil griego:

«en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art.1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño».

Sin embargo, la gestante tiene un plazo de seis meses para impugnar la maternidad si puede demostrar que se trata de una gestación por sustitución tradicional, en cuyo caso la gestante se convierte en madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento.

En lo que se refiere a la contraprestación, pese a que la ley griega sólo contempla la gestación por encargo de forma altruista, sí se contempla la posibilidad de que la gestante reciba una indemnización razonable por la pérdida de salarios y por los gastos que suponen la gestación y el parto.

2.5. Portugal

El Parlamento portugués aprobó el pasado 3 de junio de 2016 una iniciativa para que las mujeres con imposibilidad de quedarse embarazadas puedan recurrir a la gestación por sustitución. Por lo tanto, sólo se permitirá acudir a esta técnica a mujeres con alguna imposibilidad física quedando fuera de la ley cualquier otro caso, incluido el de parejas de hombres homosexuales. La regulación prohíbe expresamente el pago de una contraprestación económica. Este proyecto de ley aprobado este mismo año viene a modificar la Ley número 32/2006 de julio sobre medicina de procreación asistida que consideraba nula toda gestación por sustitución, gratuita o comercial.

2.6. Israel

Israel regula los contratos de gestación por encargo en la Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, aprobada tras el caso *Nahmani vs. Nahmani*²³. El matrimonio Nahmani decidió recurrir a un tratamiento de fecundación in vitro y a una madre gestante en California a través de un contrato de gestación por sustitución, ya que la señora Nahmani no podía llevar a término el embarazo. Se llevó a cabo el tratamiento de fecundación in vitro con los gametos de la pareja, sin embargo, el matrimonio Nahmani se separó antes de que los embriones fueran implantados en la mujer gestante. Tras la separación, el marido, que ya había tenido hijos con otra pareja, se opuso a la utilización de los embriones por parte de su ex pareja, que seguía deseando ser madre. Los tribunales resolvieron en primera instancia a favor de la mujer, entendiéndolo que su ex pareja no podría retirar su consentimiento a tener un hijo, una vez el óvulo estaba fecundado. En apelación se dio la razón al señor Nahmani, entendiéndolo que no se puede obligar a un hombre a ser padre. Finalmente, el Tribunal Supremo le dio la razón a la mujer, considerando que los intereses de ésta prevalecían sobre los del hombre, ya que ella había sido privada de toda posibilidad de tener un hijo biológico²⁴.

En la citada Ley, aprobada después del caso relatado, se prevé un sistema de control y autorización del contrato de gestación por encargo por parte de un comité compuesto por médicos, psicólogos, trabajadores sociales, juristas y un

²³ TEMAN, E., (2006), «The Birth of Surrogacy in Israel», *Journal of Middle East Women's Studies*, volumen 2, pp. 114-115.

²⁴ Véase a este respecto el caso *Evans contra Reino Unido*, caso en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió de forma contraria: sentencia del TEDH *Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), de 10 de abril de 2007.

representante de la religión de las partes. Se trata además de un comité paritario, que tiene que estar compuesto por un mínimo de 3 hombre y 3 mujeres. La Ley autoriza el contrato de gestación por encargo únicamente cuando es altruista y gratuito, aunque se contempla que el comité pueda autorizar pagos mensuales a la gestante que cubran diversos gastos asociados a la gestación.

En cuanto a la filiación, la Ley israelí establece que ésta se determinará en favor de los comitentes mediante autorización judicial. La autorización a la filiación en favor de los comitentes puede ser denegada si se estimase que no va en pro del interés del menor.

2.7. Sudáfrica

La legislación sudafricana referente a la gestación por sustitución, como en muchos otros casos ya estudiados, ve la luz a raíz de un caso que pone de relieve la falta de regulación y las consecuencias que esta falta puede conllevar. En Sudáfrica el citado caso data de 1987, cuando Pat Anthony da a luz a sus tres nietos tras ejercer de madre gestante para su hija a la que no le era posible llevar a término un embarazo. Ante este caso y la falta de norma legal, se reforma la *Children's Act n.º 38 de 2005*. Esta reforma entra en vigor en 2010 y prevé un sistema de aprobación previo del contrato de gestación, autorizando el embarazo únicamente en los 18 meses siguientes a la autorización del contrato.

En cuanto a la determinación de la filiación, una vez que el acuerdo de gestación por encargo queda aprobado judicialmente, el niño nacido será considerado hijo de los comitentes a todos los efectos.

La Ley contempla además el derecho de la madre gestante a desistir del embarazo en las 12 primeras semanas de gestación, conforme a la Ley para la Elección de la Interrupción del Embarazo de 1996, siempre con el consentimiento de los comitentes y restituyendo a los mismos los costes con los que hayan corrido para el tratamiento.

3. ADMISIÓN AMPLIA

3.1. Rusia

La regulación de la gestación por encargo en Rusia viene regulada en varios textos legales.

En el Código de Familia ruso de 1995 ya se regulaba la determinación de la filiación legal de los niños nacidos por un contrato de gestación por encargo.

La Ley Federal de Salud, en vigor desde enero de 2012, regula los requisitos que se exigen a las mujeres que quieren actuar como madres gestantes. En esta ley se define la gestación por encargo como:

«la gestación y el dar a luz a un niño en virtud de un contrato celebrado entre una gestante y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas».

Se regula asimismo el acceso a las técnicas de reproducción asistida, de la siguiente forma:

«Un hombre y una mujer, casados o no casados, tienen derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica, una mujer soltera también tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida si ella dio su consentimiento informado a la intervención médica».

Se regula también en la Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil de 1997, que se limita a regular algunos aspectos de la inscripción del niño que nace a partir de un contrato de gestación por encargo. La filiación en estos casos se determina en favor de los comitentes previo consentimiento de la mujer gestante. Si la gestante decide finalmente no dar el consentimiento, será ella la madre legal del niño.

Por último, la Orden n.º 67 sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y la masculina, de 26 de febrero de 2003, donde se regulan los aspectos médicos de la gestación por encargo.

3.2. Ucrania

La legislación ucraniana contempla de una manera muy amplia el acceso a la gestación por encargo, y lo hace en el artículo 281 del Código Civil, titulado «el derecho a la vida». Estas técnicas son accesibles para cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad. En lo que se refiere a la filiación, el Código de Familia establece que:

«si un embrión concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio».

Además, se impide que la gestante reclame la maternidad legal del bebé si ha sido gestado a partir del material genético de los comitentes.

Por otro lado, la ley ucraniana no dice nada a cerca de la gestación por encargo comercial.

4. FALTA DE REGULACIÓN

4.1. Argentina

Aunque en Argentina viene siendo frecuente el recurso a las técnicas de reproducción asistida, no existe de momento ninguna ley que las regule, así como tampoco existe regulación alguna de la gestación por encargo.

Sin embargo, la recientemente aprobada Ley 26862, de 5 de junio de 2013 regula la cobertura médica en Argentina, refiriéndose en algunas de sus disposiciones al acceso a las técnicas de reproducción asistida. La citada ley se refiere al acceso a las técnicas de reproducción asistida sin necesidad de alegar infertilidad, por lo que también quedan incluidas las parejas homosexuales y las personas solas.

A pesar de no existir ley que regule la gestación subrogada, encontramos alguna jurisprudencia. El primer caso registrado que atrajo la atención fue la sentencia del 14/04/2010 de la Cámara de Apelaciones de lo Civil, Comercial y Laboral de Gualaguaychú, Entre Ríos. La sentencia se refiere al caso de una mujer, que aportó el material genético y la intención de procrear, y que inició un proceso judicial para impugnar la filiación de un bebé determinado en favor de la gestante. En primera instancia se desestimó la demanda. En apelación, la cámara interpretó que en el supuesto de impugnación de la maternidad²⁵ prima el vínculo biológico y devolvió el caso a primera instancia para que se dictara sentencia. Por el momento no se ha resultado la cuestión de fondo a cerca de la determinación de la filiación del bebé, que ha sido criado desde que nació por los comitentes.

En un segundo caso, ocurrido en junio de 2013, se autoriza la inscripción de la filiación de un bebé nacido por gestación por encargo en favor de los comitentes. El caso se refiere a una pareja heterosexual casada que recurre a una amiga que se ofrece altruistamente a gestar para ellos un bebé. El material genético fue aportado por los comitentes. Cuando el bebé nace no se le inscribe en el registro civil. En el certificado de nacimiento figura como madre legal la gestante. La pareja interpuso una acción judicial para determinar la filiación legal del bebé. El 18 de junio de 2013 el juez falló en favor de la inscripción registral de la filiación en favor de los comitentes. Fue determinante en este caso la voluntad procreacional así como el interés superior del menor.

Actualmente en Argentina hay creada una Comisión especial encargada de llevar a cabo la reforma del Código Civil argentino en la que se prevé incluir una regulación de la gestación por encargo.

4.2. India

En la India no existe actualmente regulación legal alguna sobre la gestación por encargo. Sin embargo, este vacío legal no impide que se lleven a cabo contratos de gestación por encargo con remuneración económica. De hecho, los casos se han duplicado en los últimos años, y la mayoría son casos de comitentes extranjeros que, ante la regulación negativa de sus países, acuden a la India a llevar a cabo contratos de gestación por encargo.

²⁵ artículo 261 del Código Civil argentino.

Actualmente, se considera que la gestación por encargo no es ilegal ya que no existe ninguna ley que lo prohíba. Sin embargo, desde 2010, existe un proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida, que aún no ha sido aprobado, y que contempla la legalización de esta práctica en todo el país.

En lo que se refiere a la filiación, la gestante no es considerada madre legal del bebé, sino que éste es considerado hijo legítimo de los comitentes, con el consentimiento de éstos.

El certificado de nacimiento se expide en favor de los progenitores que aporten el material genético y en caso de que el material genético sea proporcionado por la gestante, en el certificado figurará la madre gestante.

En cuanto a la contraprestación, se autoriza el pago de una retribución económica acordada por la gestante y los comitentes.

La India se ha convertido en uno de los destinos preferidos para la realización de esta técnica. Sin embargo, la situación es particularmente complicada debido a que por la falta de regulación se producen a menudo abusos contra las madres gestantes. Hasta el año 2012, cualquier persona podía acudir con una visa turista a la India para llevar a cabo esta práctica. A partir del 2012, el Ministerio del Interior informó a todas las embajadas que se debían emitir visas médicas en lugar de visados de turista para aquellas parejas que quisieran llevar a cabo esta práctica. Además, si bien con anterioridad se permitía a cualquier persona el acceso a estas técnicas, ahora se exige para la expedición de la visa médica que la pareja haya estado casada al menos durante dos años y además, se exige una carta de la embajada de origen de los comitentes en la que se declare que el país reconoce la técnica de la gestación por encargo y que, por ende, reconocerá la filiación en favor de los comitentes.

5. ESTADOS UNIDOS

Como se ha adelantado en la introducción de este epígrafe, nos ocupamos ahora de la regulación de la gestación por encargo en los Estados Unidos, país donde la regulación varía en función del estado del que se trate. Esto se fundamenta en la décima enmienda de la Constitución estadounidense, que establece que todos aquellos poderes que no han sido atribuidos o prohibidos expresamente a los estados, quedan dentro de su competencia. Por ello, la regulación de la paternidad es una función estatal y no federal. Cada uno de los estados es libre de regular los convenios de gestación por encargo y la determinación de la filiación derivada de los mismos, en la forma que estime oportuno.

Encontramos pues estados que han decidido aprobar leyes específicas sobre la gestación por encargo, ya sea para prohibirla o para permitirla. Y por otro lado, encontramos estados que no tienen ni regulación ni jurisprudencia al respecto.

En base a estos criterios, encontramos por ejemplo a estados como Arizona o Michigan, que prohíben los acuerdos de gestación por sustitución o a estados como Nebraska o Nueva York que prohíben esta técnica cuando es comercial. Por otro lado, estados como Texas o Utah sí admiten los contratos de gestación por sustitución, regulados mediante ley. Asimismo, Illinois es el estado con una legislación más permisiva, permitiendo además expresamente la gestación por sustitución comercial.

Existen por otro lado, estados donde no existe regulación alguna acerca de la gestación por sustitución, si bien, la gestación por sustitución comercial ha sido admitida jurisprudencialmente, es el caso de California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio²⁶.

En California, el reconocimiento de la filiación derivada de estos contratos no es automática, sino que se requiere un procedimiento judicial²⁷ que determine la filiación que se desprende de la intención de las partes, expresada en el contrato. Este proceso se inicia antes del nacimiento.

En todos estos casos, se vienen realizando convenios de gestación por encargo con éxito y, además, cuentan con el visto bueno de los tribunales.

VI. CROSS-BORDER REPRODUCTIVE CARE

La situación legal anteriormente analizada ha propiciado el desarrollo de un nuevo fenómeno de proporciones globales denominado *Cross-Border Reproductive Care*. Este fenómeno ha sido traducido de varias maneras, siendo las más comunes «turismo procreativo internacional» o «turismo de fertilidad internacional»²⁸. Puede definirse este fenómeno como el desplazamiento de un individuo o pareja de su país de origen a otro país con el fin de acceder a las técnicas de reproducción asistida²⁹. Lo habitual es que estos individuos recurran a las técnicas de reproducción asistida en el extranjero para eludir una prohibición en su país o cuando pertenecen a un colectivo excluido del acceso a las mismas. Pero también se encuentran casos de personas que viajan a otros países para evitar largas listas de espera o para acceder a una mayor calidad y precio del tratamiento.

²⁶ LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

²⁷ Regulado por la sección 7630 de la California *Family Code*

²⁸ Terminología rechazada radicalmente por la ESHRE (*European Society of Human Reproduction and Embryology*).

²⁹ STORROW, R.F. (2006), «Quest for Conception: Fertility Tourist, Globalization and Feminist Legal Theory», *Hastings Law Journal*, vol. 57, pp. 295-330.

Salvo en el caso de la gestación por encargo, por razones obvias, en lo referente al resto de técnicas de reproducción asistida, España es uno de los destinos preferidos por los extranjeros. La legislación española al respecto es muy permisiva, admitiendo todas las técnicas posibles, exceptuando la gestación por encargo y la elección del sexo del bebé. Además, estas técnicas suelen ser más baratas y con menos listas de espera. Se une el hecho de que los centros clínicos españoles poseen bastante renombre³⁰.

Se trata de una práctica que entraña diversas preocupaciones. En primer lugar, debido a que supone un mecanismo usado para eludir las leyes de un país, para ir a otro donde las leyes son más laxas, y que genera graves problemas legales cuando los comitentes intentan sacar al bebé nacido mediante estas técnicas para llevarlo a su país de origen y cuando los comitentes desean que el hecho sea reconocido legalmente en su país de origen.

En segundo lugar, es una práctica que entraña potenciales riesgos para las partes implicadas, en especial para las mujeres gestantes de condición humilde a ser explotadas por aquellos que vienen de países más ricos.

Finalmente, existen otras consideraciones que deben tenerse en mente, como que se trata de un recurso al que sólo tienen acceso las personas que tienen el dinero para permitírselo o el hecho de que convierte la reproducción humana en un objeto de comercio.

En las siguientes líneas me ocuparé de analizar los principales problemas legales que plantea esta práctica de gestación por encargo realizada en el extranjero.

1. EL PAÍS DONDE SE LLEVA A CABO EL CONTRATO NO OTORGA LA NACIONALIDAD

En primer lugar, encontramos que cuando la gestación por encargo es llevada cabo en un país donde ésta es legal pero cuyas leyes no otorgan al bebé la nacionalidad del país en el que nacen (principio de *ius soli*), y el país del que son nacionales no permite la gestación por encargo, los comitentes se encuentran con la imposibilidad de transmitirle su nacionalidad a su hijo, que se convierte en un apátrida. Estos casos se dan especialmente en India y Ucrania, países en donde, como hemos visto se permite la gestación por encargo y donde la filiación se determina en favor de los comitentes. Los bebés, reconocidos como hijos legales de los comitentes en el país extranjero, pero sin nacionalidad, deben ser inscritos en el registro consular de los países de origen de los comitentes para poder obtener

³⁰ HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. (2014) *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?*, Universidad de Cantabria.

documentos de viaje que le permitan salir del país. Sin embargo, los comitentes se encuentran con que en el consulado no se procede a su inscripción, considerando que la maternidad legal corresponde a la madre gestante, y alegando fraude de ley y contravención del orden público.

La situación derivada llega a ser pues dramática, para el bebé, apátrida y sin filiación única y determinada, que queda atrapado en un «limbo jurídico»³¹, así como para los comitentes, que se ven obligados a permanecer en el país extranjero con su bebé mientras la situación no se resuelva.

Este fue el caso de una pareja formada por una mujer de nacionalidad argentina y un hombre de nacionalidad española, que recurrieron en el año 2012 a la gestación por encargo en la India. Fruto de un convenio de gestación concluido en 2011, nació una niña, Cayetana, el 16 de mayo de 2012. Los comitentes iniciaron entonces los trámites para otorgarle la nacionalidad y conseguirle sus documentos de viaje para poder salir del país. Las autoridades indias le negaron la nacionalidad india por considerarla hija genética de los comitentes y no de la gestante. El padre acudió entonces al consulado de España, país donde residía la pareja, pero le negaron la inscripción de Cayetana alegando el artículo 10 de la LTRHA. Acudieron pues al consulado argentino, que les denegó la solicitud debido a que la mujer en aquel momento no residía en Argentina sino en España.

Finalmente, ante esta situación, los padres recurrieron al Tribunal de Familia de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe. El juez determinó que el consulado de Argentina en Nueva Delhi inscribiera a Cayetana como argentina, ya que su madre genética, de nacionalidad argentina de origen, ejerció el derecho de opción de nacionalidad en favor de su hija. El juez argumentó que

«la negativa de inscribir a la menor, Cayetana, hija de la accionante y su esposo, por parte del Consulado Argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla entre otros, su derecho a la nacionalidad, entendido como un derecho humano básico»

Añade además el juez, que

«la actitud tomada por el Consulado Argentino en Nueva Delhi, al no inscribir el nacimiento de la menor Cayetana Elsa, no permitiendo el derecho de opción de nacionalidad argentina, resuelto por sus padres en ejercicio de la patria potestad, siendo la progenitora argentina nativa, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional [...]».

Alega finalmente el juez que la inscripción se debe realizar en favor del interés superior del menor.

³¹ LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

2. EL PAÍS DONDE SE LLEVA A CABO EL CONTRATO OTORGA LA NACIONALIDAD

En aquellos países, donde se permiten los contratos por encargo, y cuyas normas de nacionalidad otorgan la nacionalidad al niño, los comitentes pueden encontrarse con problemas a la hora de regularizar la situación en el país de origen.

Nos encontramos ante una situación en la que el bebé es residente en un país que no es de su nacionalidad, pero sí es el de los comitentes, que además no son reconocidos como padres legales.

Esta situación se da en numerosos casos y ha sido resuelta de diferentes maneras, en función del país.

En España, una de las consecuencias principales de esta situación es la imposibilidad de acceso a los beneficios sociales asociados a la maternidad y a la paternidad. Al no constar la inscripción en el Registro Civil, la Seguridad Social deniega solicitudes de prestación por paternidad y maternidad. Asimismo, los bebés no pueden ser incluidos como beneficiarios de la seguridad social de sus padres y las delegaciones de Hacienda deniegan las deducciones y prestaciones por maternidad y paternidad³².

En jurisprudencia encontramos diversas soluciones. En algunos casos, se optó por modificar el certificado de nacimiento sobre la base de la protección del interés superior del menor. En otros casos se optó por reconocer plenamente el certificado de nacimiento extranjero o por reconocerlo sólo respecto de uno de los comitentes. En todos estos casos, se resolvió teniendo presente el interés superior del menor.

Sin embargo, hay otros casos en los que no se resolvió en favor del interés del menor. Es lo que ocurrió en el caso *Francia contra Mennesson*, analizado con anterioridad y el caso de los gemelos nacidos en California de un contrato de gestación por encargo llevado a cabo por una pareja homosexual española³³.

VII. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Desde finales del siglo XX y especialmente en lo que llevamos de siglo XXI, ha quedado demostrado que la defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo es una realidad que está adquiriendo cada vez más apoyo social y jurídico.

³² Para ver testimonios y casos reales, consultar: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/> (última consulta: 1/09/2016).

³³ Ver Capítulo III, apartado 1.2.

Muestra de ello en España es la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, equiparándolo a los matrimonios heterosexuales.

Con anterioridad a esta ley, la determinación de la filiación en favor de parejas del mismo sexo se hacía únicamente con respecto a uno de los dos por separado, bien mediante la adopción, bien mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida por una mujer sola³⁴. A partir de la aparición de la citada ley, la determinación de la filiación se debe determinar exactamente en las mismas condiciones que en las parejas heterosexuales.

Por otro lado, para las parejas compuestas por dos hombres, las técnicas de reproducción asistida suponen el único mecanismo por el cual pueden tener un hijo genéticamente propio, aunque sea sólo de uno de los dos. En estos casos, como ya he defendido en capítulos anteriores, la filiación debería ser determinada en función de la voluntad procreacional.

Nos encontramos, en el caso de España, sin embargo, con que estas parejas son las que más problemas tienen para poder inscribir a sus hijos en el registro consular como hijo de ambos. Basta con recordar el caso presentado en el capítulo III, apartado 2.1 del presente trabajo. La negativa de los encargados del Registro Consular se basa en la certeza de que no es posible el nacimiento de un bebé con el aporte exclusivo de dos hombres, sino que es necesaria la intervención de una mujer gestante, lo que evidencia el recurso a la técnica de la gestación por encargo.

Una parte de la doctrina se plantea la siguiente cuestión: teniendo en cuenta que es admisible en nuestro Derecho determinar la filiación por adopción en favor de una pareja compuesta por dos hombres y, además, nuestro derecho equipara la paternidad biológica y la adoptiva, la negativa a parejas compuestas por dos hombres a determinar la filiación a su favor pero no a parejas heterosexuales, supone una vulneración clara del principio y de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo conforme al artículo 14 de la Constitución.

Este es el argumento del que parte la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009:

«también en el Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, que ambos son iguales ante la ley [...]si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales».

³⁴ ZURITA MARTÍN, I., (2006), «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *Diario La Ley*, núm. 6427, pp. 1475-1479.

Concluye la Dirección General de los Registros y del Notariado aseverando:

«no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatoria por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución».

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 no considera que este hecho sea contrario al artículo 14 de la Constitución, alegando que en el artículo 7.3 de la ley 14/2006 permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no permite la inscripción de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer para que geste a su hijo. Esta Sentencia se pronuncia en el mismo sentido que la Sentencia de Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, que establece que debido a que:

«los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el actual estado de la ciencia, concebir ni engendrar [...] la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución».

En lo que se refiere a la práctica consular de los últimos años, los Registros Civiles consulares están practicando inscripciones de filiación derivados de convenios de gestación por encargo realizados por parejas heterosexuales y por parejas homosexuales compuestos por dos mujeres. Vista esta situación, no es descabellado defender que sí existe discriminación de facto respecto de las parejas homosexuales formadas por dos varones en base a que respecto de ellos no es posible determinar la maternidad efectiva del menor³⁵. En este sentido se pronuncia el voto particular formulado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

«Sin duda, el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece la filiación en casos de gestación por sustitución, se tiene en cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestionan, puesto que la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica a favor de parejas heterosexuales u homosexuales formadas por dos mujeres».

³⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

VIII. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Como he expuesto en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, la gestación por encargo es una práctica que no deja indiferente a nadie, siendo múltiples las razones a favor y en contra que se encuentran en la doctrina. Analizaré brevemente unas y otras. En contra se suele argumentar lo siguiente:

- las personas no pueden ser objeto de comercio, por lo que un negocio jurídico cuyo objeto sea una persona es nulo por atentar contra la dignidad humana. Estos contratos suponen una compra-venta de una facultad intrínseca de la mujer, la gestación. Además, cosifican a los bebés, que se convierten en objeto de comercio.
- los contratos de gestación por encargo suponen la explotación de la mujer y una manipulación del cuerpo femenino³⁶.
- es enormemente negativo para el desarrollo del niño la ruptura del vínculo materno-filial. Los nueve meses que el bebé está en el vientre de la gestante crean un vínculo fundamental para el desarrollo futuro del menor.
- plantea un abanico de problemáticas de difícil tratamiento, como qué ocurre en caso de aborto o el riesgo de explotación de mujeres o al tráfico internacional de niños.

En el otro lado de la moneda encontramos los siguientes argumentos:

- supone una realización del derecho a la procreación, a la dignidad humana y formar una familia.
- supone el respeto a la privacidad y autodeterminación de la mujer, que da su consentimiento de forma libre y voluntaria. No puede ser privada de este derecho.
- no permitir esta práctica supondría una violación del principio de igualdad y de no discriminación hacia las parejas de dos hombres, ya que esta es la única manera que tienen de tener un hijo genéticamente propio.
- no atenta a la salud de la madre, ni la física ni la psíquica.
- el interés superior del menor reside en que se le proporcione una familia que lo desea y sin cuya intención el bebé no habría venido al mundo.

1. REGULACIÓN INTERNACIONAL

Todo lo analizado en los capítulos precedentes pone de relieve la urgente necesidad de una regulación internacional de los acuerdos de gestación por encar-

³⁶ Véase a este respecto el manifiesto de la organización *No somos vasijas*, disponible en: <http://nosotrasdecidimos.org/nosomosvasijas/>

go. En este marco, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se está ocupando de redactar un convenio específico que regule los acuerdos internacionales de gestación por encargo³⁷. Esto aportaría mayor seguridad jurídica y previsibilidad a las partes implicadas, además de favorecer el control de este tipo de prácticas evitando así gran parte de los abusos que se cometen en la actualidad, sin olvidar que sería la manera de proteger los derechos e intereses de los niños.

En los últimos años se han producido una serie de iniciativas, documentos e informes, respaldados por importantes organizaciones, fundaciones e instituciones, que han servido de base para la preparación de los documentos preliminares de la Conferencia de la Haya. Estos documentos proponen la adopción de un instrumento internacional que facilite un marco de cooperación entre autoridades.

Diversos autores han defendido en repetidas ocasiones que este futuro documento de cooperación debería inspirarse en la Convención sobre Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993. Pese a las diferencias entre ambas figuras jurídicas, lo cierto es que es necesario un documento que satisfaga necesidades similares, por lo que sería oportuno partir de él³⁸.

2. REGULACIÓN EN ESPAÑA

La regulación de la gestación por encargo se presenta como un debate difícil de abordar, especialmente para el legislador, aunque también en el seno de la sociedad civil organizada, donde se observan muchas opiniones enfrentadas. Debido a las implicaciones de los efectos de la gestación por encargo en la protección de los menores y la salvaguardia de derechos fundamentales, es mi entender que una legislación prudente pero efectiva de los convenios de gestación por encargo es urgente y deseable en nuestra sociedad.

Es de destacar la opinión de Vela Sánchez al respecto cuando dice que «la revisión de la radical prohibición de la gestación por subrogación o encargo es, precisamente, el problema de fondo que ha de ser afrontado diligentemente en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como está sucediendo en otros países de nuestro entorno o fuera de él, a través de una regulación razonable»³⁹. En esta misma línea se manifiesta otra gran parte de la doctrina⁴⁰.

³⁷ Ver Informe de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de febrero de 2015: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf (última consulta el 1/09/2016).

³⁸ BAKER H., (2013) «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are there lessons to be learnt from 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?» *International Surrogacy Arrangements*, Reino Unido, pp.411-427

³⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

⁴⁰ Ver por ejemplo: ÁLVAREZ GONZALEZ, S. (2013) «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución» *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Madrid, Marcial Pons, p.90

2.1. El papel de la sociedad civil organizada

Esta es la visión que comparten numerosas organizaciones representantes de la sociedad civil organizada. Es de resaltar la labor de una organización tremendamente activa en este ámbito: Asociación por la Gestación Subrogada en España⁴¹. Esta asociación es de las más visibles en lo que se refiere a la defensa de la legalización de los convenios de gestación por encargo en España y supone un interesante centro de debate sobre el tema, a través de la publicación de artículos, manifiestos o la convocación de conferencias y jornadas temáticas en toda la geografía española.

Otra de las organizaciones tremendamente activas en la materia es la Asociación de Familias por la Gestación Subrogada, que gestiona un blog on-line titulado: Son Nuestros Hijos⁴². Esta organización es especialmente activa en lo que respecta a la defensa de las familias que ya han accedido a las técnicas de reproducción asistida, pero se ven incapaces de regular la nueva situación en España.

Ambas organizaciones, así como algunas otras de protección del menor y derechos humanos constituyen el mayor foro de debate a favor de la gestación por encargo en España. Frente a estas organizaciones encontramos otras que se manifiestan en contra de esta técnica de reproducción asistida. La más activa es la organización Nosotras Decidimos⁴³, se trata de una organización centrada principalmente en la defensa del aborto, pero que también se ha mostrado en repetidas ocasiones bastante crítica con la regulación de la gestación por encargo. Resulta relevante su manifiesto titulado No Somos Vasijas, disponible en su página web, en el que se muestran radicalmente en contra de esta práctica alegando que sirve a mercantilizar el cuerpo humano de la mujer y sus capacidades reproductivas.

2.2. Aproximación a un posible convenio de gestación por sustitución en España

Intentaré en las siguientes líneas esbozar un posible contenido de un hipotético convenio de gestación de los contratos de gestación por encargo en nuestro país. Tomo como referencia a Vela Sánchez⁴⁴ así como los diversos trabajos elaborados por las diferentes asociaciones arriba mencionadas, disponibles todos en sus respectivas páginas web.

Vela Sánchez señala acertadamente que el convenio de gestación por encargo sería un «negocio jurídico especial del Derecho de Familia». El hecho de que se

⁴¹ Página web: www.gestacionsubrogadaenespana.es

⁴² Página web: www.sonnuestroshijos.blogspot.com.es

⁴³ Página web: <http://nosotrasdecidimos.org/>

⁴⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Reus.

trate de un instrumento cuya finalidad es la superación de una condición médica, la infertilidad, que impide a las personas cumplir su anhelo de ser padres biológicos, justifica la superación de su nulidad jurídica y la inclusión de su regulación en el sistema jurídico español.

Para poder llevar a cabo un convenio de gestación por encargo sería preciso hacerlo ante notario, siempre con anterioridad al embarazo. Sería oportuno también probablemente establecer un periodo de validez del consentimiento otorgado por ambas partes del contrato.

Una parte fundamental del contrato debe ser el otorgamiento del consentimiento de las partes, los comitentes y la madre gestante. Este consentimiento debe ser prestado ante notario, el cual deberá verificar que ha sido obtenido de forma libre e informada. Una vez prestados los consentimientos por las dos partes, estos serán irrevocables.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir los comitentes, y que deberán ser verificados por el notario podemos incluir el que pudiera tratarse de persona soltera o en pareja, casada o de hecho, tanto heterosexual como homosexual y mayor de veinticinco años. Deberá acreditar la imposibilidad biológica de embarazo o de llevar a término un embarazo sin peligro grave para ella o el niño. Por último, los comitentes deberán aceptar expresamente la eventualidad de que el futuro bebé pueda nacer con una discapacidad psíquica o física.

En cuanto a los requisitos de la mujer gestante, debería tratarse de una mujer de más de veinticinco años, que acredite un buen estado de salud y con plena capacidad de obrar. Podría incluirse en el convenio que la mujer gestante debiera haber dado a luz a un hijo sano. Podría imponerse a la madre comitente un número límite de veces para ejercer de madre gestante, Vela Sánchez propone un máximo de dos veces. La mujer gestante puede o no ser conocida de los comitentes. Lo ideal es que no fuera familia, en todo caso nunca pariente por consanguinidad, pudiendo serlo por afinidad.

Se deberá regular asimismo la remuneración que pueden cobrar las madres gestantes por gastos de embarazo y parto que no fueran cubiertos por la Seguridad Social, que deberá ser siempre abonada, aunque el embarazo no culmine por causas no imputables a ella. Esta indemnización no debería dejarse a la libre determinación de las partes. Debería venir determinada por ley.

La madre gestante deberá finalmente asumir expresamente el riesgo de las consecuencias que le pudieran producir el embarazo y el parto.

El hipotético convenio de gestación por encargo deberá asimismo regular la determinación de la filiación legal del menor. Esta determinación deberá hacerse, como ya se ha defendido anteriormente, partiendo de la intención procreacional y respetando siempre el interés superior del menor.

IX. CONCLUSIONES FINALES

1. La gestación por encargo es un tema delicado y difícil ya que tiene múltiples implicaciones, éticas, sociológicas, médicas y jurídicas. Se nos presenta como una forma de modelo de familia, surgida de los avances técnicos en la disciplina médica.

2. Las nuevas técnicas de reproducción asistida suponen una ruptura del principio romano de que la madre siempre es cierta.

3. La nulidad de los convenios de gestación por encargo en España y otros países de su entorno, unido a la globalización y el anhelo de las personas de tener descendencia biológica, ha llevado a la realización de esta técnica más allá de las fronteras de nuestro país, para eludir así la prohibición del artículo 10 de la LTRHA. Fenómeno que ha venido llamándose turismo reproductivo internacional y que no para de crecer.

4. La inscripción registral de la filiación no tiene carácter constitutivo en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha sido consagrado por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014.

5. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado favorable a la inscripción registral de los bebés nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en algún país extranjero en que esté regulada por ley esta práctica. Basa su postura en la protección del interés superior del menor y una *atenuación* del orden público internacional español.

6. Por su parte, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 y la del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 niegan el derecho a la inscripción de la filiación debido a la contravención de una ley imperativa española (artículo 10 de la LTRHA).

7. En los Registros Consulares españoles se vienen llevando a cabo inscripciones de filiación derivada de convenios de gestación por sustitución pero únicamente cuando se trate de mujeres solas o de parejas heterosexuales u homosexuales formadas por dos mujeres, lo cual genera una discriminación respecto de las parejas de homosexuales formadas por dos varones o por un varón solo.

8. La trascendental Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2004, asuntos *Mennesson vs. France* y *Labassee vs. France*, no deja duda acerca de cómo debe ser interpretado el orden público internacional, a tenor del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, desarrolla exhaustivamente la figura jurídica del interés del menor, concluyendo que es con vistas a la protección de este interés superior que Francia debe inscribir a los menores. Podemos considerar que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos ha dado un impulso al debate en favor de la regulación positiva del convenio de gestación por encargo.

9. Pese a los reproches que se pueden emitir ante la realización de una práctica en el extranjero con el fin de eludir la prohibición por nuestro ordenamiento jurídico, es ineludible que se trata de un fenómeno en aumento y que la falta de una regulación positiva frente a este tipo de casos, no sólo no disuade de su realización sino que además, provoca una situación de vulneración y desprotección de una tercera persona ajena al proceso, un menor, atrapado en un «limbo jurídico» que en ocasiones no le permite regresar al país de procedencia de sus padres ni tener una identidad única.

10. Es urgente que el legislador patrio lidere un debate en profundidad sobre los convenios de gestación por encargo que pueda llevar a la adopción de una legislación justa, que proteja el interés superior del menor y el principio de igualdad y no discriminación y que proteja el derecho de las personas a la procreación y a tener una familia.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A. (2013). *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*. Madrid: Tecnos.

ALBERT MÁRQUEZ, M. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *La Ley* (7863), 1 y ss.

Albert Márquez, M. M. (2012). Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil. *Diario La Ley* (7863), 1-14.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2013). Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. En C. GONZÁLEZ BEILFUSS, J. FORNER I DELAYGUA, & R. VIÑAS FARRÉ, *Reconocimiento de la filiación derivada de Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado* (pág. 90). Madrid: Marcial Pons.

ANDERSON, L. S. (2009). Adding Players to the Game: Parentage Determinations When Assisted Reproductive Technology is Used to Create Families. *Arkansas Law Review* , 62 (1).

BAKER, H. (2013). A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are there lessons to be learnt from 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? *International Surrogacy Arrangements* , 411-427.

BEKER, H. (2013). A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are there lessons to be learnt from 1993 Hague Intercountry Adoption Convention? En K. TRIMMINGS, & P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements* (págs. 411-427). Reino Unido: Hart Publishing.

BENDER, L. (2003). Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, and Law. *Columbia Journal of Gender and Law* , 43.

BONILLO GARRIDO, L. (2013). El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución. *La Ley* (8070), 1 y ss.

BYRN, M. P., & GIDDINGS, L. (2013). An Empirical Analysis of the Use of the Inent Test to Determine Parentage in Assisted Reproductive Technology Cases. *Houston Law Review* , 1296-1323.

CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009. *CDT* , 1 (2), 294 y ss.

CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *CDT* , 3 (1), 247 y ss.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. (2012). Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución. *La Ley* (7910), 1 y ss.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014). *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?* Universidad de Cantabria, Cantabria.

Labassee contra Francia, 65941/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26 de junio de 2014).

LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

LARA PEINADO, F. (2008). *Código de Hammurabi*. Tecnos.

LEÓN SANCHO, J. (2013). Gestación por sustitución y conciliación familiar: prestaciones por maternidad y paternidad. *Monografía* . Murcia.

LÓPEZ GUZMÁN, J., & APARISI MIRALLES, A. (2012). *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética, Pamplona.

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J., & MASSIGOGE BENEJUI, J. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.

Mennesson contra Francia, 65192/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26 de junio de 2014).

PÉREZ MONGE, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PRESNO LINERA, M. A., & JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española de Derecho Europeo* (51).

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista sobre la infancia y la adolescencia* (6), 38-50.

REICHMAN SCHIFF, A. (1995). Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Mternity. *Iowa Law Review* (80), 265-276.

STORROW, R. F. (2006). Quest for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory. *Hastings Law Journal* , 57, 295-330.

TEMAN, E. (2006). The Birth of Surrogacy in Israel. *Journal of Middle East Women's Studies* , 2, 114-115.

(2015). *The Parentage / Surrogacy project: an updating note*. HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, General Affairs and Policy, La Haya.

VELA SÁNCHEZ, A. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Madrid: Reus.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2014). Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. *Diario La Ley* (8309), 1-14.

VELA SÁNCHEZ, A. (6 de febrero de 2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. *Diario La Ley* , 1-14.

ZURITA MARTÍN, I. (2006). Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres. *Diario La Ley* (6427), 1475-1479.

ANEXOS

INICIATIVA DE LEY POPULAR DE REGULACIÓN DE LA LLAMADA GESTACIÓN SUBROGADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La evolución del modelo de familia ha ido pareja con el avance científico aplicado a la planificación familiar y a las técnicas de reproducción asistida que, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, dieron solución a los problemas de esterilidad en la pareja para, posteriormente y gracias a la evolución de las técnicas de reproducción asistida, extender su ámbito de actuación a la prevención de la aparición de enfermedades a través de la selección de pre embriones y el diagnóstico genético preimplantacional; lejos quedan ya los tiempos en los que los denominados “bebés probeta” eran noticia.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) supuso la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas y, en consecuencia, la seguridad jurídica para los profesionales que intervienen en dichas técnicas, pero, de forma muy especial, para quienes las utilizan como medio de acceso a la paternidad o maternidad y las personas cuya vida es fruto de la aplicación de dichas técnicas.

II

La LTRHA —en su artículo 10— reconoce como un hecho la gestación subrogada, pero la excluye de su ámbito de regulación, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a la filiación materna. La Ley se acoge así al principio del derecho romano *mater semper certa est* y

dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Este precepto de la LTRHA no ha sido óbice para que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) haya supuesto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero y haciendo así factible, en palabras de la propia Instrucción, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello, aunque esta relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada, con lo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN dejó sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del deseado fruto de este contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España.

La citada Instrucción vela también por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Y entre otros derechos, esta Convención incluye los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción referenciada da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez que dando garantías a la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros estados.

El ejercicio de pragmatismo de la citada Instrucción constituye la legalización de facto de la gestación por subrogación en España. Esa legalización fáctica no tiene hoy un alcance residual, ya que son numerosas las familias españolas que tienen hijos fruto de la gestación subrogada, aunque, eso sí, el acceso a esta técnica de reproducción asistida está limitada a las personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestras fronteras. Con ello se conculca el principio constitucional de la igualdad.

III

Hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores. Piénsese en normas específicas al respecto como la del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en

materia de derecho a contraer matrimonio) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

Son normas que regulan y garantizan derechos, no desnaturalizan las instituciones y son fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y su acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, en conceptos empleados en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre de 2012, que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta sentencia también se destaca que la nueva configuración de esa institución familiar no la convierte en irreconocible en la sociedad española actual, algo completamente aplicable a la gestación por subrogación.

IV

Ya desde Roma, en los tiempos de las XII Tablas, se produce una preocupación jurídica por la familia como manifestación social, y especialmente de su función como garante social del hecho reproductor. Pese a los sucesivos e intensos intentos de imposición de una determinada moral, siempre el Derecho de Familia ha tenido un trasfondo pragmático, traducido en garantizar la procreación, sin la cual no sólo la propia familia sino la especie humana se extinguiría. En nuestra historia más reciente, declaraciones y convenciones internacionales protegen a la familia y garantizan los derechos de cada uno de sus miembros, todo ello plasmado en el artículo 39 de la Constitución.

El Derecho de Familia se ha enfrentado en las últimas décadas a los sucesivos retos planteados por los avances en Medicina y Biotecnología. Esos avances científicos aplicados a las técnicas de reproducción asistida han cuestionado antiguos paradigmas, poniéndose en entredicho cuestiones como la maternidad, la paternidad y la filiación, como destacó el legislador en la exposición de motivos de la antigua Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Todo ello ha supuesto para el legislador español pasar de la fase de prevalencia de las presunciones respecto a la filiación, contenida en el artículo 116 del Código Civil, a la de prevalencia del consentimiento en la reproducción humana asistida, sin olvidar la posibilidad de la investigación biológica de la paternidad posibilitada por el descubrimiento del ADN y positivada en el artículo 39.2 de la Constitución de 1978.

V

La presente Ley tiene el objetivo de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. La finalidad de la iniciativa es también extender la posibilidad de acceder a la gesta-

ción subrogada -acceso ahora reservado a los más pudientes- y facilitar con ello la debida tutela de los diferentes derechos.

El Capítulo I de la Ley fija el objeto y el ámbito de la misma, define a los actores del proceso y la propia técnica y las condiciones personales de su aplicación.

En el Capítulo II de la Ley se aborda la forma cómo debe llevarse a cabo el proceso y se concretan las garantías para todos los intervinientes en el mismo, además de fijar el contenido mínimo del contrato de gestación por subrogación y formular las previsiones legislativas oportunas para la inscripción registral de la filiación y las previsiones en caso de premoriencia de los progenitores subrogantes.

Por último, en el Capítulo III se determina la creación del Registro nacional de gestación por subrogación.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto regular la gestación por subrogación.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por:

a) Gestación por subrogación. La técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes).

b) Progenitor o progenitores subrogantes. La persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético.

c) Mujer gestante por subrogación. Es la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.

d) Contrato de gestación por subrogación. Documento público por el que una pareja —formada por personas de igual o diferente sexo— o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.

Artículo 2. Condiciones personales de la aplicación de la técnica.

1. La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.

2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

3. La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación será llevada a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación.

CAPÍTULO II

PARTICIPANTES Y CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.

Artículo 3. Mujer gestante por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que éste esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación.

2. La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la gestación subrogada deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentarse mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.

3. La percepción de las compensaciones por gestación subrogada estarán exentas de tributación en el IRPF.

4. La mujer gestante por subrogación podrá tener o no cualquier clase de vínculo con los progenitores por subrogación.

5. La mujer gestante por subrogación será beneficiaria de un seguro -que deberán tomar a su cargo los progenitores o el progenitor subrogante- que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

Artículo 4. Progenitores o progenitor subrogantes.

Podrán ser progenitores o progenitor subrogantes todas las personas que, cumpliendo las condiciones fijadas en el artículo 2 de la presente Ley, formalicen el contrato de gestación por subrogación de acuerdo con la misma.

En el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores.

El progenitor o progenitores subrogantes deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición.

Artículo 5. La transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación.

1.—La transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación se hará de acuerdo con lo previsto, en lo que respecta a técnicas y eventuales donantes de material genético, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las terceras personas que eventualmente intervengan en el proceso los derechos y obligaciones contenidos en dicha Ley. Estas técnicas sólo podrán aplicarse en la mujer gestante por subrogación una vez cumplidos los requisitos fijados por la presente Ley.

2.—Los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto.

3.—Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010,

de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley.

4.—Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación.

Artículo 6. El contrato de gestación por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante notario -con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida- el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley, y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro. También antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro nacional de gestación por subrogación.

El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones:

- a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción.
- b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.
- c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.
- d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil.
- e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación.

1. La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en el artículo siguiente.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.

2. A los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, serán los progenitores o progenitor subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.

3. La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes.

1. En el supuesto de que el progenitor subrogante supérstite decida continuar con el proceso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación ni el material reproductor del progenitor subrogante fallecido -en el caso de que debiera aportarlo- no se halle en el útero de la mujer gestante por subrogación en momento de la muerte del progenitor subrogante que aporte material genético.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el progenitor subrogante podrá prestar su consentimiento, en el contrato de gestación subrogada, para que su material reproductor -si deba aportarlo- pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10. Premoriencia de los dos progenitores subrogantes o del progenitor subrogante único.

En el supuesto de fallecimiento durante la gestación de los dos progenitores subrogantes o de quién fuera progenitor subrogante único, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación,

estando obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

CAPÍTULO III

REGISTRO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.

Artículo 11. Registro nacional de gestación por subrogación.

1. El Registro nacional de gestación por subrogación, adscrito al ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y conozcan el marco jurídico de dicha gestación. El Registro, en una sección específica, registrará también los contratos de gestación por subrogación que se otorguen.

En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro.

2. Las personas que quieran ser progenitores subrogantes y no conozcan directamente una mujer inscrita en el Registro con la que suscribir el contrato de gestación subrogada, podrán dirigirse al Registro para que éste les facilite la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de ésta.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Disposición derogatoria única. A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Disposición final primera. Título competencial. Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de los artículos 149.1.8, 149.1.15 y 149.1.16 de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo normativo. Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

ESCUELA DIPLOMÁTICA

**UNA EUROPA SIN CONSTITUCIÓN:
ANÁLISIS DE CINCO AÑOS DE APLICACIÓN
DEL TRATADO DE LISBOA**

SONIA GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

RESUMEN

El Tratado de Lisboa llegó como solución al fracaso del proyecto de Constitución de la Unión Europea. Su planteamiento, no obstante, presentaba importantes avances para el proceso de integración comunitario. Pero su entrada en vigor coincidió con una de las peores crisis económicas de las últimas décadas y, sobre todo, la primera del euro, lo que puso de manifiesto las divergencias entre Estados miembros y obligó a centrar los esfuerzos en superar el “bache” económico, pudiendo ir esto en perjuicio, tal vez, de una mayor integración y cooperación.

En esta *Memoria* se pretenden analizar algunas de las principales innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, ver qué debates propiciaron en sus orígenes, qué expectativas generaron y qué impacto han tenido en la realidad. Se prestará atención a cuestiones como la política exterior, la defensa de los derechos fundamentales o el impulso a los procesos de democracia.

Para ello, se tomarán algunos de los artículos de los Tratados referentes a estos cambios y, a través de noticias, comunicaciones de las instituciones y análisis y comentarios de expertos, se evaluará la profundidad y potencia de los cambios por ellos producidos, si los hubiera.

Como se verá, los resultados obtenidos no son muy optimistas, pero la vía abierta por Lisboa sí que despeja el camino para que la Unión Europea logre grandes avances en el proceso de integración.

I. INTRODUCCIÓN

*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto:
se hará gracias a realizaciones concretas,
que creen en primer lugar una solidaridad de hecho.*
Robert Schuman, Ministro francés de Asuntos Exteriores,
9 de mayo de 1950.

El rechazo en referéndum del *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* por parte de Francia y de los Países Bajos en mayo y junio de 2005, respectivamente, originó una crisis institucional, y casi existencial, para la Unión Europea. El que estaba llamado a ser el siguiente escalón para avanzar en pro de una unión cada vez mayor entre los pueblos, como se comprometieron los Estados fundadores en 1957¹, quedaba en entredicho, al tiempo que se planteaban serias dudas al sacar a la luz las divergencias entre lo que los diferentes Estados miembros esperaban del proyecto europeo, siempre en continua evolución.

El fracaso constitucional fue percibido como una verdadera crisis para el proyecto comunitario, como atestiguan algunos textos escritos poco después del resultado de las consultas a los ciudadanos galos y neerlandeses.

Europa está pasando una verdadera crisis, no una tormenta pasajera. Está enfrentándose a serias cuestiones acerca del proyecto europeo mismo. La unificación de Europa fue aclamada como un gran ideal durante varias generaciones y marcó el final de las guerras que se sucedían en el viejo continente, que en realidad eran guerras civiles entre europeos. Además, sobre las ruinas que quedaron tras las dos guerras mundiales, Europa consiguió forjar unas democracias duraderas, una prosperidad floreciente y un nivel aceptable de protección social².

* * *

¹ Los jefes de Estado de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Italia y Alemania se declaran «resueltos a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos» en el Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 1957.

² VERHOFSTADT: 2006, pág. 15.

La crisis constitucional ha conducido a algo todavía más peligroso: a una auténtica crisis de identidad europea. El retroceso de 22 países (los que habían ratificado y los que estaban dispuestos a hacerlo) frente a 5 (Reino Unido, Polonia, República Checa y, formalmente, Francia y Holanda como consecuencia del resultado negativo de sus procesos refrendatarios) se ha manifestado en un incomprensible despojo de los símbolos europeístas³.

Así lo definía en 2007 Francisco Balaguer, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo. En su opinión, el rechazo de algunos países respondía fundamentalmente a la lectura en clave nacional del referéndum, incluso en países europeístas como Francia; pero también a la “compartimentalización de los espacios de decisión” democrática, lo que explicaría “que en este proceso hayan terminado decidiendo las minorías sobre las mayorías” de Estados que sí ratificaron el tratado. Otros autores también hicieron esta lectura ⁴:

Una de las impresiones que perduran con más fuerza en la mente de los ciudadanos es el rechazo por parte de Francia u Holanda, sin importar que muchos de esos votantes expresasen realmente una oposición al gobierno del momento en vez de al texto en sí mismo.

(...)

El punto muerto político respecto al Tratado ha ido demasiado lejos y no se debe permitir que domine la agenda política y lleve a la UE al desprestigio. Es bastante evidente que al tratar cuestiones institucionales poco claras se aumenta el descontento en la opinión pública con la Unión.

Esta idea sugiere una pregunta: ¿Qué hubiera pasado si el referéndum se hubiera realizado a nivel comunitario en lugar de a nivel estatal y solo en algunos Estados? ¿Estaba la sociedad europea preparada para ello? Parece lógico pensar que un referéndum sobre una cuestión europea debía realizarse a nivel europeo. Pero también es cierto que eso habría supuesto una supranacionalización que era, precisamente, lo que asustaba a muchos dirigentes respecto al tratado constitucional. Al fin y al cabo, tener una Constitución Europea habría acercado de un salto a la Unión a la estructura de un Estado.

No obstante, los veintisiete Estados que desde 2007 conformaban la Unión Europea buscaron una salida al *impasse* en el que se encontraban y, ante la necesidad de convocar un “debate más profundo y amplio sobre el futuro de Europa”, como se estableció en Niza⁵, convocaron una Convención encargada de transfor-

³ BALEGUER CALLEJÓN: 2007

⁴ CORBETT: 2007, págs. 110 y 113

⁵ La declaración número 23 aneja al Tratado de Niza establecía, en su punto 3: «Una vez abierto el camino a la ampliación, la Conferencia apela a un debate más amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea. En 2001, las Presidencias sueca y belga, en colaboración con la Comisión y con la participación del Parlamento Europeo, favorecerán un amplio debate con todas las partes interesadas:

mar el Tratado constitucional en un proyecto de nuevo tratado que modificara el derecho originario existente.

El Consejo Europeo, reunido en Bruselas el 21 y 22 de junio de 2007, concluyó convocar una conferencia intergubernamental (CIG), “bajo la responsabilidad global de los Jefes de Estado o de Gobierno asistidos por los miembros del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores”, a la que se le dio el mandato siguiente⁶:

1. *Se pide a la CIG que elabore un Tratado (en lo sucesivo “Tratado de reforma”) por el que se modifiquen los Tratados existentes con el fin de aumentar la eficacia y legitimidad democrática de la Unión ampliada y la coherencia de su acción exterior. Se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado «Constitución». El Tratado de reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a las precisiones que figuran a continuación.*
2. *El Tratado de reforma contendrá dos cláusulas substantivas que modificarán, respectivamente, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El TUE conservará su denominación actual, mientras que el TCE pasará a llamarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, ya que la Unión tendrá una única personalidad jurídica. La palabra «Comunidad» se sustituirá en todo el texto por la «Unión»; se estipulará que ambos Tratados constituyen los Tratados sobre los que se funda la Unión y que la Unión sustituye y sucede a la Comunidad. Habrá además otras cláusulas en las que se recojan las disposiciones habituales sobre ratificación y entrada en vigor, así como las medidas transitorias. Las modificaciones técnicas del Tratado Euratom y de los actuales Protocolos acordadas en la CIG de 2004 se efectuarán a través de protocolos anejos al Tratado de reforma.*
3. *El TUE y el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión no tendrán carácter constitucional. La terminología utilizada en ambos Tratados reflejará este cambio: no se utilizará el término “Constitución», el «Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión» pasará a llamarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y se abandonarán las denominaciones «ley» y «ley marco», al conservarse las de «reglamento» «directiva» y «decisión» actuales. Del mismo modo, no figurará en los Tratados modificados ningún artículo que mencione los símbolos de la UE (bandera, himno o divisa). En cuanto a la primacía del Derecho de la UE, la CIG adoptará una declaración en la que se recuerde la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de la UE*

los representantes de los Parlamentos nacionales y del conjunto de la opinión pública, tales como los círculos políticos, económicos y universitarios, los representantes de la sociedad civil, etc.

⁶ CONSEJO EUROPEO: 2007.

4. *Por lo que respecta al contenido de las modificaciones de los actuales Tratados, se integrarán en el TUE y en el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión las novedades resultantes de la CIG de 2004, tal como se especifican en el presente mandato. Las modificaciones de estas innovaciones introducidas como resultado de las consultas celebradas con los Estados miembros durante los últimos seis meses se indican claramente más adelante. Se refieren, en particular, a las competencias respectivas de la UE y de los Estados miembros y su delimitación, al carácter específico de la política exterior y de seguridad común, al mayor papel de los parlamentos nacionales, al tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales y a un mecanismo, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, que permita avanzar en un determinado acto a los Estados miembros que deseen utilizarlo, dejando la posibilidad de no participar a los Estados miembros que no deseen hacerlo.*

Lo que los líderes tal vez no esperaban es que, superado este encallamiento que les había parecido un verdadero reto en el proceso de integración comunitario, y con el nuevo Tratado de Lisboa ya firmado, se iban a ver enfrentados a otro nuevo reto de mucho mayor calado, trascendencia, repercusiones y duración (aún estamos capeando el largo temporal): la crisis económica y financiera.

Solo unos meses después (el 15 de septiembre de 2008) de la firma del Tratado de Lisboa (diciembre de 2007) y antes de su entrada en vigor, el banco estadounidense Lehman Brothers se declaraba insolvente, desencadenando una enorme crisis mundial, que marcaría el ritmo de los latidos (a menudo palpitaciones) de la Unión Europea durante los años siguientes.

Herman van Rompuy, el ex primer ministro belga que tuvo la ardua tarea de asumir el cargo de primer presidente permanente del Consejo Europeo –figura introducida con Lisboa–, recuerda en su obra *Europe in The storm* cómo su primera cumbre de jefes de Estado o de Gobierno en Bruselas, el 11 y 12 de febrero de 2010, coincidió con la noticia de que Grecia, de la que poco antes se había descubierto que había falseado sus cuentas públicas, se encontraba en riesgo de declararse en bancarrota.

Pero no solo se trataba de Grecia. Durante aquella cumbre los otros veintiséis líderes se dieron cuenta de repente de que la tormenta financiera en Grecia podía convertirse en una tormenta financiera para la Eurozona y para el conjunto de la Unión Europea. Fue el descubrimiento de que todos estábamos en el mismo barco, que desde entonces ha moldeado la política europea hasta nuestros días⁷.

En los dos años siguientes, la UE vivió en una vorágine de cumbres extraordinarias, habitualmente presentadas como vitales para la permanencia de todos los miembros de la zona euro, para la supervivencia de la divisa comunitaria e incluso, para la propia conservación de la Unión Europea. La crisis post-referéndum constitucional era *peccata minuta* comparada con la nueva situación.

⁷ VAN ROMPUY: 2014, págs. 11-12.

Los ciudadanos europeos nos familiarizamos con términos hasta entonces desconocidos para la mayoría, como “prima de riesgo” o “tasa de interés”, nos pusimos al día de la deuda pública y el déficit de muchos de nuestros socios y, en algunos casos, se empezaron a poner en entredicho los beneficios de proyectos como el de la moneda común.

El profesor José Antonio Sanahuja apuntaba en un artículo de 2012 que “es la crisis del euro la que supone la mayor amenaza para la viabilidad de la UE como proyecto, tanto en el ámbito económico, como en cuanto a su viabilidad política”. Dentro de esa crisis, según el profesor de la Universidad Complutense, “se interrelacionaban en un bucle infernal” tres crisis: la bancaria (por la falta de capital y liquidez tras una época de “sobrendeudamiento”); la de deuda soberana; y la de crecimiento⁸.

De hecho, gran parte de las medidas adoptadas en esos meses fueron de carácter económico y financiero, dando origen a una panoplia de siglas y nombres de difícil comprensión con las que reforzar y asegurar la integración económica y financiera: Six Pack, Two Pack, MEDE, FEEF...

Aunque la crisis ha perdido terreno desde que el presidente del Banco Central Europeo (BCE), Mario Draghi, pronunció las “palabras mágicas”⁹ en julio 2012, que aplacaron los temores sobre la deuda soberana de los Estados miembros y redujeron significativamente la prima de riesgo de muchos países del sur, entre ellos España; la tormenta económica no puede darse por concluida. Grecia volvió a ser motivo en el verano de 2015 de una de esas interminables reuniones del Consejo Europeo en Bruselas en las que los periodistas acaban durmiendo en cualquier rincón del Justus Lipsius —el edificio que alberga el Consejo de la Unión Europea y el Consejo Europeo—, a la espera de un acuerdo de los líderes. El motivo: un tercer plan de ayuda financiera, en esta ocasión de hasta 86.000 millones de euros, para permitir que la economía helena cumpla con sus obligaciones financieras. Los niveles de deuda y déficit público, las tasas de desempleo de algunos países —Grecia y España siguen a la cabeza en este sentido—, y los bajos niveles de crecimiento económico tampoco animan a celebrar el fin del temporal.

Durante estos años en los que la UE ha vivido peligrosamente, ha habido una palabra que, sin duda, ha destacado por encima de cualquier otra cuando se hablaba de cuestiones comunitarias: “austeridad”. Para muchos habitantes del Sur, la austeridad ha sido un duro flagelo que ha marcado sus vidas, les ha obligado a emigrar o les ha sumido en unas condiciones de pobreza que nunca imaginaron. En unas latitudes más frías, este término ha representado una obligación con la

⁸ SANAHUJA: 2012.

⁹ «El BCE hará lo que sea necesario para mantener el euro. Y créanme, será suficiente».

que los socios “holgazanes” y “tramposos” del Sur tenían que cumplir a toda costa si querían mantenerse en el selecto club del euro.

Quizás las consecuencias más directas de este proceso hayan sido que, por un lado, se han incrementado las diferencias entre Estados miembros —tal vez, cabría decir, las percepciones sobre las diferencias, las cuales sin duda ya existían— y, por otro, que Bruselas ha aparecido como la culpable de muchos males —ya fuera por su dureza y falta de solidaridad, para unos, como por su incapacidad para encontrar soluciones a la crisis, para otros—. La Unión Europea ha dejado de verse como un proyecto de paz e integración que podía dar a muchos Estados una posición de fortaleza en un escenario de multipolaridad y de grandes potencias contra las que resulta difícil competir, para empezar a verse como una fuente de males de la que muchos preferirían desentenderse.

Cuando se empieza a constatar que “Bruselas” es el origen o la justificación de políticas que comportan recortes de derechos y una merma del bienestar, en unos casos, o que suponen sostener a socios en problemas, en otros casos, las sociedades no han tardado en expresar su rechazo. El euroescepticismo gana espacios y, paradójicamente, parece convertirse en el único vínculo ideológico común que se extiende entre los europeos¹⁰.

Esta desafección quedó reflejada en las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2014. También puede considerarse, aunque este caso reviste mayor complejidad, que ha propiciado el «Sí» en el referéndum en Reino Unido sobre su salida de la Unión. Una opción recogida en los Tratados, curiosamente, desde el Tratado de Lisboa.

Pero a parte de esta desagradable consecuencia para el proceso de integración, lo que cabe preguntarse es si durante los años transcurridos entre la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (diciembre de 2009), y la constitución de la Comisión Juncker (en 2015), se ha avanzado en las materias en las que el Tratado de Lisboa introdujo cambios significativos en la arquitectura comunitaria, o si los avances han sido fundamentalmente en el terreno de lo económico.

Por suerte o por desgracia, en este lapso de tiempo la realidad ha dado una sacudida a la UE —que siempre parece reaccionar cuando se encuentra cara a cara con el peligro— en otro terreno en el que sí que entraba en juego una de las figuras introducidas por el último tratado de reforma, la de la Alta Representante.

La sacudida en cuestión llegó desde la vecina Ucrania, poniendo en evidencia no solo las dificultades de los Veintiocho a la hora de planificar una política exterior común, sino también que la Unión no ha hecho los deberes en algunas asignaturas pendientes que arrastra desde hace años, como la unión energética, o que la planificación de su política de vecindad puede no haber sido la más adecuada.

¹⁰ SANAHUJA: 2012, pág. 66.

En el terreno de la política exterior, éste no ha sido el único ejemplo de que la Unión ha reaccionado tarde y mal. El proceso conocido como “Primavera Árabe” por el que pasaron países como Egipto, Libia, Túnez o Siria (Estados que forman parte de la Política de Vecindad europea) ha puesto de manifiesto las dificultades para desarrollar una postura común de apoyo a los procesos de transición en esos países que, en casos como el de Libia o Siria, han acabado por desembocar en situaciones completamente caóticas y lamentables.

Si bien no se le puede imputar a la Unión toda la responsabilidad de lo que ha ocurrido en estos países ni las consecuencias que se han derivado de esos conflictos (auge del terrorismo de corte islamista radical, aparición del grupo suní radical Estado Islámico, implantación del yihadismo en Libia, flujo masivo de demandantes de asilo, etc.), esto sí que debería ser una señal de alarma de que los Veintiocho no pueden esperar a verle las orejas al lobo para reaccionar ante lo que ocurre en otros Estados ni para poner en marcha los instrumentos de los que disponen gracias al Tratado de Lisboa para atender las necesidades que puedan surgir. El error de la UE en este sentido no ha sido no actuar, sino demostrar, como se desarrollará en esta *Memoria*, falta de coherencia, de consenso y de rapidez. Y es que hay que tener presente que muchos de los retos domésticos de la UE no proceden necesariamente de su interior, sino del exterior, como han demostrado tanto la crisis financiera como la crisis migratoria¹¹.

En cualquier caso, el Tratado de Lisboa debería haber contribuido a politizar más las cuestiones comunitarias, sin renunciar por ello a la cultura del compromiso propia del método comunitario¹². Sin embargo, los acontecimientos acaecidos entre 2009 y mediados de 2015 han provocado más bien, como se ha indicado, que los ciudadanos europeos vean a la UE como un chivo expiatorio al que culpar de todos sus males. Consecuencia, sin duda, de que las pastillas más amargas para solucionar la situación económica se han fabricado en Bruselas. Un ejemplo de ello fue la reacción a la concesión del Premio Nobel de la Paz a la Unión Europea en 2012, por su contribución en «transformar Europa de un continente en guerra a un continente en paz», así como “al avance de la paz y la reconciliación, la democracia y los derechos humanos en Europa». Este reconocimiento, en lugar de provocar un sentimiento de orgullo, fue motivo de crítica ante la situación que vivían muchos ciudadanos, principalmente griegos, como consecuencia de las medidas de austeridad solicitadas a cambio de la concesión de ayuda financiera.

Otra muestra ha sido la creciente resistencia, tanto de los Estados miembros como de los ciudadanos europeos, a aceptar nuevas normas procedentes de las instituciones comunitarias.

¹¹ GREVI: 2015.

¹² LERON y RICARD-NIHOUL: 2011, pág. 6.

La crisis financiera ha revelado las contradicciones estructurales en el seno del proyecto inacabado de la UE: las economías de los Estados miembros necesitan más inmigrantes de los que sus poblaciones parecen estar dispuestas a tolerar, y la unión monetaria necesita más integración política que la que sus élites son capaces de ofrecer. Pero aunque tanto la población europea como sus élites políticas están decepcionadas con la actuación de la UE, paradójicamente la consideran un actor clave no solo en la economía, sino también cada vez más en la política exterior y de seguridad.¹³

* * *

Aunque es innegable que se han dado pasos de gigante en el establecimiento de un mercado único y en el campo de la unión económica y monetaria, paradójicamente, esa unificación de la base material no acaba de reflejarse —como pretendían Jean Monnet y Robert Schuman— en el plano político o superestructural, donde cada intento de apoderamiento de las instancias de gobierno de la Unión tropieza con la resistencia de los Estados miembros, muy celosos de sus competencias.¹⁴

Es decir, que incluso a pesar de los malos tragos de la política europea, ésta sigue siendo para muchos analistas la única solución para nuestros males actuales. ¿A qué se debe, entonces, el rechazo generalizado respecto al proyecto comunitario?

Las dudas expresadas serán algunos de los interrogantes que intentarán resolverse a lo largo de esta *Memoria*, en la que se analizará si figuras como el del Alto Representante para la Política Exterior y de Defensa, el presidente permanente del Consejo Europeo, o la posibilidad de iniciativa legislativa popular han transformado la Unión Europea o han sido, por el contrario, meros cambios estéticos que no han cumplido sus promesas de mutación. El objetivo es analizar de qué manera se han plasmado en la realidad los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa (una versión descafeinada del proyecto constitucional) desde su entrada en vigor, en 2009, hasta las elecciones europeas, la elección del nuevo presidente de la Comisión Europea, del nuevo presidente del Consejo Europeo y de la nueva Alta Representante. Hay que tener en cuenta que algunas de las modificaciones, como la referida a la elección del presidente de la Comisión Europea, no pudieron llevarse a la práctica hasta los primeros meses de 2015, por lo que también se analizarán hechos acaecidos al inicio de ese año que resultan igualmente interesantes para evaluar el impacto del Tratado de Lisboa -la Constitución Europea que nunca fue tal.

¹³ LEONARD y KRASSTEV: 2011.

¹⁴ MELLADO PRADO: 2010, pág. 76.

II. SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ADLE - Alianza de Demócratas y Liberales Europeos
- AGNU - Asamblea General de las Naciones Unidas
- BCE - Banco Central Europeo
- CAE - Consejo de Asuntos Exteriores
- CDFUE - Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CE - Comisión Europea
- CEDH - Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CIG - Conferencia Intergubernamental
- CRE - Grupo parlamentario de los Conservadores y Reformistas Europeos
- Daesh - Estado Islámico (acrónimo en árabe)
- EPP - Partido Popular Europeo
- ESLJ - Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia
- EUCO - Consejo Europeo (European Council)
- FAO - Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
- FEEF - Fondo Europeo de Estabilidad Financiera
- FMI - Fondo Monetario Internacional
- GUE/NGL - Izquierda Unida Europea / Izquierda Verde Nórdica (Gauche Unie Européenne / Nordic Green Left)
- HR/VP - Alto Representante para los Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad (High Representative / Vice-President)
- ICE - Iniciativa Ciudadana Europea
- LIBE - Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo

MEDE - Mecanismo Europeo de Estabilidad
OMC - Organización Mundial del Comercio
PCSD - Política Común de Seguridad y Defensa
PE - Parlamento Europeo
PESC - Política Exterior y de Seguridad Común
PEV - Política Europea de Vecindad
S&D - Socialistas y Demócratas
SEAE - Servicio Europeo de Acción Exterior
TdL - Tratado de Lisboa
TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE - Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE - Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TTIP - Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión
TUE - Tratado de la Unión Europea
UE - Unión Europea

III. LOS CAMBIOS DEL TRATADO DE LISBOA: PERSPECTIVA GENERAL

Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa –firmado en diciembre de 2007 y en vigor desde diciembre de 2009- son mínimas con respecto al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, pero de gran trascendencia respecto al Tratado de Niza, el último que había modificado los textos fundamentales comunitarios.

Respecto a la non-nata constitución, en Lisboa se eliminó la referencia a los símbolos de la Unión (la bandera de 12 estrellas, la *Oda a la Alegría* como himno, el 9 de mayo como Día de Europa y la divisa “Unidos en la diversidad”), además de la calificación de “Ministro de Asuntos Exteriores” para la figura del Alto Representante y, más notablemente, la propia denominación de “Constitución”. Tampoco se logró la pretendida sustitución de los tratados existentes por un único texto¹⁵, algo que habría simplificado significativamente la legislación europea.

Esto, de hecho, puede considerarse una especie de estrategia para allanar el camino hacia su ratificación y evitar situaciones como la creada por el ‘No’ de Francia y Holanda en 2005¹⁶. Solo Irlanda, Alemania y Polonia, por obligación constitucional, tuvieron que proceder a la ratificación del Tratado de Lisboa.

No obstante, algunos analistas consideran que parte de los avances introducidos por Lisboa ya existían, de facto, en la práctica institucional, como apuntaba en 2009 el magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial David Ordóñez, para quien “Europa ya tiene un nombre, pero no se atreve a elegir el adjetivo que más le conviene. Pues bien, el Tratado de Lisboa es un intento de calificar y perfeccionar disimuladamente una integración europea ya alcanzada”.

¹⁵ LA DOCUMENTATION FRANÇAISE: 2009b.

¹⁶ MELLADO PRADO: 2010, pág. 78.

Redundando en ello apuntaba: “En Europa ya tenemos constitución como así lo acreditan los datos históricos, políticos y jurídicos. Y la esencia de esta constitución europea son el mercado, la moneda y el ciudadano”¹⁷.

También se entiende que el haberle cambiado el nombre no hacía del Tratado de Lisboa un texto menos constitucional que uno bautizado de tal forma, dadas las pequeñas diferencias entre un texto y otro. Así, el profesor Francisco Balaguer argumentaba en 2007, a la luz del Consejo Europeo de Bruselas de los días 21 y 22 de junio de 2007, en los que se convocó la Conferencia Intergubernamental que debía reformar los tratados de la UE:

*Lo que parece claro es que hemos pasado de una Constitución con forma de Tratado (esto es, de un Tratado con contenido constitucional) a una Constitución con nombre de Tratado. La conclusión a que podemos llegar no es muy grata para las instituciones europeas: o bien antes no era una Constitución y se nos había intentado pasar por Constitución lo que no lo era o bien ahora es una Constitución y se nos está intentado pasar por un mero Tratado lo que es una Constitución. Porque lo que tenemos que descartar, en todo caso, es que el mismo contenido constitucional y la misma forma de Tratado puedan ser y no ser una Constitución al mismo tiempo. La política, incluida la política europea, no puede llegar a tanto.*¹⁸

Aunque es cierto que las modificaciones sufridas por el Tratado de Lisboa respecto al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa son mínimos, la cuestión de la desaparición de la denominación de Constitución tiene una trascendencia mayor en un ámbito concreto: el del avance del proyecto europeo y la participación de los ciudadanos en la vida democrática del mismo.

Aunque en esta cuestión se ahondará más adelante, no parece baladí afirmar que, sin una constitución, el proyecto europeo pierde peso y, en consecuencia, esto hace que los ciudadanos lo tomen como algo menos serio, que se siga viendo como algo etéreo que no termina de concretizarse en sus vidas. Sin embargo, una constitución pondría en pie de igualdad a la UE con respecto a los Estados miembros, se convertiría en un ente político como los demás (aunque solo sea en la esfera del imaginario colectivo puesto que, como afirma el profesor Balaguer, en la esfera de lo normativo el Tratado de Lisboa tenga un carácter constitucional efectivo). No extraña, pues, que a muchos Estados les aterrara un avance tan pronunciado en la integración comunitaria.

*Si la crisis constitucional se ha convertido en una crisis de identidad europea es porque el proceso de constitucionalización es ya el único instrumento posible para avanzar hacia una integración política cada vez más necesaria. Al cuestionar este proceso se está cuestionando la cultura democrática y constitucional de Europa y la posibilidad misma de que Europa sea algo más que una zona de libre cambio.*¹⁹

¹⁷ ORDÓÑEZ SOLÍS: 2009, págs. 112 y 147.

¹⁸ BALAGUER CALLEJÓN (2007).

¹⁹ BALEGUER CALLEJÓN: 2007, pág. 33.

De hecho, para el profesor Sanahuja, “el legado más importante de este proceso es que el nuevo tratado marcó límites a la construcción europea, haciendo emerger algunas rupturas que condicionan seriamente su presente y futuro y ponen en entredicho el experimento europeo de redefinición de la ciudadanía y de gobernanza democrática cosmopolita”²⁰. Estas rupturas y divergencias no solo se vieron en los referendos sobre el proyecto de tratado constitucional, sino que quedaron plasmadas con Lisboa en ámbitos como el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia o la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

No obstante, en el Tratado de Lisboa se respetaron muchos de los avances institucionales acordados antes de 2005. Los principales cambios introducidos por el texto aprobado en 2007 respecto al Tratado anterior, el de Niza (2001), se pueden agrupar en cinco grandes objetivos: (1) más democracia, (2) eficacia, (3) mayor presencia en el mundo, (4) reforma y estabilidad institucional, y (5) más derechos y libertades para los ciudadanos europeos. A continuación se desglosan las principales reformas de cada uno de estos bloques.

1. Más democracia:

- Se incrementan los poderes legislativos del Parlamento Europeo al convertir la codecisión en el procedimiento legislativo ordinario (art. 251 TFUE). Además, se aumenta la competencia de la Eurocámara en control político, democrático, de justicia e interior y presupuestario. Entre otros, el PE goza de un mayor protagonismo en el nombramiento de los miembros de la Comisión y en la aprobación de los acuerdos internacionales;

²⁰ SANAHUJA: 2012, pág. 64.

De Laeken a Lisboa

Diciembre/2001

Declaración de Laeken sobre el futuro de Europa - se convoca una Convención para debatir el futuro de la Unión.

Febrero/2002

Se convoca la Convención Europea, con 105 miembros y bajo la presidencia de Valéry Giscard d'Estaing.

Junio - julio /2003

La Convención presenta el proyecto de Tratado Constitucional.

29/octubre/2004

Se firma en Roma el Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea.

Mayo-junio/2005

Francia y Holanda rechazan en referéndum el proyecto de Constitución para Europa con un 55% y 61,5% para el 'No' respectivamente.

21-22/junio/2007

El Consejo Europeo, presidido por Alemania, convoca una Conferencia Intergubernamental para reformar el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de las Comunidades Europeas.

23/julio/2007

Se convoca la Conferencia Intergubernamental, bajo presidencia portuguesa. Concluye sus trabajos el 18 de octubre.

12/diciembre/2007

Se adopta en Estrasburgo la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 7 de diciembre de 2000.

13/diciembre/2007

Firma del Tratado de Lisboa.

12/junio/2008

Irlanda rechaza en referéndum el Tratado de Lisboa con un 53,4% de 'No'.

2/octubre/2009

Irlanda vota de nuevo el Tratado de Lisboa. Gana el 'Sí' con un 67,1% de los votos.

19/noviembre/2009

Herman van Rompuy es elegido primer presidente permanente del Consejo Europeo, y Catherine Ashton, Alta Representante para la PESC.

1/diciembre/2009

El Tratado de Lisboa entra en vigor.

- Hay una contribución más activa de los parlamentos nacionales que, entre otras cosas, pueden recurrir al procedimiento de alerta temprana;
- Se introduce el derecho de iniciativa legislativa popular gracias la denominada Iniciativa Ciudadana Europea (ICE);
- Se incrementa la transparencia en la toma de decisiones. Por ejemplo, el Consejo de la Unión Europea debate y delibera de manera pública;
- Se persigue incrementar la legitimidad democrática del presidente de la Comisión Europea al instar al Consejo Europeo a tener en cuenta el resultado de las elecciones al PE a la hora de nombrar a un candidato.

2. Más eficacia:

- Se introduce una extensión de la regla de la mayoría cualificada en las votaciones del Consejo con la denominada “Doble mayoría”, cuya entrada en vigor se preveía en 2014 o 2017 (lo está desde el 1 de noviembre de 2014). Se pasa así de una triple mayoría (que requiere una mayoría de votos de los miembros del Consejo, que representen al 62% de la población de la UE y el 74% de los sufragios de los Estados miembros) a una doble mayoría, que requiere un 55% de los votos del Consejo (esto es, al menos 15 ministros), que representen a un 65% de la población de la UE. La coalición de bloqueo debe estar formada, al menos, por cuatro Estados miembros;
- Se amplían y aclaran las competencias de la Unión, haciendo una clasificación en competencias exclusivas, competencias compartidas y acciones de apoyo, coordinación o complemento. Se plantean nuevas bases jurídicas para una política energética común, la lucha contra el cambio climático, la política espacial, la política de asilo e inmigración, así como las acciones para combatir el crimen y el terrorismo internacional. Y las cuestiones de justicia, seguridad y libertad se comunitarizan.
- Se prevé una reducción de los miembros de la Comisión a partir de 2014 y reajuste de eurodiputados. En el primer caso, la reforma no llegó a producirse, al ser uno de los requisitos de Irlanda para ratificar el Tratado, por el temor de perder peso en el seno del Colegio de Comisarios. En el caso del PE, se fija el número de diputados en 750 más el presidente.

3. Mayor presencia en el mundo:

- El puesto de Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común pasa a denominarse Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Sus atribuciones cambian y es, al mismo tiempo, vicepresidente de la Comisión Europea;

- Se prevé la creación de un Servicio Europeo de Acción Exterior;
- Se dota a la UE de personalidad jurídica única;
- Se da un impulso a la política europea de vecindad

4. Reforma y estabilidad institucional:

- Se elimina la estructura de “pilares” y la dualidad entre Comunidades Europeas y Unión Europea;
- El Consejo Europeo se convierte en una institución estable de la Unión. Cuenta, además, con una presidencia fija, de dos años y medio prorrogables para un segundo mandato;
- Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE tiene siete instituciones, pues el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas también se convierten en instituciones. Excepto el Tribunal de Justicia, que desempeña de forma exclusiva funciones de carácter judicial, las demás solapan —especialmente el Consejo de la UE y la Comisión Europea— funciones ejecutivas con legislativas. El Tribunal de Justicia, además, ve ampliado su ámbito de intervención;
- El antiguo Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores se divide en dos: el Consejo de Asuntos Generales y el Consejo de Asuntos Exteriores. Éste último es la única de las 10 formaciones del Consejo de la UE que no está presidido por el ministro del ramo del país que ejerce la presidencia de turno de la UE, sino por el Alto Representante.

5. Más derechos y libertades para los ciudadanos europeos.

- Se refuerzan los valores y los objetivos de la Unión (como la protección de sus ciudadanos); se consolidan las cuatro libertades de los ciudadanos europeos (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales); y se incrementa la solidaridad entre los Estados miembros (a través de la cláusula de solidaridad);
- Los derechos de los ciudadanos se amplían a través de la garantía de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que incluye algunos derechos que no figuraban en el Convenio Europeo de 1950, como la protección de datos, la bioética o el derecho a una buena administración;
- La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE pasa a tener el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE);
- Se prevé la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos;

- Se concreta el contenido de la ciudadanía de la unión;
- Se prevé que todas las políticas de la Unión tengan en cuenta la dimensión social;
- Los Estados candidatos a entrar en la UE deben respetar sus valores.

6. En un plano más general, otras novedades son:

- El artículo sobre el principio de subsidiaridad se redacta de forma más restrictiva;
- Se introduce una cláusula de salida de un Estado miembro de la Unión;
- El *Tratado de la Comunidad Europea* pasa a denominarse *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, que incluye las normas de funcionamiento de la Unión. Tiene, además, el mismo valor legal que el *Tratado de la Unión Europea*;
- Se reconoce de forma expresa la primacía del Derecho Comunitario respecto de los derechos nacionales.

El objetivo de la presente *Memoria* es analizar qué frutos han dado las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa y cómo han afectado estas reformas al funcionamiento de la Unión. No obstante, no se examinarán uno por uno cada uno de los cambios, pues eso produciría un estudio de enormes proporciones, sino que se tratarán las cuestiones que se consideran más relevantes y de mayor trascendencia.

Los temas elegidos se han agrupado en tres grandes bloques temáticos: derechos fundamentales, posición de la UE en el mundo y vida democrática de la Unión. En el primero de ellos se explora la introducción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como parte de los tratados constitutivos de la Unión y la cuestión de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el segundo, se examinan dos grandes cuestiones: la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior y la figura del Alto Representante; y la subjetividad de la Unión Europea. Finalmente, en el tercero de ellos se aborda la cuestión de la Iniciativa Ciudadana Europea; y se analizan las últimas elecciones europeas, cómo se plantearon las principales cuestiones de actualidad y qué reacción produjeron entre la ciudadanía.

IV. CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRATADO DE LISBOA

La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas.

La solidaridad de producción que así se cree pondrá de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible. (...)

Mediante la puesta en común de las producciones básicas y la creación de una Alta Autoridad de nuevo cuño, cuyas decisiones obligarán a Francia, Alemania y los países que se adhieran, esta propuesta sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz.

Robert Schuman, Ministro francés de Relaciones Exteriores,
9 de mayo de 1950²¹

Una de las materias en las que el Tratado de Lisboa supuso un salto cualitativo fue en la cuestión de la protección de los derechos fundamentales, a través de dos procesos: por una parte, la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como texto vinculante y, por otra, el establecimiento de una base legal para la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Los tratados comunitarios no contenían en su origen ninguna disposición general relativa a los derechos humanos, algo que resulta paradójico teniendo en

²¹ Unión Europea: «Declaración de Robert Schuman, 9 de mayo de 1950».

cuenta su objetivo de que “cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo [resulte] impensable, sino materialmente imposible” y de sentar “las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para la preservación de la paz”. También era ésta una característica que la diferenciaba del resto de organizaciones internacionales. Pero la naturaleza prominentemente económica de la originaria Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de sus formaciones derivadas no hizo pensar a sus fundadores “que pudiera existir un riesgo de colisión entre la legislación comunitaria y los derechos humanos”²².

El tiempo demostraría el error de esta consideración, pues al entrar en juego los intereses de particulares se comprobó cómo los derechos fundamentales pueden ejercer de límite a la actuación de los entes públicos o privados, o a la de los mismos individuos. Así, la tardanza de las Comunidades, primero, y de la Unión, después, para introducir la protección de los derechos fundamentales como un elemento vinculante y motivante de la actuación de las instituciones tuvo que ser suplida en gran medida por la actuación del Tribunal de Justicia de la UE, cuya jurisprudencia fue sentando precedente en la materia para posteriores conflictos. De esta manera, “en la Unión Europea la garantía jurisdiccional ha precedido a la elaboración de un catálogo escrito de derechos fundamentales”²³.

Esto no quiere decir, no obstante, que los Tratados no incluyeran algunas disposiciones relativas a los derechos humanos, como pueden ser la igualdad de retribución salarial entre hombres y mujeres, el derecho a la libre circulación, el derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, o el derecho de establecimiento. Aunque, como puede verse, el leitmotiv de estos derechos era la construcción de un mercado común.

El Acta Única europea de 1986 representó un tímido paso adelante en la promoción de los derechos humanos, al proclamar la disposición de los Estados a promoverlos y ampliar los derechos sociales. Aunque sí que fue importante que, a partir de entonces, el TJUE tuvo la capacidad de decidir si una norma de la UE era legal o no en función de su respeto de los derechos fundamentales, no se resolvía el problema de la incertidumbre, al estar siempre sujeto a la discrecionalidad del Tribunal.

El Tratado de Ámsterdam puede considerarse un hito en la materia, al imponer a los Estados candidatos a adherirse a la Unión el respeto de los principios relativos a los derechos humanos y el Estado de Derecho e instaurar un procedimiento de suspensión de derechos de voto y derechos derivados del Tratado ante una violación “grave y persistente” de los derechos humanos.

Pero no fue hasta 1999 cuando la Unión comenzó a redactar su propio instrumento de salvaguarda de los derechos fundamentales, una Carta que fue proclamada en el Consejo de Niza en el año 2000. Con el Tratado aprobado en la

²² CANEDO ARRILLAGA y GORDILLO PÉREZ: 2008, pág. 30.

²³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO: 2008, pág. 214.

misma ciudad francesa, se introdujeron mecanismos para transmitir recomendaciones a los Estados que los violaran y obligar a las instituciones a respetarlo. “La razón de elaborar un texto sobre derechos fundamentales se apoyó, no en la necesidad de añadir nuevos derechos, sino en hacer más perceptibles los ya existentes en el ámbito de la Unión a la luz de las interpretaciones del Tribunal de Justicia, del TEDH, y de la jurisprudencia constitucional de los Estados miembros”²⁴, al tiempo que se evitaban los enfrentamientos entre las jurisdicciones de los Estados miembros, que sí eran ya garantistas de los derechos humanos, y las de los tribunales comunitarios, y se hacía de la Carta un instrumento vinculante.

Los derechos fundamentales, pues, fueron entrando poco a poco en el derecho primario europeo. Con el Tratado de Lisboa, al proclamar explícitamente el carácter vinculante de la CDFUE, ésta se convirtió en el texto de referencia primordial en materia de derechos humanos en la Unión²⁵, y los Tratados fortalecieron su protección. Así, el respeto de los derechos fundamentales y el compromiso de promoverlos son condición necesaria para adherirse a la Unión (art. 49 TUE), y las instituciones, antes de adoptar actos jurídicos, están obligadas a realizar un control de adecuación a los derechos.

Como muestra de su relevancia en la actualidad y de su transformación en uno de los pilares básicos de la Unión, el actual vicepresidente primero de la CE y comisario encargado del Estado de Derecho y de los Derechos Fundamentales, el holandés Frans Timmermans, declaró en enero de 2015 ante el comité parlamentario de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior²⁶:

Si hablamos de derechos fundamentales hablamos de Europa, de la esencia de Europa. La esencia de Europa no es el euro. La esencia de Europa no es el mercado común. La esencia de Europa es una construcción basada en el Estado de derecho, para evitar que Europa vuelva a cometer los errores del pasado que mataron a millones de personas.

A. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA COMO DERECHO ORIGINARIO

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no figura dentro de los tratados de la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurría con el proyecto de Constitución (que la incluía en su Parte II, del artículo II-61 al II-114). La Carta forma parte de los textos constitutivos por reenvío, de forma indirecta, a través del artículo 6 TUE²⁷, que le otorga el mismo valor jurídico que los Tratados.

²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO: 2008, págs. 220-221.

²⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS: 2014, pág. 130.

²⁶ COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO: 2015a.

²⁷ LA DOCUMENTATION FRANÇAISE: 2009a.

Artículo 6 TUE

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

Como se indica en este artículo, el ámbito de aplicación de la Carta queda establecido en su Título VII. En concreto, en el artículo 51 se aclara que las disposiciones de la CDFUE “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros, únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”, y que la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” más allá de sus competencias. Es decir, que el objetivo es que la CDFUE se convierta en el “eje y la brújula de toda normativa y políticas de la UE” y que resulte vinculante para las instituciones comunitarias y para los Estados a la hora de trasponer directivas, reglamentos u otros actos legales a sus legislaciones nacionales, por lo que puede ser invocada ante los tribunales europeos. Pero ello no implica que los Estados miembros se vean afectados en lo que se refiere a su normativa interna y a sus esferas de competencia²⁸.

Sin embargo, la Carta no es vinculante en modo alguno ni para Polonia y Reino Unido (como establece el protocolo núm. 30 anejo a los Tratados), ni para la República Checa (como se acordó en el Consejo Europeo de octubre de 2009, que hace extensivo el Protocolo número 30 a este Estado, tal como figura en el anexo de las Conclusiones del EUCO). Cabe por tanto aquí ya una primera crítica, pues se produce una fractura importante en el proceso de integración al no avanzar todos los Estados al mismo paso en protección y promoción de los derechos fundamentales. Y esta fractura se añade, además, a otras ya existentes en otras materias, como la unión monetaria, el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia o el espacio Schengen de libertad de movimiento.

²⁸ SANZ CABALLERO: 2011, págs. 115-116.

La cuestión que debemos plantearnos es si hemos pasado, efectivamente, de la Carta de Derechos a los Derechos a la carta, en concreto para el Reino Unido y para Polonia. Quizás la respuesta esté en ese enigmático párrafo en el que se afirma que «la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles, pero no crea nuevos derechos ni principios» ¿podrán recurrir a este párrafo los tribunales en el futuro para otorgar eficacia a los Derechos de la Carta también en el Reino Unido y en Polonia? Si no fuera así habría que plantearse si podemos seguir avanzando en integración política y económica con este tipo de Protocolos. No sólo porque las condiciones de competencia están siendo cada vez más favorables a determinados países (algo que resultará insostenible a medio plazo) sino también y, sobre todo, porque los Derechos Fundamentales no son el euro. Si la racionalidad económica de la distinta composición de la zona euro (13 Estados) y del mercado (27 Estados) es cuestionable, la posibilidad de establecer una zona de Derechos Fundamentales que incluya a todos los Estados menos al Reino Unido y a Polonia resulta inadmisibles²⁹.

Otra crítica a la que han apuntado algunos estudiosos es la diferencia entre la cantidad e innovación de los derechos reconocidos y el nivel de garantías aseguradas³⁰. Además, esta cuestión plantea ciertos problemas, pues para que las instancias judiciales europeas puedan garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, hay que tener en cuenta dos circunstancias: que la materia en cuestión sea de competencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, y que esté vinculada al Derecho de la Unión³¹.

Respecto a lo primero, hay que señalar que el Tribunal de Justicia de la UE no tiene competencia en la Política Exterior y de Seguridad Común, «con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del artículo 40 del presente Tratado y para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo segundo del artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (art. 24.1 TUE). Y, en materia del espacio de libertad, seguridad y justicia, tampoco puede juzgar «la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía y otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior» (art. 276 TFUE).

Respecto a lo segundo, el TJUE tiene potestad para comprobar el grado de cumplimiento con la CDFUE de las normativas de la Unión (de sus instituciones, órganos y organismos), y la forma en que los Estados miembros las trasponen a sus legislaciones internas. Sin embargo, no puede meterse en si la

²⁹ BALAGUER CALLEJÓN: 2007.

³⁰ JIMENA QUESADA: 2009, pág. 73.

³¹ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS: 2014, pág. 133.

legislación interna de materias de competencia estatal cumple o no con los derechos fundamentales acordados por todos los Estados miembros. Es decir, que los Estados tienen un ámbito de actuación en el que el respeto a los derechos fundamentales escapa al control del TJUE. Teniendo en cuenta que a los países candidatos al acceso a la UE se les exige el respeto de los principios incluidos en la CDFUE y el respeto al Estado de derecho (cuando ninguna de sus leyes emanan de la legislación comunitaria), resulta paradójico que a los propios miembros se les excluya de control en ciertos terrenos, pues esto podría dar lugar a desvíos.

En este sentido, se han producido confrontaciones entre los órdenes constitucionales internos y el orden comunitario. Y no se puede descartar la posibilidad de que determinados gobiernos aprueben leyes nacionales que violen descaradamente los derechos fundamentales europeos. De hecho, el primer ministro húngaro ya encendió las alarmas cuando, en una rueda de prensa a finales de abril de 2015, dijo «Hungria debería mantener la pena de muerte en su agenda»³², a pesar de que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE incluye en su artículo 2.2: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado». Un poco después, en agosto de 2015 y en plena crisis de refugiados, el portavoz del Ministerio eslovaco del Interior dijo que su país no acogería a refugiados musulmanes porque, ante la ausencia de mezquitas, el país «no les [iba] a gustar»³³, algo que, de haberse llevado a la práctica, habría incumplido la prohibición de «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéricas, lengua, religión o convicciones» (art. 21.1).

Artículo 7 TUE

1. *A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.*

El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. *El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contem-*

³² ABELLÁN: 2015.

³³ BBC:2015.

plados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. *Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas.*

No obstante, los Tratados sí que prevén procedimientos de prevención y control que no dependen de los órganos judiciales europeos, sino de los propios gobiernos e instituciones, y que pueden prestar atención a la acción de los Estados en todo su ámbito de actuación, incluyendo los que no son competencia del Derecho de la Unión. Este mecanismo político-jurídico tiene una doble vertiente: preventiva y sancionadora.

Así se pretende encajar la conducta de los Estados miembros en el respeto y cumplimiento del artículo 2 del TUE, sobre los valores fundamentales de la Unión y podría servir, por tanto, como suplemento a las acciones que quedan fuera del artículo 6.1 TUE. Las sanciones previstas pueden ser políticas (retirada del derecho de voto en el seno del Consejo) o económicas, pero nunca la expulsión, a diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Europa. Hasta ahora, los mecanismos previstos en el artículo 7 TUE no se han aplicado³⁴. Pero no hay que menospreciar su importancia en caso de que algún Estado miembro cayera en algún tipo de deriva como las señaladas anteriormente —que no han llegado a materializarse— en los casos de Hungría y Eslovaquia.

Se puede concluir con Araceli Mangas, catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid:

La determinación de los derechos tutelados, el estándar de protección y el alcance de las garantías permiten concluir que las mejoras del sistema de derechos humanos introducidas por el Tratado de Lisboa no serán suficientes para acabar con estos complejos problemas. Muchos de ellos persisten y probablemente lo harán durante bastante tiempo³⁵.

Independientemente de las valoraciones realizadas con respecto a los derechos y garantías derivados de la CDFUE, si se quieren evaluar los avances en la materia desde la aprobación del TdL, hay que analizar qué medidas concretas se han tomado en este sentido.

³⁴ EUR-LEX: 2015.

³⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS: 2014, pág. 136.

En octubre de 2010, la Comisión publicó una Comunicación con la *Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales por la Unión Europea*, teniendo en cuenta el nuevo marco legal establecido por el Tratado de Lisboa³⁶. El texto destaca que, como la CDFUE se refiere en primera instancia a las instituciones de la UE, los primeros implicados en su respeto son la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo, que deben tener en cuenta las disposiciones de la CDFUE durante el proceso legislativo y de toma de decisiones. Con este fin, la *Estrategia* enumera cuáles son los principales pasos que deben darse en este sentido:

1. En primer lugar, considera que **la Unión debe desempeñar un papel ejemplar**, para lo cual tiene que:
 - a. Reforzar la cultura de derechos fundamentales en la Comisión, comprobando en todas las etapas del proceso de propuesta legislativa y de actos que éstos son compatibles con la Carta, desde el borrador hasta la evaluación de impactos. Para facilitar la evaluación del grado de adecuación con la CDFUE, la Comisión elaboró un listado de preguntas que plantearse con cada propuesta legislativa, que permite ver qué derechos están en juego y qué interferencias se producen entre ellos³⁷:

Lista de control de los Derechos Fundamentales

1. *¿De qué derechos fundamentales se trata?*
2. *¿Son derechos absolutos (que no pueden someterse a ninguna limitación; por ejemplo, la dignidad humana y la prohibición de la tortura)?*
3. *¿Cuál es el impacto de las distintas opciones políticas posibles en los derechos fundamentales? ¿Es un impacto positivo (fomento de los derechos fundamentales) o negativo (limitación de los mismos)?*
4. *Las opciones posibles ¿tienen a la vez un impacto positivo y negativo en función de los derechos fundamentales de que se trate (por ejemplo, impacto negativo en la libertad de expresión y positivo en la propiedad intelectual)?*
5. *Las posibles limitaciones de los derechos fundamentales ¿estarían expresadas de una manera precisa y previsible?*
6. *Llegado el caso, las limitaciones aportadas a los derechos fundamentales:*
 - *¿serían necesarias para alcanzar un objetivo de interés general o para proteger los derechos y libertades de otros (qué objetivo, qué derechos y qué libertades)?*
 - *¿serían proporcionales al objetivo perseguido?*
 - *¿se ajustarían al contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión?*

³⁶ COMISIÓN EUROPEA: 2010b.

³⁷ Imagen extraída de la *Comunicación de la Comisión - Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea* (COM(2010) 573 final), Bruselas, 19 de octubre de 2010.

- b. Tomar en consideración la Carta durante todo el proceso legislativo, incluyendo en las enmiendas a las propuestas de la Comisión y durante el diálogo interinstitucional;
 - c. Asegurarse de que los Estados miembros respetan la Carta cuando trasponen la legislación de la Unión, desempeñando su papel de guardián de los Tratados;
2. **Informar mejor al público** sobre los derechos recogidos en la Carta y cómo reclamarlos cuando son violados;
 3. **Que la Comisión realice un informe anual sobre la aplicación de la Carta** con el objetivo de dar cuenta del progreso realizado, lo que se ha hecho y queda por hacer, y que dé pie a un intercambio de opiniones anual con el PE y el Consejo. En el informe se deben tener en cuenta todos los derechos contenidos en la Carta y cómo se aplican en los ámbitos de competencia de la Unión, prestando especial atención a las actividades de las instituciones. En él se tienen que considerar también las opiniones de otras instituciones, agencias u organizaciones, como el Parlamento Europeo, la Agencia de Derechos Fundamentales, las autoridades nacionales, o las Naciones Unidas.

En el *Informe anual sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en 2014* publicada en mayo de 2015³⁸, se destaca el «marcado aumento» de sentencias de tribunales europeos que citaban la Carta en sus decisiones como ejemplo de la creciente importancia del texto. Así, según el informe, 210 decisiones de tribunales europeos citaron ese año la CDFUE, frente a los 114 de un año antes, los 87 de 2012 y los 43 (casi cinco veces menos) de 2011.

En el documento de 2015 se incluye por primera vez una sección sobre derechos fundamentales en la era digital, algo que resulta relevante teniendo en cuenta que algunos de los casos más sonados en lo referente a derechos fundamentales el año anterior estuvieron vinculados con el terreno de lo digital, como el «derecho al olvido».

→ El «derecho al olvido» es un derecho reconocido por el Tribunal de Justicia de la UE después de que un ciudadano español, Mario Costeja, pidiera que se borrara una información sobre las deudas que tenía con la Seguridad Social que aparecía al introducir su nombre en motores de búsqueda como Google. Esas deudas ya habían quedado saldadas años atrás, pero al seguir apareciendo entre los resultados de búsqueda en internet, el usuario consideraba que esa información perjudicaba a su persona. La Agencia Española de Protección de Datos rechazó la parte de la denuncia en la que solicitaba que *La Vanguardia* (el medio que publicaba dicho contenido) borrara la referencia, pero refirió al TJUE la parte referente a que Google dejara de publicar ese enlace³⁹, preguntando si

³⁸ COMISIÓN EUROPEA: 2015a.

³⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 2014a.

la Directiva de Protección de Datos de 1995 era aplicable a los motores de búsqueda como Google; si se podía aplicar aunque el servidor estuviera en un tercer país (en este caso, EEUU); y si un individuo tenía derecho a solicitar que se borre información personal accesible mediante un motor de búsqueda.

El Tribunal de Luxemburgo sentenció el 13 de mayo de 2014 que, aunque el servidor físico se encuentre fuera del territorio de la UE, si tienen una rama operativa en un Estado miembro, hay que aplicar la normativa europea; que las normas sobre protección de datos se pueden aplicar también a los motores de búsqueda; y que los individuos tienen derecho, bajo ciertas condiciones, a pedir que se eliminen enlaces a información personal sobre ellos si ésta es inadecuada, imprecisa, irrelevante o excesiva para los fines del procesamiento de datos. No obstante, el derecho al olvido tiene que conjugarse con otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión, por lo que se necesita estudiar cada caso por separado⁴⁰.

Al margen de este informe, el quinto que realiza la CE desde que puso en marcha su estrategia para la aplicación de la CDFUE, el Ejecutivo comunitario aprovechó para publicar los resultados de un Eurobarómetro sobre el conocimiento de los ciudadanos europeos respecto a la Carta, cuyos hallazgos son, cuanto menos, interesantes.

Según la encuesta europea⁴¹, realizada a 26.549 ciudadanos europeos de 15 años en adelante, un 65% de los interrogados aseguraban haber oído hablar sobre la Carta, pero apenas un 14% de ellos sabían explicar con precisión el contenido del texto. Entre éstos, además, se registraban notables diferencias a lo largo de la geografía europea, con contrastes tan marcados como el 24% de españoles que aseguraban conocer las implicaciones de la Carta y el 5% de sus vecinos portugueses que podían atestiguar algún conocimiento al respecto.

En lo que se refiere a las circunstancias en las que se aplica la Carta, los niveles siguen siendo bajos. Así, aunque 7 de cada 10 encuestados sabían que la Carta es vinculante (la misma cantidad que en 2012), solo un 13% supieron responder bien en qué casos concretos se podía aplicar, lo que supone un punto porcentual menos que en 2012. Además, una mayoría de los encuestados, un 43%, dijo que si consideraran que sus derechos fundamentales estaban siendo violados, acudirían a un tribunal nacional.

Resulta relevante también el hecho de que menos personas se mostraran interesadas en recibir más información al respecto: un 64% se dijeron interesados en conocer el contenido de la Carta (2 puntos menos que en 2012), un 63% en dónde dirigirse si se violan sus derechos (también dos puntos menos) y un 60% so-

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA: 2014c.

⁴¹ COMISIÓN EUROPEA: 2015d.

bre cuándo aplica y cuándo no la Carta. Además, en «varios» Estados miembros hubo un «notorio descenso» en el nivel de interés en obtener más información sobre estas cuestiones: en Lituania, Eslovaquia, Polonia y Portugal se registraron caídas de seis puntos porcentuales.

Con estos datos en la mano resulta más que evidente que las instituciones europeas en general, y la Comisión en particular, tienen mucho que mejorar en lo que se refiere a la información al público sobre los derechos recogidos en la Carta, su ámbito de aplicación y la forma en que reclamar su cumplimiento, algo que constituía precisamente uno de los puntos de su Estrategia para la promoción de la CDFUE.

Por otra parte, en esa misma Estrategia el Ejecutivo comunitario establecía que «la Unión debe ser ejemplar» a la hora de que los derechos fundamentales recogidos en la Carta sean lo más efectivos posibles, algo «vital no solo para la gente que vive en la Unión, sino también para el propio desarrollo de la Unión». Sin embargo, si se piensa en algo en lo que las instituciones no sean ejemplares, hay un ámbito que viene rápidamente a la cabeza: la igualdad entre mujeres y hombres, un principio consagrado en el artículo 23 de la Carta: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución».

Aunque la UE ha tomado medidas para incentivar la igualdad de género, sus propias instituciones demuestran que aún queda mucho por hacer. Por ejemplo, en la cumbre del Consejo Europeo de junio de 2016, de los Veintiocho líderes reunidos en Bruselas, apenas cinco eran mujeres: la canciller alemana, Angela Merkel; la presidenta lituana, Dalia Grybauskaitė; y la primera ministra polaca, Ewa Kopacz, dos menos que un año antes. Si bien es cierto que la Unión no puede imponer cuotas a este respecto, puesto que los miembros del Consejo Europeo son los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y, por tanto, han sido elegidos por los ciudadanos de sus países de forma democrática, este reducido número sí que demuestra que las mujeres aún se enfrentan a dificultades a la hora de postularse a puestos de tan alto nivel.

Por su parte, el Parlamento Europeo también tiene que mejorar en esta materia, pues el hecho de que apenas un 35% de sus 750 escaños estuvieran ocupados por mujeres le valió un toque de atención por parte de la directora de ONU Mujeres, Phumzile Mlambo-Ngcuka⁴². Pero es que, además, desde que Simone Veil (que a parte de ser mujer pertenecía a una minoría religiosa —era judía— y había sido superviviente de varios campos de concentración nazis), ocupó la presidencia de la primera Eurocámara elegida por sufragio universal directo, en 1979, solo otra mujer (la también francesa Nicole Fontaine, entre julio de 1999 y enero de 2002), ha ocupado ese cargo de un total de 14 presidentes.

⁴² EFE: 2014b.

El porcentaje de féminas en las filas de la Comisión también deja que desear y ha sido motivo de crítica desde su mismo seno. Las comisarias del Ejecutivo Barroso II lanzaron una campaña en el verano de 2014 pidiendo al próximo presidente del Colegio de Comisarios, Jean-Claude Juncker, que incrementara la tasa de mujeres incluidas por su antecesor⁴³ (que quiso que representaran un tercio del Colegio), incluyendo al menos a 10 comisarias, si no más. La entonces encargada de Agenda Digital, la holandesa Neelie Kroes, incluso movió por las redes sociales una fotografía suya pidiendo 10 comisarias... con la que también supo bromear cuando un usuario de Twitter famoso en los círculos bruseleses le ‘amputó’ un dedo después de que Juncker no consiguiera cumplir con la tasa solicitada.

En la primera imagen, la comisaria de Agenda Digital, Neelie Kroes, dice en un mensaje en su cuenta oficial de la red social Twitter (@NeelieKroesEU): «Cuenta mis dedos —es así de fácil—. Necesitamos diez o más mujeres como comisarias europeas de 28» (10 de julio de 2014). En la captura de la derecha, Kroes —con un dedo menos— retuitea una cuenta satírica sobre política comunitaria (@Berlaymonster), que dice: «¡Qué proceso más doloroso! Pero hey, 9 nos acerca. Lo conseguiremos» (5 de septiembre de 2014), en relación a las nueve mujeres que finalmente consiguieron una cartera en el Colegio de Comisarios europeo.



Juncker, hay que reconocerlo, no disponía de mucho margen de maniobra en este sentido, pues dependía de los candidatos que cada Estado miembro le presentara, sin más opción que jugar con las carteras asignadas y la importancia de estas. El luxemburgués defendió que había intentado compensar el pequeño porcentaje de mujeres entregándoles comisarias de peso. Si bien es cierto que

⁴³ *EUbusiness*, 11 de julio de 2014.

en algunos casos fue así (por ejemplo, la italiana Federica Mogherini es la Alta Representante —aunque esto fue decisión del Consejo Europeo—; la danesa Margrethe Vestager es la encargada de Competencia; y la sueca Cecilia Malmström ostenta la cartera de Comercio, por lo que tiene que lidiar con el complejo y controvertido TTIP); también es necesario señalar que, de siete vicepresidencias, solo dos están en manos de mujeres (la búlgara Kristalina Georgieva, comisaria de Presupuesto y Recursos Humanos; y la Alta Representante). Por lo que tampoco hay muchos avances que celebrar en este sentido.

B. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Al igual que en el caso de la CDFUE, la cuestión de la adhesión al CEDH viene de lejos. La primera vez que la CE propuso el tema fue en 1979, y se retomó con motivo del 40 aniversario de la creación del CEDH, originando una Comunicación de la CE que se presentó en 1990 y en la que se solicitaba al Consejo de Ministros un mandato para negociar las modalidades de la adhesión. Pero en 1996, un Dictamen del Tribunal de Justicia europeo estableció que tal adhesión no era posible, dado que la entonces Comunidad Europea no tenía competencia para celebrar tratados internacionales y porque la adhesión supondría un cambio sustancial⁴⁴.

El Tratado de Lisboa no solo solucionó este problema con su artículo 47, que declara la personalidad jurídica de la UE y, en consecuencia, su capacidad para firmar tratados internacionales, sino que además lo estableció como una obligación, recogida en el artículo 6 del TUE.

Artículo 6 TUE

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

La adhesión al CEDH se presentaba como una forma de aportar legitimidad, seguridad jurídica y credibilidad al sistema de protección de derechos humanos de la Unión Europea. No solo estaba destinado a reforzar la protección de los derechos humanos en Europa, sino que también solventaría

⁴⁴ ABRISKETA URIARTE: 2011, pág. 224.

ciertas lagunas existentes en lo referente a la protección jurídica de los ciudadanos europeos. Quizás lo más destacado es que éstos podrían llevar a la UE ante el TEDH en caso de que alguno de los actos institucionales violara los derechos humanos de la misma manera que, actualmente, se puede llevar a uno de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa cuando ya se han agotado todas las vías internas.

Consecuentemente —y a pesar de que la UE siempre acata *de facto* las decisiones del TEDH—, las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo serían vinculantes para las instituciones europeas. Esto ya plantea un cierto problema, en el sentido en el que el Tribunal de Justicia de la UE pasaría a ser una instancia previa del Tribunal de Derechos Humanos, algo con lo que la Corte de Luxemburgo no estaría en principio de acuerdo⁴⁵.

«La adhesión al CEDH tiene una importancia política, legal y simbólica», señalaba el entonces presidente de la CE, José Manuel Durao Barroso, en marzo de 2010. «La adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos proveerá un sistema coherente de la protección de los derechos fundamentales a través de todo el continente. Completará el nivel de protección introducido por el Tratado de Lisboa a través del carácter vinculante de su Carta de Derechos Fundamentales», indicaba. El Ejecutivo europeo apuntaba así⁴⁶ que, con la adhesión, no solo se introduciría un control judicial adicional en el campo de los derechos humanos en la UE (en virtud del cual el TEDH sería competente para revisar los actos de las instituciones, cuerpos y agencias de la UE, incluyendo las decisiones del TJUE), sino que contribuiría a crear una cultura común de derechos humanos en la UE, reforzaría la credibilidad del sistema de derechos humanos y la política exterior de la UE, y aseguraría un desarrollo armónico entre la jurisprudencia del TJUE y el TEDH. La adhesión se planteaba así, al mismo tiempo, como un fin y como una obligación de la UE⁴⁷.

Por su parte, el Parlamento Europeo coincidía en parte de estas consideraciones y añadía, en un informe de mayo de 2010⁴⁸, que «la adhesión constituye un avance en el proceso de integración europea e implica un paso más hacia la Unión política», que compensaría las limitaciones del TJUE en los asuntos de política exterior y de seguridad y en materia policial y de seguridad, «asegurando una útil supervisión judicial externa de todas las actividades de la Unión». Entre otras cosas, la Eurocámara señalaba también que la adhesión no supondría ni una ampliación de las competencias de la Unión, ni la inclusión de ésta como miembro del Consejo de Europa.

⁴⁵ Aunque no es una cuestión sobre la que exista consenso. El PE, de hecho, no lo consideró así, como se verá más adelante.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA: 2010a.

⁴⁷ ABRISKETA URIARTE: 2011, pág. 222.

⁴⁸ COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO: 2010.

Sin embargo, en contra de lo valorado por la CE, estimaba:

La adhesión no cuestionará en modo alguno el principio de autonomía de Derecho de la Unión, puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea seguirá siendo el juez supremo único para todo lo relativo al Derecho de la Unión y a la validez de sus actos, no pudiéndose considerar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos más que como una instancia que ejerce un control externo sobre el respeto de las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH; la relación entre los dos tribunales europeos no será jerárquica, sino que estará basada en la especialización.

Para la Unión era importante también que la adhesión no supusiera ni un aumento de sus competencias ni una modificación de su funcionamiento, como se remarca en el artículo 6.2 TUE y el protocolo 8 anejo a los Tratados⁴⁹.

En cualquier caso, una vez logrado el consenso político sobre la adhesión de la UE al CEDH, quedaban por resolver las intrincadas cuestiones técnicas para hacer posible que una organización supraestatal entrara a formar parte de un convenio regional compuesto únicamente por entes estatales, sin modificar sustancialmente sus estatutos.

Entonces empezó un camino de –hasta ahora– cinco años para dar encaje a todas las cuestiones que se planteaban. Los impulsos iniciales, de la mano de la presidencia de turno española, que hizo de esta cuestión una de sus prioridades (a diferencia de Bélgica, que le sucedió en el segundo semestre de 2010⁵⁰) fueron relativamente importantes. En el Consejo de Asuntos de Justicia e Interior celebrado los días 3 y 4 de junio de 2010 en Luxemburgo, los ministros del ramo, presididos por Francisco Caamaño y Alfredo Pérez Rubalcaba, adoptaron un mandato de negociación para la adhesión de la UE al CEDH⁵¹.

Apenas un mes después, el 7 de julio, el Consejo de Europa (cuyo comité de ministros había dado mandato a su comité director para los Derechos Humanos para elaborar junto con la CE el instrumento jurídico necesario para la adhesión el 26 de mayo) inició las conversaciones con la Comisión Europea destinadas a lograr la adhesión.

Si bien la UE había encontrado la salida jurídica a los obstáculos para su adhesión, el Consejo de Europa también tenía que retirar algunas piedras con las que se chocaba el Convenio en este camino. Esto se consiguió con la aprobación del Protocolo número 14 del CEDH, en vigor desde el 1 de junio de 2010, por el que se modifica el artículo 59 del Convenio⁵² introduciendo un segundo párrafo que establece: «La Unión podrá adherirse al presente Convenio»⁵³.

⁴⁹ UNIÓN EUROPEA: 2012.

⁵⁰ Programa de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea y ANDOURA: 2010.

⁵¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: 2007.

⁵² ABRISKETA URIARTE: 2011, pág. 225.

⁵³ JEFATURA DEL ESTADO: 2010.

El 5 de abril de 2013 los negociadores de ambas partes adoptaron un proyecto de tratado sobre la adhesión, sobre el que el Tribunal de Justicia europeo tenía que pronunciarse antes de que el Consejo pudiera votarlo.

Pero en diciembre de 2014, el TJUE considero que el proyecto no era compatible con el Derecho de la UE. Entre los problemas que identificó, se pueden señalar:

- La ausencia de disposiciones referidas a la coordinación entre los principios del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE;
- Que no se respetan la «naturaleza intrínseca de la Unión», puesto que en el Proyecto se le asemeja a un Estado y se le reserva «un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante»;
- Como consecuencia de lo anterior, el CEDH podría exigir que cada Estado miembro verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de los demás Estados miembros del Convenio. Pero entre los Estados miembros de la Unión, en base al derecho comunitario, impera el principio de confianza mutua, por lo que podría ponerse en peligro «el equilibrio en que se basa la Unión y la autonomía del Derecho de la Unión»;
- Puesto que determinados actos de la PESC están excluidos de la jurisdicción del TJUE, pero la adhesión al Convenio permitiría al Tribunal de Estrasburgo pronunciarse sobre ellos, éste último gozaría, siendo un órgano externo de la Unión, de control jurisdiccional exclusivo sobre estas materias;
- El Protocolo n.º 16 del CEDH, firmado en 2013, podría poner en peligro la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en los Tratados europeos, en particular cuando estén en juego derechos reconocidos por el CEDH pero no por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

De esta manera, el proceso de adhesión de la UE al CEDH quedaba en suspenso. El proceso, no obstante, deberá continuar en el futuro, no solo porque sea una obligación establecida en los Tratados, sino porque el mismo presidente de la Comisión Europea se comprometió a trabajar en este sentido, como recordó el comisario Timmermans en el Parlamento Europeo⁵⁵:

La adhesión al CEDH «no es solo una obligación que emana del Tratado, sino que también figura en el programa político que el presidente Juncker debatió con el Parlamento Europeo (...). Tenemos un compromiso político de que la UE se convierta en parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y ese compromiso no ha cambiado.

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 2014b.

⁵⁵ COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO: 2015a.

Más allá de compromisos y obligaciones, esta adhesión reviste una especial importancia desde un punto de vista simbólico, en tanto en cuanto el Convenio y su Tribunal de Derechos Humanos gozan de una positiva consideración de la que, en estos momentos, no pueden hacer gala las instituciones comunitarias, como expresan estos párrafos escritos ya en 2012⁵⁶:

En un momento en que la actual crisis de la deuda europea está fragmentado la fe del público en las instituciones políticas y económicas del continente, uno podría esperar que los líderes europeos reforzaran tantos símbolos unificadores como pudieran. En lugar de eso, han permitido que una de las joyas de la integración europea posterior a la Segunda Guerra Mundial —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)— también esté amenazado.

A diferencia de la Unión Europea, con sede en Bruselas, acosada desde hace tiempo por su déficit democrático, si algo es el TEDH, eso es muy querido. En 2011, más de 60.000 personas acudieron en busca de su ayuda – muchas más de las que pueden esperar una sentencia razonada. (En contraste, el Tribunal Supremo de Estados Unidos recibe alrededor de 10.000 peticiones al año).

⁵⁶ GOLDSTON y GROZEV: 2012.

V. CAPÍTULO 2

LAS MODIFICACIONES INSTITUCIONALES: EL PAPEL DE LA UE EN EL MUNDO

*Los hombres sólo aceptan los cambios por necesidad,
y solo ven la necesidad ante una crisis.*

Jean Monnet, primer presidente
de la Alta Autoridad del Carbón y del Acero⁵⁷

El espíritu fundamental de los padres fundadores para el proyecto europeo era que «cualquier guerra entre Francia y Alemania» y, por extensión, en el Viejo Continente, «no sólo [resultara] impensable, sino materialmente imposible». Es decir, en última instancia lo que les movía era lograr la seguridad. Sin embargo, tras la caída del Muro de Berlín y de la Unión Soviética, la principal amenaza a la seguridad durante décadas, la Unión Europea empezó a priorizar otras materias en detrimento de la seguridad.

Las guerras de los Balcanes y, sobre todo, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York (que suponían un nuevo tipo de amenaza, no territorial, sino contra nuestros valores y basada en un intento de inducirnos miedo)⁵⁸ pusieron de manifiesto la necesidad de no dejar de lado la cuestión securitaria. El escenario post-11/S también sirvió de toque de atención a los socios comunitarios sobre la necesidad de acordar conjuntamente una política exterior común y evitar divisiones como la surgida a razón de la intervención o no en Irak en 2003. De hecho, Irak sirvió de «catalizador en la reforma» de la PESC⁵⁹. Y a esto se sumaba el teatro mundial de creciente globalización e interdependencia entre

⁵⁷ COMUNIDADES EUROPEAS-COMISIÓN: 1988, pág. 137.

⁵⁸ ALVARGONZALEZ: 2015.

⁵⁹ ALDECOA LUZURRAGA: 2004.

actores, con una serie de potencias (EEUU, China e India, fundamentalmente) a las que los Estados europeos, en solitario, difícilmente podían hacer frente. Algo que, en su momento, ya había apuntado Jean Monnet:

*Nuestros países se han quedado demasiado pequeños para el mundo actual a la escala de los medios técnicos modernos, a la medida de América y de Rusia hoy, de China y de India mañana. La unidad de los pueblos europeos reunidos en los Estados Unidos de Europa es el medio de aumentar su nivel de vida y de mantener la paz. Es la gran esperanza y la oportunidad de nuestra época. Nosotros también vamos hacia nuestro objetivo, los Estados Unidos de Europa, en una carrera sin retorno*⁶⁰.

Con esto en mente, en 2003 se encargó al entonces Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, el español Javier Solana (1999-2009), que redactara una *Estrategia Europea de Seguridad*, un exhaustivo documento en el que se analizaba y definía el ambiente de seguridad de la UE, y se identificaban los retos clave en materia de seguridad y sus implicaciones para la Unión. Actualizada en 2008, esta *Estrategia* supuso un importante hito para la Unión en materia de política exterior, al definir su marco teórico. Sin embargo, no ha vuelto a actualizarse desde entonces. La exeurodiputada Ana Palacio apuntaba recientemente: «No cabe duda de que la Unión precisa una nueva estrategia de seguridad. La actual (...) ha quedado obsoleta, juicio que ilustra su frase introductoria: ‘Europa nunca ha sido tan próspera, tan segura ni tan libre’. Nada más lejos de la realidad de nuestro tiempo»⁶¹.

Redundando en esta idea, podemos citar estas frases de la revisión de 2008 a la *Estrategia*, que también demuestran el enorme cambio experimentado desde entonces:

*La UE sigue siendo un baluarte de estabilidad. La ampliación ha supuesto una extensión de la democracia y la prosperidad a todo nuestro continente. La situación de los Balcanes mejora. Nuestra política de vecindad ha establecido un marco sólido para las relaciones con los socios al sur y al este, actualmente con una nueva dimensión aportada por la Unión por el Mediterráneo y la Asociación Oriental. Desde 2003, la intervención de la UE ha dejado cada vez más huella en la resolución de situaciones de crisis y conflictos en lugares como Afganistán o Georgia*⁶².

El siguiente paso en el camino hacia la creación y estructuración de una política exterior común vino de la mano de la fracasada Constitución Europea. Aunque la Carta Magna comunitaria no llegó a ver la luz, su espíritu en materia de política exterior quedó en gran medida recogido en el Tratado de Lisboa. Con su entrada en vigor, la PESC quedó enmarcada dentro de las competencias del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), sometido a la autoridad del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad —que modificaba lige-

⁶⁰ En VERHOFSTADT: 2006, pág. 7.

⁶¹ PALACIO: 2015.

⁶² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: 2009a, pág. 7.

ramente su nombre pero profundamente sus funciones—. El nuevo Tratado proporcionó también un marco jurídico a la que entonces comenzaría a denominarse Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD), integrada en la PESC.

Como ya se ha señalado, con el Tratado de Lisboa también se persiguió aumentar la presencia de la UE en el mundo. Y esto no se lograría a través de una política exterior común, sino también por medio del papel del presidente del Consejo Europeo, que desde 2009 desempeñaría una labor de «representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.» (art. 15.6 TUE).

A. EL ALTO REPRESENTANTE PARA LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD Y EL SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR

Artículo 27 TUE

3. En el ejercicio de su mandato, el Alto Representante se apoyará en un servicio europeo de acción exterior. Este servicio trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros y estará compuesto por funcionarios de los servicios competentes de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión y por personal en comisión de servicios de los servicios diplomáticos nacionales. La organización y el funcionamiento del servicio europeo de acción exterior se establecerán mediante decisión del Consejo, que se pronunciará a propuesta del Alto Representante, previa consulta al Parlamento Europeo y previa aprobación de la Comisión.

El SEAE fue creado por la decisión del Consejo del 26 de julio de 2010 y está oficialmente en funcionamiento desde el 1 de enero de 2011. Para analizar su papel, hay que tener en cuenta varias cuestiones. Para empezar, que este servicio exterior tiene una naturaleza particular dentro del alambicado sistema comunitario, y no es una institución en si misma. Por lo que «estaba destinada a convertirse en un híbrido; ni una institución *per se*, ni un servicio exterior completamente capacitado a nivel europeo»⁶³.

También es necesario hacer referencia a las características particulares de la UE. Ésta es «tanto un subsistema internacional de derecho propio como un actor

⁶³ DUKE: 2011, pág. 46.

en el sistema internacional más amplio», por lo que, «mientras que la coordinación de las posiciones de los Estados miembros de la UE se consideran diplomacia en el subsistema internacional, se trata de algo en cierta manera diferente cuando la UE actúa como un actor internacional»⁶⁴, lo cual ayuda a entender también la dificultad a la hora de tomar decisiones en esta materia.

De relevante importancia es también el hecho de que se lidia aquí con unas cuestiones que constituyen el núcleo duro de la soberanía de los Estados, a los que les cuesta mucho ceder competencias en estas materias a una instancia supranacional. Sin olvidar que, en épocas de crisis económica como en la que el Tratado de Lisboa vio la luz, la defensa es una de las rúbricas que más se resienten con los recortes presupuestarios.

Y, por último, también es necesario señalar que «los retos políticos a los que se enfrenta el SEAE cubren un espectro tan amplio como cabría imaginar cuando se trata de un actor global. Abarcan todo el campo político-militar-diplomático, esencialmente cualquier cosa que se encuentre entre la no proliferación, la gestión de crisis y la promoción de los derechos humanos»⁶⁵. Sin olvidar que entre los Veintiocho socios existen todo tipo de divisiones, ya sea entre el Este y el Oeste, entre impulsar la OTAN o la defensa propia de la UE, sobre el enfoque ideológico, el nivel de cohesión...⁶⁶

Artículo 18 TUE

2. El Alto Representante estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión. Contribuirá con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Actuará del mismo modo en relación con la política común de seguridad y defensa.

3. El Alto Representante presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores.

4. El Alto Representante será uno de los Vicepresidentes de la Comisión. Velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión. Se encargará, dentro de la Comisión, de las responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión. En el ejercicio de estas responsabilidades dentro de la Comisión, y exclusivamente por lo que respecta a las mismas, el Alto Representante estará sujeto a los procedimientos por los que se rige el funcionamiento de la Comisión en la medida en que ello sea compatible con los apartados 2 y 3.

⁶⁴ JØRGENSEN: 2011, págs. 97-98.

⁶⁵ JØRGENSEN: 2011, pág. 110.

⁶⁶ BALLESTEROS: 2015.

Con Lisboa, la figura del Alto Representante también sufrió una mutación, al unir en una sola persona la presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores (CAE) y la cartera del ramo en el seno de la Comisión Europea, de la que también es vicepresidente. El HR se encuentra, por tanto, a caballo entre estas dos instituciones, algo que preocupaba que pudiera provocar tensiones y choques entre ellas⁶⁷. Aunque no todas las opiniones al respecto eran pesimistas:

El futuro del SEAE dependerá en igual medida tanto de los esfuerzos para des-aprender las viejas costumbres como de la adaptación a las demandas que se le hagan al nuevo servicio. Aunque es difícil predecir el camino que se presenta ante nosotros, hay dos factores que apuntan hacia un resultado más optimista. Primero, el hecho de que todas las instituciones y los Estados miembros sean parte integral del SEAE hace más difícil que ninguna de las partes salga indemne de cualquier desvío serio del servicio. Segundo, todos acordaron en la Convención Sobre el Futuro de Europa que las acciones externas de la UE necesitaban mayor coherencia, eficiencia y visibilidad. Si el SEAE fallara, este reto fundamental permanecería pero, esta vez, plantearía más preguntas fundamentales, más profundas y de forma incluso más dura, sobre la UE en el plano internacional⁶⁸.

Al acabar con la presidencia rotatoria del CAE se daba un impulso a esta formación, dotándola de mayor continuidad y reduciendo la capacidad de los Estados miembros para influir en la agenda⁶⁹.

Para Nicolas Leron y Gaëtane Ricard-Nihoul, la creación del puesto del Alto Representante fue «una gran innovación del Tratado de Lisboa», con «un gran impacto en el funcionamiento de la Comisión». Sin embargo, en el momento en que escribieron este texto, en 2011, consideraban que el Tratado de Lisboa aún no había demostrado que aportara más coherencia a la política exterior de la Unión Europea⁷⁰.

Lo mismo opinaba José Antonio Sanahuja un año después:

En poco más de dos años desde la entrada en vigor del Tratado, el panorama de la acción exterior de la UE es bastante sombrío. (...) Pese a que, como se indicó, el Tratado de Lisboa proporciona el marco institucional para una acción exterior más integrada, persisten serios problemas de articulación y/o de fragmentación del poder europeo. (...) El mayor problema es posiblemente la marcada tendencia a la ‘renacionalización’ de la política exterior, con el telón de fondo de un visible reequilibrio en el poder y la influencia de los Estados miembros respecto a las instituciones de la UE⁷¹.

Ya en 2004, Francisco Aldecoa había apuntado que el proyecto de Constitución no resolvía dos cuestiones. Por una parte, señalaba algunos autores según

⁶⁷ MELLADO: 2010, pág. 86

⁶⁸ DUKE: 2011, pág. 61.

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 52.

⁷⁰ LERON y RICARD-NIHOUL: 2011.

⁷¹ SANAHUJA: 2013, pág. 75-79.

los cuales la reforma institucional referente a la política exterior «no basta para crear una política exterior frente a la resistencia de los Estados miembros a ceder soberanía» y, por otra, apuntaba hacia la dificultad de alcanzar consensos entre el ya elevado número de miembros del club europeo: «Conseguir decisiones en cuestiones tan sensibles como la política exterior a 25 parece prácticamente imposible. Es, en definitiva, condenar a la Unión a la inacción»⁷². No era el único que consideraba que la ampliación de la Unión Europea fue un logro, pero supuso un problema a la hora de definir una política exterior común⁷³, que se llevó a cabo de manera precipitada⁷⁴ y que «se produjo a expensas de una Unión más profunda»⁷⁵.

De forma paralela, un obstáculo nada desdeñable era la personalidad de quien ostentaba el cargo. El 19 de noviembre de 2009 se decidió que los nuevos puestos creados por Lisboa de presidente permanente del Consejo Europeo y Alto Representante los ocuparían, respectivamente, el primer ministro belga, el democristiano Herman van Rompuy, y la británica laborista Catherine Ashton, entonces comisaria europea de Comercio. Ambos eran caras desconocidas para la mayoría de los ciudadanos y tenían perfiles muy bajos, algo que fue criticado en su momento.

«La elección de estas dos personalidades de perfil tan bajo parece subrayar los problemas de Europa en lugar de su disposición para lograr un puesto más unido y poderoso en los asuntos mundiales», comentó el diario estadounidense *The New York Times*⁷⁶, en tanto que *El País* apuntó al día siguiente del nombramiento: «Fuentes comunitarias comentaban con cierta sorna que ‘los británicos querían liquidar el servicio exterior y lo han conseguido’»⁷⁷. El francés *Le Monde*, en un intento de optimismo citaba a la BBC definiendo a Ashton como una persona «discreta» y «de consenso», «que aprende rápido»⁷⁸. Unos meses después, *The Economist* trataba de defender a su compatriota en Bruselas después de que un periodista francés cargara tintas en su blog contra ‘Cathy’, pero no podía evitar terminar preguntándose, y confirmando «por [sus] propias conversaciones que personas de toda la maquinaria de la política exterior de la UE se [hacían] la misma pregunta: ¿por qué aceptó este enorme trabajo, si su instinto parecía ser hacerlo tan pequeño como fuera posible? Este es un peligroso interrogante para que penda sobre ti»⁷⁹.

⁷² ALDECOA LUZURRAGA: 2004, pág. 24.

⁷³ GRANT: 2009.

⁷⁴ OREJA: 2015.

⁷⁵ MELLADO: 2010.

⁷⁶ CASTLE y ERLANGER: 2009.

⁷⁷ MARTÍNEZ DE RITUERTO: 2009.

⁷⁸ «Catherine Ashton, plus économiste que diplomate» (2009).

⁷⁹ «Why did Lady Ashton take the EU’s foreign policy job?» (2010).

Se destacó mucho la inexperiencia de Lady Ashton en el terreno diplomático, el hecho de que nunca había concurrido a unas elecciones para ningún cargo, su bajo perfil en comparación con Javier Solana (anterior Alto Representante) y Benita Ferrero-Waldner (hasta entonces comisaria de relaciones exteriores y política europea de seguridad) y, en definitiva, el haber sido una opción de consenso con la que las principales potencias —Francia y Alemania— no verían eclipsados ni las labores del *Président de la République* y la *Bundeskanzlerin*, ni la de sus jefes de la diplomacia. «El nombramiento como HR de *Lady Ashton*, una británica totalmente novata en terreno tan resbaladizo como la diplomacia, revela de nuevo la clara voluntad de los EEMM de oscurecer al máximo la relevancia de este nuevo cargo europeo»⁸⁰.

En definitiva, tanto el SEAE como la Alta Representante iniciaron su andadura con importantes losas sobre sus espaldas. No obstante, la realidad les dio buenas oportunidades para demostrar si las previsiones sobre sus dificultades se demostraban ciertas o no, a la luz de las cuales se puede analizar su papel en estos años.

La Primavera Árabe y el reto de los refugiados

El inicio del proceso conocido como la Primavera Árabe, por el que las poblaciones de países como Túnez, Libia, Egipto, Siria, Bahrein o Yemen salieron a las calles demandando mayores niveles de democracia y la salida del poder de sus respectivos presidentes, pudo ser una gran oportunidad para que la UE pusiera a trabajar su Política Europea de Vecindad (PEV), un instrumento por el que la Unión privilegia a sus vecinos más cercanos para promover la democracia y los derechos humanos, el Estado de derecho, el buen gobierno, o los principios de economía de mercado y desarrollo sostenible.

Pero la UE no se comprometió suficientemente con estos procesos. Y, de hecho:

La falta de claridad respecto a los objetivos de este instrumento político [la PEV] ha significado que, aun teniendo éxito en conferencias sobre inversiones y a la hora de desarrollar líneas de comunicación con sectores más amplios de la sociedad de lo que permitían las relaciones clásicas gobierno a gobierno, no ha prevalecido como una iniciativa europea para apoyar la reforma política en países como Egipto, Jordania y Túnez»⁸¹.

Atendiendo situaciones concretas, puede verse, por ejemplo, que el caso de Libia «revela las consecuencias de los desacuerdos internos y las profundas diferencias que existen en cuanto a las misiones definidas por los tratados»⁸².

⁸⁰ MELLADO: 2010, pág. 87.

⁸¹ DENNISON, KUNDNANI y VAISSE: 2013.

⁸² SANAHUJA: 2013, pág. 78.

Cuando en 2011 la ONU quiso aprobar una resolución para permitir una intervención militar aérea en Libia para derrocar al ‘guía’ Muamar Gadafi y proteger a los civiles libios «por todos los medios», Alemania no solo se abstuvo en la votación del Consejo de Seguridad sino que, además, intentó que la Resolución 1973 no se aprobara⁸³. Esto abrió una fractura con las otras dos grandes potencias europeas, Francia y Reino Unido, que lideraron materialmente esta operación. Esto responde a la cultura poco inclinada a lo militar de Berlín, pero también al hecho de que «los líderes alemanes están cada vez menos dispuestos a buscar acuerdos con sus socios internacionales»⁸⁴.

La ausencia de estrategia y las limitadas acciones puestas en marcha⁸⁵ para encauzar las revueltas populares de estos países en la vía democrática se ha visto directamente reflejada en la llegada masiva de demandantes de asilo que huyen de los conflictos en sus países (fundamentalmente Irak y Siria, pero también Afganistán, Pakistán, Libia o Eritrea, entre otros). Aunque fue en el verano de 2015 cuando saltaron las alarmas sobre la gravedad de la situación (se dice que es la peor crisis de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial), los toques de atención sobre lo que se avecinaba habían sido numerosos anteriormente. Por ejemplo, el 3 de octubre de 2013, 360 personas murieron al naufragar en el mar Mediterráneo la barcaza en la que se dirigían a la isla italiana de Lampedusa⁸⁶. En septiembre de 2014, uno de los portavoces comunitarios, Michele Cercone, calificó en rueda de prensa de «homicidios» las muertes ocurridas en el Mediterráneo, responsabilizando de ellas a las redes de traficantes, en un momento en que se estimaba que había 700 personas desaparecidas en este mar tras los naufragios ocurridos los días anteriores⁸⁷. En febrero de 2015, al menos 300 inmigrantes murieron a lo largo de varios días al tratar de cruzar el canal de Sicilia, y dos meses después, el 13 de abril, otros 400 desaparecieron al naufragar su embarcación frente a las costas de Libia⁸⁸. Pero esta terrible cifra se superaba solo cinco días más tarde, cuando un barco ocupado por unas 700 personas de origen africano volcó frente a las costas de Libia: solo se pudo salvar a 28 de ellos y recuperar 24 cadáveres⁸⁹. Y estos son solo algunos de los miles de cuerpos que descansan en el camposanto Mediterráneo.

«Países como Italia y Grecia pidieron unir esfuerzos y compartir cargas a nivel europeo para gestionar las masivas llegadas de personas a sus fronteras.

⁸³ SPECK: 2011, pág.1.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ No solo por la UE, a la que ni se puede culpar de todos los males del mundo ni se le pueden pedir soluciones para todos los problemas. Ni otros países de la región ni EEUU han actuado de una manera apropiada.

⁸⁶ EFE: 2015.

⁸⁷ EFE: 2014a.

⁸⁸ EFE: 2015.

⁸⁹ ORDAZ: 2015.

Tras muchas discusiones y numerosas muertes en el mar, los Estados miembros han habilitado algunos barcos y aviones para misiones dirigidas tanto a rescatar migrantes como a perturbar su brutal tráfico»⁹⁰. Así, tras la tragedia de Lampedusa de 2013, Italia puso en marcha la misión ‘Mare Nostrum’, para operaciones de rescate y salvamento con medios militares que patrullaban hasta alta mar. En octubre de 2014 se interrumpió esta operación y se inició ‘Tritón’ con asistencia del resto de Estados miembros y más centrada en el control fronterizo, limitada en esta ocasión a aguas territoriales italianas⁹¹. Finalmente, en mayo de 2015, el Consejo adoptó una decisión en el marco de la PCSD por la que se creaba una operación militar marítima destinada a interceptar a los traficantes de personas y dismantelar sus redes en el Mediterráneo sur y central, ‘EUNAVFOR Med’. En ella participan 24 Estados miembros y cuenta con un presupuesto común de 11,82 millones de euros hasta julio de 2016⁹² (más los costes con los que corre cada país participante, en línea con las normas de la operaciones civiles y militares de la Unión).

Una de las consecuencias de la vigilancia marítima con embarcaciones militares es que se han empezado a privilegiar rutas marítimas más cortas para alcanzar las costas europeas, que pueden realizarse con embarcaciones más pequeñas y más difícilmente detectables. En lugar de Lampedusa, el grueso de las llegadas en 2015 y 2016 se produjo a las islas griegas, con origen desde Turquía. En definitiva, el problema no se ha resuelto: las cifras de muertes en el mar siguen siendo escalofriantes y la UE se enfrenta ahora al inmenso reto de acomodar a los cientos de miles de demandantes de asilo que están llegando a territorio europeo.

Italia y Grecia principalmente (y en menor medida Malta y España) han tenido que asumir el coste (no solo económico, sino también moral y político) de las llegadas de migrantes a sus costas y de muertes en sus aguas; y Alemania y Suecia pasaron a ser los países en el punto de mira, al ser el Eldorado de los refugiados. Berlín calculaba que a lo largo de todo 2015 recibiría un total de 800.000 solicitantes de asilo⁹³, aunque esa cifra acabó siendo mayor y superando el millón de personas. En un mal cálculo de la dimensión del fenómeno, la canciller alemana, Angela Merkel, aseguró que su país acogería a tantos refugiados como fuera necesario. Pero poco después, ante el masivo flujo de llegadas, tuvo que recular y llegó a restablecer temporalmente los controles en sus fronteras (algo permitido por Schengen pero muy poco frecuente).

Los líderes europeos han demostrado una total descoordinación en la gestión de esta situación, además de una alarmante falta de solidaridad que ya se encargó

⁹⁰ GREVI: 2015.

⁹¹ GRASSO: 2015.

⁹² MEDIA AND PUBLIC INFORMATION OFFICE OF THE COUNCIL OF THE EU: 2015.

⁹³ AFP: 2015.

de recordar Jean-Claude Juncker, presidente de la CE, en su debate sobre el estado de la Unión a principios de septiembre de 2015. Los Veintiocho no han logrado acordar una postura común al respecto, a pesar de que prácticamente todos, ya sea como países de llegada, tránsito o destino, se ven afectados. En la cumbre de junio de 2015, los jefes de Estado y de Gobierno no consiguieron alcanzar un acuerdo sobre el establecimiento de cuotas de reparto de refugiados, debido a las reticencias de varios países. Hicieron falta imágenes sobrecogedoras de personas golpeadas en las fronteras, niños muertos en playas, y ciudadanos de a pie recibiendo a los inmigrantes en estaciones de tren, para que los líderes decidieran actuar. Y ni por esas lograron un consenso: en el Consejo de ministros de Interior de septiembre en Bruselas se alcanzó un acuerdo de mínimos al lograr aprobar por mayoría cualificada⁹⁴ el reparto de 120.000 refugiados presentes en Italia, Grecia y Hungría, con los votos en contra de República Checa, Rumanía, Hungría y Eslovaquia y la abstención de Finlandia, por su oposición a un sistema de cuotas obligatorio.

La UE ha acordado aplicar un montón de medidas consistentes en parches y en arrojar dinero al problema. Las tiritas se despegarán muy rápidamente a menos que la UE reconozca cómo la globalización, la digitalización y las redes sociales impactan en la Unión. La UE ya no tiene una zona de confort en la que pueda refugiarse.

Por eso Juncker tiene un sentido más acertado que Merkel sobre la dirección de Europa. A la compasión de Merkel con los refugiados, movida por el público alemán y por su propia convicción, le faltaba estrategia. Esto se vio confirmado por su decisión unilateral de abrir las fronteras alemanas a los refugiados para cerrarlas posteriormente, tras las críticas de su propio bloque conservador y de otros líderes de la UE.⁹⁵

El único acuerdo logrado por la UE en este sentido fue el Plan de Acción Conjunto de la UE y Turquía, alcanzado en noviembre de 2015 y en virtud del cual Ankara acepta acoger a migrantes sirios que lleguen a la UE a cambio de enviar a territorio de la UE a otros refugiados presentes en sus campamentos. Se buscaba así desincentivar que los migrantes se arriesguen a cruzar el Mediterráneo, con el fin de evitar más muertes. Se incluía también una ayuda de miles de millones de euros para Turquía, la retirada del visado para los ciudadanos turcos que quisieran viajar a la UE y la aceleración de las negociaciones de adhesión de Turquía a la Unión.

El acuerdo fue muy criticado por ciudadanos y organizaciones de defensa de los derechos humanos, que denunciaban que Turquía no respeta los derechos de los migrantes y que la UE estaría enviando así a los solicitantes de asilo que huyen de la guerra en Siria a campamentos en Turquía en una situación lamentable. No obstante, el intento de golpe fallido del 15 de julio de 2016 en Turquía y las

⁹⁴ SUANZES: 2015.

⁹⁵ DEMPSEY: 2015.

decisiones tomadas por el Gobierno de Ankara en las semanas posteriores no parece que ayuden a las buenas relaciones con Bruselas ni, en consecuencia, al desarrollo de este plan conjunto.

El conflicto en el este de Ucrania

El conflicto armado en el este de Ucrania, con la autoproclamación de las Repúblicas independientes de Donetsk y de Lugansk, es producto directo de cómo la UE y Rusia han jugado sus cartas en este espacio post-soviético. Lo que comenzó siendo un conflicto diplomático por la decisión de último momento del entonces presidente ucraniano, Viktor Yanukovich, de no firmar el Acuerdo de Asociación con la UE, como estaba previsto hacer en la Cumbre de Asociación Oriental de Vilna en noviembre de 2013, motivó un movimiento protestatario que acabó derivando en una espiral de cambios políticos y violencia, cuyo episodio más trágico fue el derribo del vuelo MH17 de Malaysia Airlines entre Ámsterdam y Kuala-Lumpur, en julio de 2014.

En el marco de su Política de Vecindad, la UE había tenido que planificar su aproximación a los países del Este (Armenia, Georgia, Moldavia, Bielorrusia y Ucrania). Las circunstancias requerían que su programación no fuera cortoplacista, ni con perspectiva de post guerra fría, ni con la idea de ocupar un espacio para quitarle la influencia a Rusia. Pero parece que fue precisamente así como se llevo a cabo, lo cual plantea muchas dudas y dificultades⁹⁶.

También había que tener en cuenta que «no se puede construir la seguridad de Europa contra Rusia», un país muy importante para los europeos por varias razones. Por un lado, porque tiene frontera con la gran potencia china; por otro, porque sin él no se entienden las negociaciones con Irán⁹⁷; y, finalmente porque resulta fundamental para salir del punto muerto diplomático respecto a Siria.

Las relaciones con Moscú se definen también por cuestiones históricas, que han motivado, por ejemplo, que en Polonia haya un profundo odio a Rusia. Además, al ampliar la UE en 2004, surgió un problema con las minorías rusas en Estonia y Letonia. Por su parte, entre los rusos hay un sentimiento de que Occidente los oprime.

Estos aspectos obligan a reflexionar y a pensar en qué grado la UE ha tenido la culpa de las complicaciones en las relaciones con Rusia. Y lo que sucedió en 2013 es un buen ejemplo de ello.

Aparte de la torpeza de la UE en la planificación de sus lazos con sus vecinos del Este, la gestión de la crisis de Ucrania nos ha dejado varias situaciones que

⁹⁶ GIL ROBLES: 2015.

⁹⁷ *Ibid.*

ilustran las dificultades de los socios europeos –y sus reticencias- para definir una postura común.

*Los miembros de la UE acordaron adoptar sanciones contra Rusia tras la anexión de Crimea y su implicación en el conflicto en el Este de Ucrania. Esta muestra de determinación común (incluyendo la renovación de las sanciones en junio de 2015), sin embargo, oculta significativas diferencias entre los Estados miembros sobre cómo lidiar con una Rusia más autoritaria más allá de las medidas disciplinarias. Además, Moscú está alimentando los vínculos con aquellas fuerzas políticas en Europa que favorecen unos lazos más fuertes con Rusia y vapulean a la UE, como el Frente Nacional en Francia, la Liga Norte en Italia y Syriza en Grecia. El poder blando de Moscú hacia gobiernos como los de Hungría y Grecia introduce otra corrosiva variable externa en las políticas europeas.*⁹⁸

A pesar de la gravedad de la situación, a los europeos les costó mucho ponerse de acuerdo sobre la adopción de sanciones contra Rusia y sobre su naturaleza, y mucho más aún saltar al escalón de las sanciones económicas. Además, el hecho de no haber ido más allá de las «medidas disciplinarias» contra la «autoritaria Rusia», como apuntaba el director del *think tank* FRIDE, Giovanni Grevi, ante violaciones del derecho internacional tan flagrantes como la anexión de Crimea, envía al Kremlin el mensaje de que tiene prácticamente carta blanca para actuar a su antojo.

La adopción de sanciones ha traído consigo desagradables consecuencias, ya que Rusia prohibió la importación de productos como frutas, verduras, carne, aves de corral o pescado, entre otros, desde Occidente (Estados Unidos, UE, Australia, Canadá y Noruega). Moscú renovó este veto en junio de 2015, en represalia por la decisión de la UE de extender sus sanciones. Las repercusiones de esto no son nada desdeñables: por ejemplo, a mediados de 2015 se estimaba que España, habría perdido 338 millones de euros desde que Rusia puso en marcha las sanciones⁹⁹.

En la esfera de las negociaciones de paz, se debatieron altos el fuego en cumbres multilaterales (destacando los acuerdos adoptados en Minsk en enero y febrero de 2015). Pero en lugar de que la UE participara como uno de los actores implicados en esta crisis, o hacerlo siquiera como supervisor de las negociaciones entre Ucrania y Rusia, quienes han asumido el liderazgo y han tomado la batuta de la postura europea han sido Angela Merkel y François Hollande. La canciller alemana y el presidente francés han privilegiado lo que han dado en denominar el ‘formato Normandía’¹⁰⁰, que reúne en torno a una misma mesa a

⁹⁸ GREVI: 2015.

⁹⁹ COLÁS: 2015.

¹⁰⁰ En referencia a la región francesa de igual nombre, pues el primer encuentro de estas características tuvo lugar al margen de las celebraciones del aniversario del Desembarco de Normandía, en junio de 2014.

los representantes de Moscú, Kiev, París y Berlín. Merkel y Hollande están así en mejor posición de defender sus posturas y de esquivar las presiones a favor de una respuesta firme de los países más directamente afectados por los movimientos de Rusia, como Estonia, Letonia, Lituania y Polonia; y las reticencias de los socios más preocupados por las repercusiones para su recuperación, como España, Italia, Grecia o Chipre. Además, así se acelera el proceso, al no tener que negociar una posición común europea, pero se le niega el protagonismo a la acción exterior de la Unión.

Los éxitos de la política exterior

Si se quiere buscar algún halo de esperanza en este oscuro panorama, éste se puede encontrar en las operaciones de la Unión Europea. Aunque no fueron una innovación del Tratado de Lisboa y, por tanto, escapan del ámbito del presente análisis, es preciso señalar que son un instrumento de la PCSD que se ha probado útil y efectivo. Hasta octubre de 2015 se habían desplegado 32 misiones, en su gran mayoría civiles.

Y es que, una de las ventajas que presentan las misiones europeas con respecto a las de la OTAN es que no son exclusivamente militares, sino que también pueden ser civiles, y, dentro de ellas, tener diferentes objetivos como el desarme, misiones humanitarias y de rescate, asesoramiento y asistencia en cuestiones militares, prevención de conflictos y mantenimiento de la paz, la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz y las operaciones de estabilización al término de los conflictos.

Las operaciones en el exterior buscan que la UE se presente como un actor visible y eficaz para resolver problemas en el mundo. También tiene sentido que la UE disponga de sus propias fuerzas para aquellos escenarios en los que la OTAN o EEUU no quieran o puedan intervenir, aunque la relación transatlántica es insustituible¹⁰¹.

Prestando atención al papel de la Alta Representante, su mandato terminó con dos grandes hitos. El primero de ellos fue la conclusión de un principio de acuerdo entre Serbia y su exprovincia de Kosovo —que se independizó unilateralmente en 2008—, el cual permitió normalizar las relaciones diplomáticas entre ambos, algo muy importante teniendo en cuenta la tradicional inestabilidad de la región balcánica¹⁰². Entre los 15 puntos que conformaban este principio de acuerdo se encontraba la garantía de un cierto nivel de autonomía y protección a la minoría serbia presente en Kosovo. La trascendencia de lo conseguido permitía afirmar:

¹⁰¹ OREJA: 2015.

¹⁰² GALLEGOS: 2013.

Una persona que realmente tiene un motivo para alegrarse es Catherine Ashton, al igual que sus compañeros del SEAE. Considerada durante mucho tiempo como un peso ligero, la Alta Representante para la Política Exterior y de Seguridad ha logrado un notorio éxito al hacer que las dos partes se estrechen la mano tras muchas rondas de tensas conversaciones durante las últimas semanas. Esta vez no es algo únicamente simbólico: es presidir un encuentro de alto nivel con los principales líderes. Tampoco se trata de lograr algunas concesiones temporales relacionadas con los controles aduaneros o con el régimen comercial. La jefa de la diplomacia europea ha logrado un acuerdo que, si es aplicado y según cuándo lo sea, resuelve una de las disputas políticas más graves de los Balcanes, una que motivó una intervención militar en 1999.

Si no hubiera sido por la UE, habría sido casi imposible que las partes vieran el acuerdo del 19 de abril como una opción en la que todos ganan. Cerrar el capítulo de Kosovo permite a Serbia acercarse a la Unión. Tras muchos retrasos, la Comisión Europea acaba de publicar su informe de control rutinario recomendando el inicio de conversaciones sobre la adhesión con Belgrado.

Pero Kosovo también se beneficia, ya que el acuerdo allana el camino hacia la firma de un Acuerdo de Asociación y Estabilización con la UE, el primer paso en el camino hacia la adhesión.¹⁰³

El otro gran éxito diplomático de Catherine Ashton fue su mediación en las negociaciones entre las potencias del grupo 5+1¹⁰⁴ e Irán, sobre el programa nuclear de la República Islámica. Lady Ashton extendió su labor más allá de su mandato como HR/VP, aunque al final fue su sucesora, Federica Mogherini, quien mediaba en nombre de la Unión cuando se alcanzó el acuerdo, en julio de 2015, por el que Teherán se comprometía a limitar sus aspiraciones nucleares y permitir el control de sus centrales a cambio del levantamiento de sanciones.

Sea como fuere, en estos dos procesos la UE logró posicionarse como un actor relevante y activo en la búsqueda de soluciones en conflictos internacionales en los que no estaba directamente involucrada (aunque no por ello fuera ajena al problema). Y demostró —tal vez más de cara a los ciudadanos europeos que a los actores globales— la necesidad de contribuir a la estabilidad global, empujando por los vecinos más directos, para mejorar la estabilidad interna.

B. LA SUBJETIVIDAD DE LA UE COMO ACTOR INTERNACIONAL

Artículo 47 TUE

La Unión tiene personalidad jurídica.

¹⁰³ BECHEV: 2013.

¹⁰⁴ Los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas —EEUU, China, Rusia, Francia y Reino Unido—, más Alemania.

La cuestión de la personalidad jurídica fue una de las primeras conclusiones a las que llegó la Convención que preparó el proyecto de tratado constitucional¹⁰⁵, de forma que sustituyera a las de las dos comunidades hasta entonces existentes y concediera a la Unión capacidad para concluir tratados, derecho de legislación activo y competencias explícitas en relaciones internacionales. Fue otra de las aportaciones que se recogió en Lisboa. «La atribución expresa de la personalidad jurídica a la UE (...) unida al hecho de la que la Unión *sustituye y sucede* a la Comunidad Europea (...) constituye una modificación aparentemente técnica, pero que tiene importantes efectos colaterales y clarificantes»¹⁰⁶. Por ejemplo, una de las consecuencias que trajo consigo fue la fusión de las Oficinas de Enlace de la Secretaría General del Consejo acreditadas ante organizaciones internacionales en Nueva York y en Ginebra con las Delegaciones de la Unión en estas ciudades.

Estas oficinas de Enlace, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, funcionaban de forma autónoma, junto a la tradicional Delegación de la Comisión. (...)

*La situación anterior, en que las representaciones de la Comunidad Europea se enmarañaban con los Estados miembros, en el seno de las Naciones Unidas, la OTAN, la OSCE, el Consejo de Europa, etc., «generaba una enorme confusión interna —dentro de las instituciones de la UE y entre sus Estados miembros— y externa —entre terceros Estados y organizaciones internacionales—».*¹⁰⁷

En esta misma línea, otra de las consecuencias fue que las antiguas delegaciones de la Comisión se convirtieron en Delegaciones de la Unión Europea. Un importante avance en materia de representación, sobre todo si se tiene en cuenta que «la representación de los Estados miembros en los terceros países es a menudo limitada»: los 28 países solo están representados en tres naciones exteriores, EEUU, Rusia y China¹⁰⁸. En la actualidad hay 139 Delegaciones.

La personalidad jurídica de la Unión la convertía *per se* en un actor más del derecho internacional, por lo que podría firmar tratados internacionales o entrar a formar parte de organizaciones multilaterales. No obstante, se creaba también un sistema ciertamente confuso, al conceder al presidente del Consejo Europeo «la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad» (art. 15.6 TUE). Por otra parte, su participación en foros internacionales provocaba el rechazo de terceros países, en tanto en cuanto se generaba una sobrerrepresentación de los Estados

¹⁰⁵ ALDECOA LUZÁRRAGA: 2004, págs. 13-14.

¹⁰⁶ PÉREZ BERNÁRDEZ: 2011, págs. 115-116.

¹⁰⁷ Ibid. págs. 121-122.

¹⁰⁸ LA DOCUMENTATION FRANÇAISE: 2009a.

de la UE, personificados a nivel comunitario y a nivel nacional, ya que los países «continúan manteniendo importantes competencias en el ámbito de la actividad de dicha organización»¹⁰⁹. Como consecuencia:

Las dificultades (...) que obstaculizan la participación de la UE en calidad de miembro en organizaciones internacionales han propiciado que la Unión mantenga un estatuto de observador privilegiado u otra representación destacada que le permita desenvolverse más fácilmente en los trabajos de la organización en cuestión, pese a no contar con el estatuto formal de miembro. Estas situaciones, transitorias en algunos casos, tienen como objetivo allanar el camino para alcanzar el estatuto de miembro.¹¹⁰

Uno de estos casos es el de la ONU. En el seno de las Naciones Unidas, la UE tenía un estatuto de miembro observador gracias al cual había podido desarrollar un papel muy activo en los trabajos de la Organización. Tras la introducción del TdL, los representantes de las delegaciones nacionales de los Estados miembros llevaron a cabo un intenso trabajo de rondas de contacto para lograr que los otros miembros aceptaran que la persona encargada de la portavocía de la Unión no fuera la presidencia de turno, sino sus representantes permanentes. A pesar de la oposición de algunos países, que se resistían a esta ‘doble’ representación de los Estados miembros, y de algunas dificultades iniciales, la Asamblea General de la ONU adoptó en mayo de 2011 la Resolución A/65/276, con la que se eleva el papel de la UE en el seno de las Naciones Unidas al de miembro observador privilegiado¹¹¹.

En el Anexo a la citada resolución se establece lo siguiente:

Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas¹¹²

1. De conformidad con la presente resolución, los representantes de la Unión Europea, con el fin de presentar las posiciones de la Unión Europea y sus Estados miembros por ellos convenidas:

- a) Podrán inscribirse en la lista de oradores entre los representantes de los grupos principales, para intervenir;*
- b) Serán invitados a participar en el debate general de la Asamblea General con arreglo al orden de precedencia establecido en la práctica correspondiente a la participación de observadores y al nivel de representación;*
- c) Podrán hacer que sus comunicaciones relativas a los periodos de sesiones y trabajos de la Asamblea General, así como a las sesiones y los trabajos de todas las reuniones y conferencias internacionales celebradas bajo los auspicios de la Asamblea y de las conferencias de las Naciones Unidas, se distribuyan directamente y sin intermediario como documentos de la Asamblea, reunión o conferencia;*

¹⁰⁹ PÉREZ BERNÁRDEZ: 2011, pág. 127.

¹¹⁰ *Ibid.*, págs. 127-128.

¹¹¹ Eu-un.europa.eu (2015).

¹¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. A/65/276 (2011).

d) También podrán presentar oralmente propuestas y enmiendas acordadas por los Estados miembros de la Unión Europea; tales propuestas y enmiendas solo se someterán a votación a solicitud de un Estado Miembro; e) También podrán ejercer el derecho de respuesta en relación con las posiciones de la Unión Europea, según decida la Presidencia; el derecho de respuesta estará limitado a una intervención por tema.

2. Se asignarán asientos a los representantes de la Unión Europea entre los observadores.

3. Los representantes de la Unión Europea no tendrán derecho de voto ni a copatrocinar proyectos de resolución o decisión; tampoco podrán presentar candidaturas.

4. El Presidente de la Asamblea General dará una explicación preliminar o recordará la presente resolución una sola vez al comienzo de cada periodo de sesiones.

Esto permitió que la Unión Europea tuviera turno de palabra en la cumbre anual de la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2011, con la intervención del presidente del Consejo Europeo, Herman van Rompuy. El nuevo estatuto de la UE también le ha permitido avanzar en otros aspectos de su colaboración con la ONU. Así, por ejemplo, en 2012, el EEAS mejoró la cooperación operativa entre la UE y la ONU gracias a un nuevo acuerdo relativo a la cooperación de las operaciones de mantenimiento de la paz.

En cambio, la UE sí que ha conseguido un asiento propio en la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en la que se considera ‘organización miembro’ junto a 194 países miembros y dos miembros asociados. «En el caso de la OMC, la UE, al ser un codiseñador y cocreador de la OMC, demuestra varios intentos de influir en la agenda»¹¹³.

La personalidad jurídica de la Unión y su participación en foros internacionales como un sujeto del Derecho internacional es fundamental para hacer que su voz se oiga en el mundo. Además, la UE puede aprovechar su experiencia en la práctica del multilateralismo (característico de su propia naturaleza) para actuar como regidor o supervisor de diversos procesos de resolución de conflictos. No obstante, «dado que el futuro del sistema multilateral en parte depende de un sentido creciente de pertenencia entre los poderes emergentes [lo que les hace más reacios al multilateralismo], la UE y sus aliados tendrán la enorme tarea de convencer a los poderes emergentes de que realicen compromisos multilaterales»¹¹⁴.

Asimismo, la UE debería clarificar los roles de sus líderes a la hora de llevar a cabo su representación exterior. Cuando Van Rompuy y Ashton fueron

¹¹³ JØRGENSEN: 2011, pág. 98.

¹¹⁴ *Ibid.*, pág. 100.

elegidos como presidente del EUCO y Alta Representante, respectivamente, la prensa destacó que Kissinger ya tenía a quien llamar¹¹⁵. Sin embargo, las labores de uno y otro cargo no siempre quedan claras. Como ejemplo, a la reunión de la AGNU de septiembre de 2015 asistieron tanto Donald Tusk como Federica Mogherini, y ambos participaron en reuniones y encuentros como representantes de la UE.

¹¹⁵ En referencia a la cita tradicionalmente atribuida al ex Secretario de Estado norteamericano Henry Kissinger (aunque hay quien dice que nunca dijo tal cosa) en la que apuntaba que si quería hablar con un representante de la UE, no sabía a quién tenía que llamar.

VI CAPÍTULO 3

LA VIDA DEMOCRÁTICA DE LA UNIÓN LEGITIMACIÓN Y REGENERACIÓN DEMOCRÁTICA

Una de las grandes novedades introducidas por el Tratado de Lisboa son los artículos enmarcados en el Título II del TUE, «Disposiciones sobre los principios democráticos» (arts. 9 a 12), que instauran principios que configuran la vida democrática de la Unión. Se trata de una serie de principios en función de los cuales deben actuar las instituciones de la Unión, y que justifican todas sus acciones.

Con ellos se ofrece un sistema de legitimación de poder como no existe en ninguna otra organización internacional. Pero tampoco en ningún país del mundo, en tanto en cuanto los principios democráticos de la Unión Europea aglutinan formas de legitimación democrática procedentes de todos sus Estados miembros. Es decir, que pueden recoger en sus respectivas constituciones sistemas de democracia fundamental, pero también asamblearia o federal. Se trata en cierta manera de que la organización y progresiva integración de la UE no sirva solo a los intereses y necesidades de los Estados, sino también a las de sus ciudadanos.

La UE ha liderado los esfuerzos para ajustar las prácticas de apoyo a la democracia. Esto se ve en el que hecho de que el apoyo a la democracia de la UE se ha hecho cada vez más flexible en sus límites conceptuales e ideológicos. La UE, en su apoyo democrático, se ha alejado del considerado como 'hiperliberalismo' de Estados Unidos hacia un lenguaje de apoyo a la democracia que intenta dar cabida a la diversidad y valorar la complejidad. No es solo que el apoyo a la democracia esté integrado ahora en diversas agendas políticas, sino que la UE sostiene que no promueve un único modelo de democracia. El apoyo democrático de la UE refleja las diversas experiencias de sus Estados miembros con la democracia. (...)

*Este pluralismo, no obstante, tiene el problema de la confusión generada por la mezcla de diferentes ideales democráticos; dada la ausencia de un modelo claro de democracia que promocionar, las justificaciones normativas del apoyo democrático de la UE no están claras; la confusión en el discurso de la UE sobre la democracia conduce a algunas contradicciones inherentes en el apoyo democrático de la UE. Mientras que las agencias de ayuda al desarrollo pueden dar prioridad a los ideales de bienestar social, justicia social e igualdad, la Dirección General para el Comercio puede preferir formas marcadas de liberalismo en la transición económica y política de determinados países.*¹¹⁶

La cuestión de la legitimidad democrática ha sido una preocupación para los arquitectos de la Unión, y su deficiencia una acusación constante hacia el proyecto comunitario. Con estas disposiciones se intenta corregir en cierta manera esta falta de legitimidad democrática (la cual puede entenderse en base a nociones de legalidad, de cumplir con las normas establecidas, de consentimiento y de concepción social), al tiempo que se buscan mecanismos con los que involucrar de manera más activa a los ciudadanos en un proceso que, tradicionalmente, se ha construido más de arriba abajo que de abajo arriba. Y es que:

*La función principal que desempeña la legitimidad dentro de un sistema político es unir a gobernantes y gobernados. La legitimidad política es un requisito necesario para el éxito de un gobierno. La percepción de ausencia de legitimidad por parte de los integrantes de una comunidad política puede provocar una situación de crisis e inestabilidad política, ya que la legitimidad es lo que justifica tanto el comportamiento de las élites y de sus decisiones políticas como el grado de aceptación de los gobernados.*¹¹⁷

Pero además de la confusión que genera la falta de un ideal democrático claro, la UE se tropieza con otros obstáculos a la hora de promover la democracia en su seno, como son la complejidad para articular el sistema, dado el progresivo aumento de su base territorial, y la inexistencia de un verdadero «demos» europeo¹¹⁸. Es decir, que aunque todos sean ciudadanos europeos y puedan participar de los mismos procesos democráticos en una situación de igualdad, los 500 millones de europeos no comparten los mismos valores, sentimientos, identidades, preocupaciones e intereses y, en algunos casos, estos son diametralmente opuestos.

Sea como fuere, la Unión ha perseguido impulsar las dos formas tradicionales de legitimación democrática: la representativa, es decir, aquella en la que «las decisiones colectivas son adoptadas por personas elegidas y reconocidas por los ciudadanos como sus representantes»; y la participativa, entendiendo por ésta el «modelo político que facilita a los ciudadanos su capacidad de asociarse de modo que puedan ejercer una influencia directa en la decisiones públicas me-

¹¹⁶ Kurki: 2012, págs. 3-4.

¹¹⁷ ARREGUI: 2012, págs. 88-89.

¹¹⁸ MOREIRO GONZÁLEZ: 2004, pág. 148.

diante mecanismos de participación directa que el Estado habilita a tal fin (referéndum, plebiscito, iniciativa legislativa...»¹¹⁹.

El impulso a la democracia representativa con el TdL ha venido de la mano del establecimiento del proceso de codecisión como procedimiento legislativo ordinario y el notable incremento de materias sobre las que el PE debe ser consultado. También los parlamentos nacionales se presentan ahora como coadyuvantes en esa acción normativa, sin llegar a suplantar al PE, pero intentando que no haya roces con las normas nacionales, muy especialmente en todo lo que tiene que ver con el espacio de libertad, seguridad y justicia.

En materia de democracia participativa, los ciudadanos europeos ya contaban con algunos mecanismos, como la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo o el Ombudsman. Pero estos instrumentos son completados con el Tratado de Lisboa, como veremos en este capítulo, a través del derecho a la iniciativa legislativa ciudadana y del hecho de que, con el voto al Parlamento Europeo, también se puede expresar las preferencias por el siguiente presidente de la Comisión.

A. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

Con el Tratado de Lisboa se introduce en el TUE el artículo 11.4, por el que se establece el instrumento de la Iniciativa Ciudadana Europea, gracias a la cual los ciudadanos tienen la posibilidad de instar a la CE a que legisle sobre una materia concreta de su competencia. Es una idea equivalente a la de la iniciativa legislativa popular con la que cuentan muchos países europeos aunque, en este caso, con condiciones, alcance y mecanismos concretos.

La idea de introducir un derecho de este estilo ya había surgido anteriormente (el PE lo propuso en 1988 y 1993), y era una de las disposiciones del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹²⁰ (art. 47.4). Pero nunca había llegado a materializarse en un texto legislativo.

El propósito es fomentar la participación ciudadana y reforzar el sentimiento de ciudadanía y de pertenencia a la UE. Al mismo tiempo, puede considerarse como una forma de compensar la creciente absorción de competencias económicas por parte de las instituciones europeas.

Es indudable que el nuevo derecho de iniciativa legislativa popular supone una oportunidad trascendental para acercar los ciudadanos a la UE e implicarlos activamente en su desarrollo y evolución como proyecto político. En un proceso

¹¹⁹ PÉREZ DE LAS HERAS: 2010, págs. 13-14.

¹²⁰ BILBAO UBILLOS: 2012.

*de construir una gran Europa unida y supuestamente democrática, no sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos europeos tienen que ser los sujetos y protagonistas de la progresión de ese proyecto político.*¹²¹

A pesar del optimismo generado por la ICE, este nuevo derecho concedido a los ciudadanos europeos también despertó ciertos temores, especialmente en lo que respecta a si podría dar lugar a que los europeos propusieran legislación contraria a los valores de la Unión o de las políticas promovidas por algunas de sus instituciones. Por ejemplo, Pérez de las Heras, catedrática de Derecho Comunitario de la Universidad de Deusto, se preguntaba en 2010¹²² si los ciudadanos podrían proponer a la Comisión que se limitara la entrada de flujos migratorios, vetar la entrada de algún país candidato, rebajar los impuestos de origen comunitario, o prohibir los minaretes en las mezquitas. Aunque el Reglamento aprobado en 2011 enmarca la ICE en los ámbitos de competencia de la UE en los que, además, la Comisión tenga capacidad de iniciativa, hay ciertas materias de gran sensibilidad para los ciudadanos, como la migración o la salud pública, que si podrían ser objetivo de una ICE.

También preocupaba que grupos de presión o minorías populistas se apropien de esta herramienta para promover sus intereses particulares, desnaturalizando el espíritu de fomentar la participación ciudadana en el proceso democrático de la Unión⁹¹²³.

Artículo 11 TUE

1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.

(...)

4. Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Estas provisiones generales establecidas en el TUE sobre la Iniciativa Ciudadana Europea fueron posteriormente especificadas en una serie de procedimien-

¹²¹ PÉREZ DE LAS HERAS: 2010, pág. 26.

¹²² *Ibid.*, págs. 20-21

¹²³ BILBAO UBILLOS, pág. 83.

tos y requisitos, como se solicitaba en el artículo 24 del TFUE¹²⁴, en el Reglamento n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de febrero de 2011, modificado por última vez en septiembre de 2013.

Según estas disposiciones, para lanzar una Iniciativa Ciudadana Europea, es necesario formar un comité compuesto por al menos siete ciudadanos de la UE residentes en al menos siete Estados miembros diferentes (aunque no tengan necesariamente la nacionalidad de su Estado de residencia), pero no por organizaciones (que sí que pueden, en cambio, promoverlas o apoyarlas)¹²⁵. Los miembros del comité deben de tener la edad legal para votar en las elecciones al Parlamento Europeo (esto es, 18 años, salvo en el caso de Austria, que está fijada en los 16). A continuación, el comité debe registrar la iniciativa a través de los organismos competentes para que pueda ser valorada por la CE. Si ésta considera que cumple con los requisitos, la recogida de firmas puede comenzar. En total son necesarias un millón de firmas, en el plazo de un año, con la condición de que cumplan una cantidad mínima en al menos siete de los Estados miembros, según una cuota prevista en función del tamaño de los países¹²⁶. Una vez que el comité decida presentar la iniciativa, los organismos nacionales deben verificar que los respaldos recabados son válidos y entonces, la ICE será enviada definitivamente a la CE, que debe debatir formalmente la cuestión y publicar una respuesta en forma de Comunicación y, en el plazo de tres meses, deberá decidir si inicia el proceso legislativo, que podría culminar en la promulgación de una nueva norma europea¹²⁷. En cualquier caso, la Comisión no está obligada a proponer legislación en reacción a una iniciativa aprobada. Si lo hiciera, el procedimiento a seguir sería el procedimiento legislativo previsto según el tipo de materia.

Como puede verse, estas normas requieren unas condiciones muy concretas, que limitan en gran medida la capacidad de actuación. Por una parte, queda limitado a los ciudadanos europeos —los residentes procedentes de terceros países no pueden participar—, es decir, a los nacionales de los Estados miembros. De esta forma se persigue limitar el poder de actuación a aquellas personas que ya tienen una cierta identidad europea, bien sea por nacimiento o porque han vivido suficiente tiempo en algunos de los países de la Unión como para adquirir la nacionalidad. Y, así, cerrar la puerta a que comunidades minoritarias de inmigrantes promuevan legislación más favorable a su causa, una posibilidad que,

¹²⁴ «El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que las presenten»

¹²⁵ COMISIÓN EUROPEA: 2014d

¹²⁶ Las cuotas necesarias se pueden consultar en: <http://bit.ly/1UP7vZs>.

¹²⁷ EFE: 2013a.

sin duda, habría provocado la reacción negativa de ciertos grupos políticos y sociales. Por otra parte, y como ya se ha indicado, las ICE solo pueden proponerse para aquellas materias para las que la Comisión tenga competencia legislativa o de iniciativa. Aunque no existe un listado concreto de materias, esto impone claras barreras a la iniciativa de los ciudadanos. En última instancia, la Comisión no está obligada a proponer legislación sobre una materia si una ICE logra reunir todos los requisitos, ni a hacerlo en los términos que proponga la Iniciativa. De esta manera, la probabilidad de que se apruebe una ICE con valores contrarios a los de la Unión o que proponga ideas que contradigan los planes de las instituciones o de los Gobiernos es nula; y la posibilidad de que una ICE llegue a desembocar en una directiva, siendo sinceros, es también bastante remota.

En cualquier caso, si analizamos a qué ha dado lugar esta innovación del TdL, que se puso en marcha oficialmente en abril de 2012, vemos que en la actualidad hay cinco **iniciativas abiertas**, en proceso de recogida de firmas¹²⁸.

- **«People4Soil»**: busca reconocer el suelo como «un patrimonio común que necesita protección por parte de la UE»;
- **«Let's fly 2 Europe»**: que pide un «acceso legal y seguro» a Europa para los refugiados;
- **«Mamá, papá y los niños»**: solicita una definición a nivel de la UE de los conceptos de ‘matrimonio’ y ‘familia’, considerando que «el matrimonio es una unión entre un hombre y una mujer, y la base de la familia es el matrimonio y/o la descendencia»;
- **«No más plástico en el mar»**: solicita una normativa europea para eliminar los residuos en los mares;
- **«Un transporte justo en Europa - Igualdad de trato para todos los trabajadores del sector del transporte»**: reclama propuestas para «garantizar la competencia leal y la igualdad de trato de los trabajadores en los distintos modos de transporte».

Por otra parte hay una iniciativa cuya recogida de declaraciones está **cerrada** pero cuyos organizadores no han presentado a la Comisión, «La Europa social corre prisa. Por una cooperación reforzada entre los Estados miembros contra la pobreza en Europa». Registrada el 19 de diciembre de 2014., su objetivo es «construir una auténtica Europa social (...) que proponga fomentar la cooperación entre los Estados miembros de la UE para luchar contra la exclusión social con el objetivo de hacer pasar bajo el 3 % la tasa de personas que no alcanzan el umbral de pobreza (actualmente del 16 %)».

¹²⁸ Información recogida de la página web de la Comisión Europea sobre la ICE (<http://bit.ly/1cer14p>) y de las páginas webs de las diferentes iniciativas, según datos consultados por última vez el 14 de septiembre de 2016.

Y desde la puesta en marcha de la Iniciativa Ciudadana Europea, apenas tres iniciativas han logrado reunir el número necesario de firmas y ser **atendidas por la Comisión Europea**. La primera en conseguirlo fue la ICE «Right2Water» o «El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!». La campaña, lanzada por la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos, respaldado por organizaciones como Greenpeace, o los sindicatos españoles CC.OO. y UGT, logró alcanzar en mayo de 2013 el millón y medio de firmas¹²⁹, pero decidió continuar recabando apoyos hasta el término del plazo para presentarse con una mayor base de apoyo popular, para reclamar a la CE que aprobara un marco legislativo que garantizara unos servicios de agua potable y saneamiento satisfactorios para todos los ciudadanos, asegurara que no sean posibles eventuales privatizaciones del agua, y que los Estados miembros de la UE se esforzara en lograr un acceso universal a este recurso.

La iniciativa «Right2Water» fue finalmente presentada a la Comisión de manera oficial el 23 de diciembre de 2013, tras haber registrado casi dos millones de firmas¹³⁰.

EL AGUA es un derecho humano

Portada Eventos Noticias Sobre nosotros

"El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano"

1.884.790 signatures

Inscríbete aquí para continuar informado

!Recogida de firmas cerrada! Número final de firmas : 1.884.790 Gracias por haber firmado

El agua no es un bien comercial, sino un bien público - Se invita a la Comisión Europea a presentar una propuesta legislativa para la implementación del derecho humano al agua y el saneamiento reconocido por la ONU y a promover el suministro de agua y el saneamiento como servicios públicos esenciales para todos. La legislación de la UE debe exigir a los gobiernos que garanticen y proporcionen a todos los ciudadanos servicios de agua potable y saneamiento convenientes. Instamos a que:

1. por obligación, las instituciones comunitarias y los Estados miembros velen por que todos los ciudadanos puedan ejercer el derecho al agua y el saneamiento;
2. el abastecimiento de agua y la gestión de recursos hídricos no se rijan por "las normas del mercado interior" y que se excluyan los servicios de agua del ámbito de la liberalización;
3. la UE redoble esfuerzos para lograr el acceso universal al agua y el saneamiento.

Captura de pantalla del sitio web de la Iniciativa Ciudadana Europea 'Right2Water' (www.right2water.eu)

Sin embargo, el Ejecutivo europeo no optó por presentar una legislación en este sentido, argumentando que la UE ya había llevado a cabo una «ingente

¹²⁹ EFE: 2013a.

¹³⁰ EFE: 2013b.

cantidad de trabajo» en el ámbito del agua y el saneamiento, que «la decisión sobre la mejor forma de operar los servicios hídricos está claramente en manos de las autoridades públicas de los Estados miembros», o que «la distribución y suministro de agua, así como los servicios de tratamiento de aguas residuales, ya están excluidos expresamente de la aplicación de la Directiva sobre libre prestación de servicios transfronterizos», entre otros motivos¹³¹. No obstante, a raíz de la iniciativa ‘Right2Water’, la Comisión puso en marcha en junio de 2014 una «consulta pública sobre la política del agua potable de la UE, para estudiar en qué partes podrían introducirse mejoras»¹³².

Otras iniciativas ciudadanas que lograron el millón de firmas y fueron atendidas por la Comisión Europea fueron:

- «Stop vivisection» (Freno a la vivisección): instaba «a la Comisión Europea a que [anulara] la Directiva 2010/63/UE relativa a la protección de los animales utilizados para fines científicos y a que [presentara] un nuevo texto que [prohibiera] la experimentación con animales en el campo de la investigación biomédica y toxicológica, sustituyéndola por metodologías y procedimientos válidos para el ser humano». Logró recoger 1.173.131 de firmas¹³³;
- «Uno de nosotros»: perseguía «establecer una prohibición y poner fin a la financiación de actividades que suponen la destrucción de embriones humanos, en particular en los ámbitos de investigación, ayuda al desarrollo y salud pública» y fue secundada por más 1,8 millones de personas¹³⁴;

Pero ninguna de ellas se ha transformado tampoco en iniciativa legislativa de la Comisión. En el caso de «Stop vivisection» la Comisión argumentó¹³⁵ que, aunque compartía el objetivo de eliminar los ensayos con animales, no compartía el planteamiento realizado por los impulsores de la propuesta. Aseguraba también que acabar con estas prácticas era el objetivo de la Directiva 2010/63/UE que «Stop vivisection» planteaba derogar y que ésta «es el marco legislativo adecuado para alcanzar los objetivos subyacentes de la iniciativa».

Tras estudiar «Uno de nosotros», la CE decidió en mayo de 2014 no llevar a cabo una propuesta legislativa argumentando que el Parlamento Europeo y los Estados miembros habían debatido y adoptado una política de la UE «muy recientemente»¹³⁶.

Por otra parte, frente al total de nueve ICEs que han conseguido ser registradas por la CE para empezar a recoger firmas (incluyendo aquí las cinco que aún

¹³¹ COMISIÓN EUROPEA: 2014a.

¹³² COMISIÓN EUROPEA: 2014e.

¹³³ Como puede verse en el sitio web <http://bit.ly/1Kb57Ec>.

¹³⁴ Según su sitio web: <http://www.oneofus.eu>.

¹³⁵ COMISIÓN EUROPEA 2015e.

¹³⁶ COMISIÓN EUROPEA: 2014b.

están en proceso, una iniciativa cuyo periodo terminó pero no fue presentada a la Comisión y las tres que ya han sido atendidas por la CE), la cantidad de iniciativas que los organizadores retiraron por diferentes motivos (13), que no obtuvieron el número necesario de apoyos en el plazo de un año (16) o cuyo registro fue denegado por la Comisión (20), es casi seis veces superior, totalizando 49 propuestas, según datos de 2016.

El motivo que se alega en el rechazo de todas estas iniciativas es que no entran en las materias en las que la Comisión Europea tiene competencia para proponer un acto legal a la Unión con el que implementar los Tratados. No obstante, para cada caso concreto, la CE publica un documento en el que especifica las razones concretas por las que estas iniciativas no cumplen con los requisitos mínimos.

Resulta curioso comprobar que entre ellas hay algunas que apuntan precisamente en la dirección de una mayor participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones europeo, como «Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva» o la «Recomendación de cantar el himno europeo en Esperanto» que, a pesar de lo ‘exótico’ de la propuesta, perseguía los objetivos de «1) ayudar a reforzar una identidad europea común en armonía con las identidades nacionales o regionales (...), 2) aumentar la participación ciudadana en la integración europea; 3) ayudar a conseguir (1) y (2) proporcionando las letras en un idioma neutral paneuropeo para que los ciudadanos lo canten juntos; 4) asegurar la paridad de estima por todos los idiomas europeos; 5) reconfirmar y reequilibrar los dos elementos de la divisa de la UE ‘unidos en la diversidad’».

También es preciso apuntar que otras tienen un cariz más económico y social, como «Por un nuevo criterio europeo contra la pobreza», «Ingreso básico incondicional», o «Creación de un banco público europeo basado en el desarrollo social, ecológico y solidario». Parece lógico pensar que en un momento de descontento social con los líderes y con las políticas de austeridad, los ciudadanos quisieran tomar las riendas y proponer alternativas más sociales. Sobre todo si se tiene en cuenta que muchas de las críticas iban en el sentido de la falta de legitimidad democrática que se le achacaba a los miembros de la famosa Troika (Banco Central Europeo, Fondo Monetario Internacional y Comisión Europea), encargada de negociar los préstamos de ayuda a los países en dificultades a cambio de programas de ajuste. Es previsible que, en tal contexto, la movilización ciudadana se acentúe y que emplee, inicialmente, las vías de acción que ya tiene a su disposición.

Los datos de aceptación de estas iniciativas difícilmente pueden incitar a hablar de éxito de la ICE, sino más bien al contrario. Los bajos niveles de apoyo y el hecho de que solo tres iniciativas hayan prosperado en algo más de tres años

es claramente indicativo del escaso conocimiento o interés—o ambos— de los ciudadanos europeos por este instrumento.

El hecho de que la Comisión no haya decidido iniciar un proceso legislativo a partir de ninguna de ellas tampoco ayuda a impulsar la ICE. El valor simbólico que tendría el hecho de que una ICE llegara a convertirse en una Directiva, por ejemplo, sería enorme, y supondría una inyección de vitalidad para este instrumento y de autoestima para una ciudadanía con la moral muy baja.

Aunque las comparaciones nunca son buenas —y en este caso, además, no es un sistema similar—, solo hay que ver el nivel de aceptación de la plataforma Change.org para comprobar que sí que existe una voluntad ciudadana de participar en el proceso de toma de decisiones. Ciertamente es que el sistema de Change.org es mucho menos exigente a nivel de número de firmas necesarias; y que puede dirigirse tanto a instituciones gubernamentales, como a organizaciones o empresas privadas y a diferentes niveles (internacional, nacional, regional, local...), lo que le hace posible tener una amplia sección en su página web de lo que ellos consideran «Victorias», esto es, iniciativas que han sido tomadas en consideración por la entidad a la que fueran dirigidas. Tampoco hay que desestimar el hecho de que el funcionamiento de Change.org se mimetiza mucho mejor con la actual cultura de manifestar el malestar social con un simple «click» desde el sofá de casa: requiere un esfuerzo mucho menor que poner en marcha una propuesta de ICE y promulgarla. Pero ello no desestima el hecho de que existe una voluntad ciudadana por tener un papel más activo en la vida política y, sobre todo, mecanismos para hacer que su voz sea escuchada.

Esto hace pensar que la ICE tiene algunos hándicaps que es necesario corregir. Su fórmula de lanzamiento, a pesar de la aparente complejidad, no parece que sea apropiada cambiarla, pues se trata de un proceso serio y con el que se intenta evitar que se proponga cualquier tipo de iniciativa sin sentido. Ni siquiera puede pensarse que el umbral de un millón de firmas sea demasiado para una Unión que agrupa a 500 millones de personas. Tampoco el hecho de unir a residentes en al menos siete Estados miembros parece una complicación mayor, pese a lo que podría temerse¹³⁷, pues las actuales tecnologías de la comunicación y, en especial, las redes sociales, facilitan mucho esta labor.

Quizás los mayores problemas deriven de otros dos hechos. Por una parte, cabe pensar en el gran desconocimiento del ciudadano medio sobre la política comunitaria, el funcionamiento de sus instituciones y los rostros que las dirigen. No puede negarse que las tres principales instituciones (empezando por el PE, aunque la CE también hace un buen esfuerzo) realizan una gran labor de transparencia, poniendo a disposición del público toda la legislación, comunicados

¹³⁷ BILBAO UBILLOS: 2012, pág. 82.

de prensa, folletos explicativos, vídeos, infografías y todo tipo de documentos para ayudar a comprender el funcionamiento de la Unión Europea. Pero esto no evita que la UE se perciba como algo lejano y complejo, de difícil comprensión. La frecuencia con la que los presidentes del Consejo Europeo, la Comisión o el Parlamento aparecen en los informativos transmitiendo un mensaje a la ciudadanía es mucho menor que la de apariciones de nuestros presidentes o primeros ministros. Probablemente, un ciudadano español sabe mucho más sobre Angela Merkel que sobre Donald Tusk. Tampoco los comisarios son personalidades conocidas por el público, a diferencia de lo que ocurre con los ministros de cada Estado. Además, «el periodo que va desde que la Comisión decide legislar sobre un tema y el momento en que introduce su propuesta legislativa es una especie de caja negra en la que nadie sabe muy bien lo que sucede»¹³⁸. En consecuencia, es difícil que el ciudadano perciba la UE como un espacio en el que tiene capacidad de influencia. Probablemente, tampoco esté al tanto de las posibilidades que tiene a su alcance para participar en la vida democrática de la Unión. Y eso es algo que las instituciones deberían afanarse en solventar.

Por otra parte, ya se ha señalado que la forma en la que las instituciones y los gobiernos de los Estados miembros han gestionado la crisis económica y financiera podrían haber impulsado a los ciudadanos a hacer uso de los instrumentos a su alcance para cambiar la forma de hacer las cosas, entre ellos, la ICE. Pero no parece que ese haya sido el caso, lo que demuestra la enorme desafección de los europeos hacia sus instituciones, a las que ya ni siquiera les piden que cambien su forma de actuar. Esto quedó de manifiesto en el ascenso que experimentaron partidos euroescépticos y eurófobos en las elecciones al Parlamento Europeo de 2014, como se verá más adelante.

En conclusión, se puede decir que la ICE, esta primera herramienta transnacional de democracia ciudadana, llegó revestida de una enorme trascendencia pero, por el momento, ha tenido una escasa repercusión. No por ello hay que restarle valor a esta novedad ni desestimar la posibilidad de que las instituciones la promocionen más (y tengan más en cuenta las futuras propuestas) y que se acabe convirtiendo en un instrumento de relevancia en la vida democrática de la Unión.

No cabe duda de que la ICE apunta en la buena dirección, en la de reforzar la legitimidad democrática de la Unión. (...) Puede ser una herramienta útil para acortar distancias, para acortar la brecha entre ciudadanos e instituciones, para reactivar el compromiso cívico, la conciencia de pertenencia a una comunidad política supranacional (que se percibe como una realidad remota) y contrarrestar la tendencia a la apatía política, en la medida en que los ciudadanos puedan promover de forma colectiva cambios legislativos y puedan sentirse protagonistas activos de la democracia. Y todo ello en un contexto de descrédito de la clase

¹³⁸ ARREGUI: 2012, pág. 96.

*política, que no acierta a representar adecuadamente los intereses de quienes les eligieron. A través de este cauce, ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil podrán hacerse oír e influir directamente en la agenda política de la UE, en la definición de las prioridades, por primera vez en la historia. Porque quejarse no basta, no sirve de mucho.*¹³⁹

B. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN LAS ELECCIONES EUROPEAS

Ya se ha indicado que con el Tratado de Lisboa se avanza en materia de democracia representativa, a través del impulso al proceso de codecisión, y de democracia participativa, gracias a la ICE. Pero cabe señalar otra vía por la que se ha intentado solventar la tradicional crítica sobre falta de legitimación democrática, y que es una suerte de fusión entre las dos vías citadas.

Teniendo en cuenta que el Parlamento Europeo es la representación directa de los ciudadanos ante la Unión, y que el Consejo Europeo es la representación de los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros (por lo que, indirectamente, también son una representación de la voluntad ciudadana, que los eligió en sus respectivos países), la tercera gran institución, la Comisión, quedaba un poco al margen de la legitimidad democrática demandada por muchos. Ciertamente es que sus miembros y su presidente debían ya someterse a la aprobación del PE a través de las audiencias, por lo que podía considerarse que estaba sujetos a un cierto control democrático. Pero aún quedaba mucho terreno en el que avanzar si se quería ‘democratizar’ más el Ejecutivo comunitario.

Por eso, con Lisboa se introdujo la idea de que el Consejo Europeo tomara en consideración los resultados de las elecciones europeas para nombrar al candidato a presidir la Comisión, que debe ser aprobado por la Eurocámara. Así quedó establecido en el artículo 17.7 TUE:

Artículo 17

7. Teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes, por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento.

¹³⁹ BILBAO UBILLOS: 2012, págs. 81-82.

La formulación de «teniendo en cuenta el resultado de las elecciones europeas» es bastante difusa y no vincula estrictamente ni al Consejo Europeo ni al Parlamento para que actúen de una u otra forma. Precisamente esta falta de concreción fue aprovechada por la Eurocámara para darse más visibilidad e involucrar más a la población. Así, en una resolución de noviembre de 2012¹⁴⁰, los eurodiputados instaban «a los partidos políticos europeos a que propongan candidatos a la presidencia de la Comisión, y [esperaban] que estos tengan un papel destacado en la campaña de las elecciones al Parlamento Europeo, en especial presentando personalmente sus programas en todos los Estados miembros de la Unión; [lo cual] subraya la importancia de reforzar la legitimidad política del Parlamento y de la Comisión conectando sus respectivas elecciones de forma más directa con la elección que realizan los votantes». De esta manera, el PE no solo tenía mayor voz a la hora de elegir el candidato a presidir la Comisión (puesto que reducía a un puñado de personalidades las opciones ante las que el Consejo Europeo se veía obligado a elegir, además de tener el derecho de votar la propuesta del EUCO, de manera que, si no seguían sus propuestas, el PE siempre podría votar en contra); sino que además se apuntaba un tanto al llevar la voluntad ciudadana a la propia mesa de reuniones de los jefes de Estado y de Gobierno de los Veintiocho, sobre la que tradicionalmente reina el secretismo.

Por su parte, la Comisión Europea publicó una Recomendación en marzo de 2013¹⁴¹ en este mismo sentido. En ella sugería que los partidos políticos europeos propusieran un candidato para presidir la Comisión y que los partidos nacionales manifestaran a qué grupo político de la Eurocámara estaban afiliados. El Ejecutivo argumentaba que esta era una manera de incentivar a los ciudadanos a prestar más atención a las elecciones europeas, tradicionalmente marcadas por una baja participación, pues les permitiría expresar su voluntad política no solo respecto a quiénes ocupan los escaños en Estrasburgo sino también respecto a quién es el principal inquilino del Berlaymont (la principal sede de la CE en Bruselas).

El Ejecutivo aseguraba que, de esta manera, empezaba a «preparar el terreno para impulsar las bases democráticas de la Unión y, por tanto, en última instancia, su legitimidad»¹⁴². La motivación, según argumentaba, era la falta de legitimidad y de interés manifestada por los ciudadanos en un Eurobarómetro publicado por esas fechas. En el debate sobre el Estado de la Unión de septiembre de 2012, el presidente de la Comisión, José Manuel Durao Barroso, ya había expresado: «Necesitamos un espacio público europeo donde las cuestiones europeas se debatan desde un punto de vista europeo»¹⁴³.

¹⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEO: 2012.

¹⁴¹ COMISIÓN EUROPEA: 2013a

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ COMISIÓN EUROPEA: 2012.

La citada encuesta europea, centrada en derechos electorales, halló entre otras cosas que un 84% de los preguntados coincidían en que la participación en las elecciones europeas sería mayor si dispusieran de más información sobre las elecciones al Parlamento Europeo, el impacto de la Unión Europea en sus vidas y los programas y objetivos de los candidatos y de los partidos de la Eurocámara. Asimismo, más de 6 de cada 10 participantes consideraron que más gente acudiría a las urnas si los partidos políticos europeos propusieran un candidato para presidir la Comisión Europea¹⁴⁴.

La idea, desde luego, llegaba en un momento en el que la necesidad de aumentar la participación ciudadana se hacía más acuciante que nunca, puesto que durante la crisis la Unión asumió muchos más poderes y tomó innumerables decisiones que afectaban directamente a los ciudadanos. Para éstos, en cambio, la percepción de lo que ocurría en Bruselas muchas veces quedaba limitada a las imágenes de los líderes o los ministros bajando del coche a las puertas del Justus Lipsius retransmitidas por los telediarios. Por otra parte:

*En relación a la Comisión, debería de haber una competición más abierta a la hora de elegir al Presidente de la Comisión. La Comisión es un actor que acumula demasiado poder político para no tener relación directa con la ciudadanía. Con el objeto de paliar este problema, sería interesante que hubiera distintos candidatos a presidir la Comisión y que pudieran ser elegidos directamente por los propios ciudadanos europeos. Esta opción implicaría que distintos candidatos presentaran programas alternativos de actuación y hubiera debates públicos entre ellos, independientemente del apoyo que pudieran recibir de los distintos líderes europeos. Esto ayudaría a mejorar el funcionamiento de la Comisión al mismo tiempo que incrementaría su legitimidad de cara a la ciudadanía europea.*¹⁴⁵

La propuesta de nombrar candidatos tenía gran sentido también desde el punto de vista de originar un verdadero debate europeo, sobre las decisiones tomadas en Bruselas y Estrasburgo, y hacer así que los comicios europeos, muchas veces considerados de segundo orden, dejaran de ser una especie de examen de mitad de mandato en el que los electores premian o castigan a sus respectivos gobiernos o ‘experimentan’ votando a formaciones más pequeñas¹⁴⁶. A falta de listas comunes a los Veintiocho, se trataba de un primer paso para la ‘europeización’ de las propias elecciones al Parlamento Europeo.

El debate y los procesos de deliberación política son los mecanismos que, en última instancia, facilitan la formación de la opinión pública sobre los temas que son objeto de una decisión. Sin procesos de deliberación es factible pensar que los ciudadanos no tendrán la oportunidad de formar sus preferencias en temas políticos complejos.

¹⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA: 2013b.

¹⁴⁵ ARREGUI: 2012, pág. 109.

¹⁴⁶ Ibid., págs. 93-94.

*Por tanto, los procesos de deliberación tienen una importancia capital en el funcionamiento de una democracia a la hora de crear esferas públicas autónomas.*¹⁴⁷

* * *

*Las cuestiones europeas no han sido nunca tan absorbentes como en los cinco últimos años, donde han figurado en el centro del debate de todos los Estados miembros. En este contexto, no parece imposible que las elecciones de mayo de 2014 sean una verdadera cita europea. (...) El desinterés de los europeos por las elecciones europeas no puede achacarse a la instancia que hay que renovar. De hecho, el Parlamento es la institución europea más conocida (por el 90% de los europeos) y en la que tienen más confianza (41%) tras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero la participación en una elección requiere la satisfacción de unas condiciones mínimas, como la existencia de reglas comunes, la claridad de las cuestiones en juego, la pluralidad de programas, un debate público polarizado y la existencia de una información convincente. En los anteriores escrutinios europeos no se respetó ninguna de estas. (...) Veintiocho escrutinios nacionales no hacen una elección europea.*¹⁴⁸

La idea del candidato a presidente de la CE fue, en consecuencia, asumida por la mayoría de los partidos. Aunque no fue puesta en marcha por todas las agrupa-



De izquierda a derecha, los candidatos a presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker (EPP); Martin Schulz (S&D); Guy Verhofstadt (ADLE); José Bové y Ska Keller (Verdes/ALE); y Alexis Tsipras (GUE/NGL).

¹⁴⁷ ARREGUI: 2012: pág. 91.

¹⁴⁸ CORINNE DELOY: 2013

ciones políticas, sí lo fue por las principales: Partido Popular Europeo (EPP, que eligió a Jean-Claude Juncker), Socialistas y Demócratas (S&D, Martin Schulz), Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa (ADLE, Guy Verhofstadt), y los Verdes/Alianza Libre Europea (Verdes/ALE, con José Bové y Ska Keller), además de la Izquierda Unitaria Europea / Izquierda Verde Nórdica (GUE/NGL, Alexis Tsipras). No presentaron candidato las formaciones más euroescépticas o eurocríticas: los Conservadores y Reformistas Europeos (CRE), ni Europa de la Libertad y de la Democracia (EFD).

Esto permitió al Parlamento Europeo lanzar una intensa campaña defendiendo la idea de que «Esta vez es diferente». Con el eslogan «Acción. Reacción. Decisión»¹⁴⁹, y conscientes de que se trataba de un momento de dificultades (de distinta índole, aunque fundamentalmente económica) para muchos ciudadanos, animaba a participar alegando que el voto de 2014 tendría más trascendencia que nunca antes.

Una de las cosas que permitió el hecho de tener caras de cartel visibles fue que, por primera vez, se pudieron celebrar debates electorales a nivel europeo, con temáticas meramente europeas y sin la posibilidad de que fueran secuestrados por cuestiones nacionales, puesto que la única nacionalidad duplicada entre los candidatos era la alemana (Schulz y Keller).

Juncker, Schulz, Keller y Verhofstadt se vieron las caras en dos debates a nivel europeo: el primero de ellos celebrado, simbólicamente, en Maastricht, la ciudad en la que el euro vio la luz, ante una audiencia de 700 jóvenes estudiantes de todos los rincones del continente —en un claro intento de acercar los comicios a los votantes menos activos—; y el segundo, mucho menos espectacular, organizado por una página web europea en el que se recurría a ciudadanos situados en diferentes ciudades europeas para formular las preguntas. Tsipras se unió a sus contrincantes para un último encuentro celebrado en el hemiciclo del Parlamento Europeo en Bruselas. Con una espectacular puesta en escena, hay quien podría pensar que se disponía a ver una contienda entre los candidatos a la Casa Blanca más que al Berlaymont. Los principales temas tratados fueron consecuencia directa de los años de crisis transcurridos: crecimiento, desempleo, Ucrania, inmigración...

Puede considerarse que se logró un formato que, cuanto menos, llamaba la atención. Se trataron temas trascendentes, las intervenciones fueron dinámicas y se intentó involucrar al público a través de las redes sociales. Pero también se pueden señalar dos inconvenientes. Por una parte, el idioma pudo suponer un pequeño hándicap. Mientras que en los primeros encuentros se optó por el inglés, en el debate que reunió a los cinco candidatos el griego Tsipras se decantó

¹⁴⁹ Una campaña que en España fue prohibida por la junta central electoral, que entiende que no se puede instar a participar en las elecciones.

por su lengua materna, Juncker por el francés y Schulz —quien suele emplear el alemán en sus intervenciones públicas y en su papel de presidente del PE—, Keller y Verhofstadt se expresaron en inglés. Aunque el inglés de estos últimos es perfecto (por lo menos a nivel de las instituciones europeas¹⁵⁰), y no tuvieron dificultades para expresarse, hay que apuntar que, por lo general, quien hable en su idioma materno se sentirá más cómodo que quien emplee su segunda o tercera lengua.

Por otra parte, la difusión real de los debates quedó lejos de la que potencialmente podría haberse logrado, pues en varios países o no se emitieron o solo lo hicieron cadenas secundarias. No es cuestión de ir analizando uno por uno como fue la difusión en cada Estado miembro, pero nos puede valer el ejemplo de España, donde sólo se emitió el último de los encuentros, celebrado el 15 de mayo, y a través del canal 24 Horas de Televisión Española. Por el contrario, el principal canal de la cadena pública emitió un debate a seis bandas el 19 de mayo con algunos de los candidatos en listas españolas: Esteban González Pons (PP), Ramón Jáuregui (PSOE), Ramón Tremosa (Coalición por Europa), Willy Meyer (La Izquierda Plural), Francisco Sosa Wagner (Unión Progreso y Democracia) y Josep Maria Terricabras (L'Esquerra pel Dret a Decidir). La 1 también emitió un cara a cara entre los cabezas de lista de los principales partidos, PP —Miguel Arias Cañete— y PSOE —Elena Valenciano—, justo después del encuentro entre Juncker, Schulz, Verhofstadt, Keller y Tsipras. Aunque esta decisión respondió a circunstancias internas extraordinarias (los dos días de luto por el asesinato de la presidenta de la diputación de León Isabel Carrasco), parece difícil esperar un gran nivel de audiencia durante dos horas y media seguidas de debate político.

En definitiva, los debates europeos existieron, que tuvieran un impacto ya es otra cuestión en la que no cabe extenderse.

Ahora cabe preguntarse: «Y, tanta novedad, ¿qué frutos dio?». Respecto al **candidato** a presidente, al Consejo Europeo no le quedó más opción que proponer a Juncker, el candidato elegido por el Partido Popular Europeo, que lideró los resultados logrando 221 eurodiputados. Existía el temor de que los jefes de Estado y de Gobierno no respetaran el resultado electoral y buscaran un candidato de compromiso entre las fuerzas políticas mayoritarias, lo cual habría sido visto como «un fraude democrático (si bien legal) en toda regla»¹⁵¹. Pero los líderes estaban atados por dos cosas: que el PE decidió que el principal contrincante de

¹⁵⁰ Hay quien critica que los funcionarios de las instituciones han ido creando un idioma de trabajo con notables diferencias con el 'verdadero' inglés, puesto que se introducen muchos galicismos —los becarios son normalmente *stagiaires*, y no *trainees*—, se adaptan palabras de otros idiomas, principalmente del francés, para que suenen como si fueran inglesas —'to traspose'—, o se usan términos existentes en la lengua de Shakespeare pero con un sentido que realmente no tienen o es muy poco usado —'agents'— para los agentes contractuales.

¹⁵¹ LLAUDES: 2014a.

Juncker, Martin Schulz, repitiera como presidente de la Eurocámara (algo hasta entonces inédito), y por el hecho de que habían sido sus propios partidos los que habían decidido apoyar la campaña de los *Spitzenkandidaten*, como se vino a conocer a los principales candidatos a presidir la CE. La nominación de Juncker finalmente se decidió por mayoría del EUCO, con la sola oposición del entonces primer ministro británico, David Cameron, y de su homólogo húngaro, Viktor Orbán¹⁵².

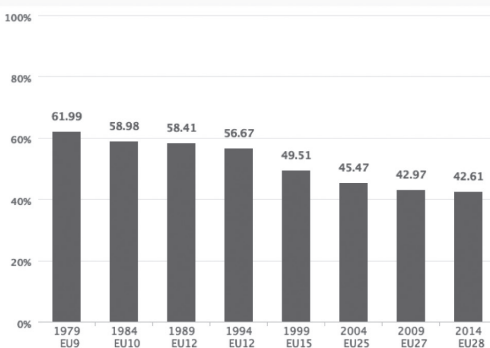
Podría decirse que la campaña de los *Spitzenkandidaten* fue un órdago del PE que salió bien en gran medida porque el conservador Juncker era una opción válida para una parte importante del Consejo Europeo. Y eso a pesar de que la sensación generalizada era que Juncker no aspiraba a presidir la Comisión, sino el Consejo Europeo, y ser el candidato del EPP le habría allanado el camino a este puesto si el S&D hubiera salido vencedor de las elecciones, como apuntaban los primeros sondeos (de hecho, ni siquiera iba en las listas de su partido al Parlamento Europeo, por lo que si no era elegido presidente de la CE quedaba disponible para otro cargo)¹⁵³. Es más, hubo quien expresó su temor de que si ganaba el S&D, el Consejo Europeo no quisiera elegir a Schulz de candidato, dando al traste con el sistema de los *Spitzenkandidaten*¹⁵⁴. El PE podría, en última instancia, no haber apoyado su nominación, pero el EUCO no habría cumplido con su parte del ‘trato’. Tal como se sucedieron los hechos, sin embargo, parece difícil que no vuelva a repetirse el sistema en futuros comicios.

En lo que se refiere a la **participación**, por el contrario, los resultados no fueron los esperados. Aunque las cifras provisionales de participación mostraron un ligerísimo ascenso, las cifras definitivas desmintieron esta ilusión. Solo un 42,61% de los electores acudieron a las urnas, tres décimas menos que en 2009.

Como puede verse en este gráfico, la participación en las elecciones europeas no ha dejado de descender desde las primeras celebradas, en 1979. Más grave aún, desde 1994 no se logra un aprobado en participación. ¿Por qué los euro-

Participación

Resultados definitivos



Fuente: TNS/Scyll en colaboración con el Parlamento Europeo

¹⁵² LLAUDES: 2014b.

¹⁵³ LLAUDES: 2015.

¹⁵⁴ MOLINA y VILLUP: 2014.

peos no votaron, a pesar de la cantidad de cuestiones que estaban en juego y del malestar que habían demostrado en los últimos años respecto a las instituciones europeas?

En este sentido, se puede retomar una de las ideas expresadas en relación a la ICE: existe desconfianza respecto a la capacidad de las instituciones europeas para cambiar las cosas. Pero también es innegable que la desafección ciudadana no logró curarse un poco entre el 22 y el 25 de mayo de 2014 (las jornadas de votación al PE según los países), porque el mensaje de cambio, de que «Esta vez es diferente», no llegó tan lejos ni tuvo tanto impacto como se esperaba. Aquí es preciso apuntar a otra idea que puede resultar de interés en este sentido: la ausencia de verdaderos medios de comunicación a nivel europeo complica mucho moldear un «demos» europeo. Salvo el canal de noticias Euronews, los medios que tratan temática europea desde una perspectiva comunitaria son fundamentalmente páginas web, escritas en inglés, y más bien dirigidas a la ‘burbuja europea’ de Bruselas, es decir, *think tanks*, *lobbies*, periodistas y funcionarios.

Pero además del desinterés ciudadano, no hay que desdeñar la cuestión de cómo juegan los políticos sus cartas en estos comicios. El hecho, por ejemplo, de que el Partido Popular pusiera a Cañete como cabeza de lista, cuando todo hacía presagiar que sería nominado como comisario español; que la delegación del PSOE en el grupo del S&D se desmarcara de apoyar a Juncker —haciendo caso omiso, por tanto, de la lógica de los *Spitzenkandidaten*— en la votación del PE¹⁵⁵; o el hecho de que Podemos, la gran sorpresa española en las elecciones, hubiera sustituido a tres de sus cinco eurodiputados antes de que cumplieran un año en la Eurocámara (porque se fueron a promover sus candidaturas a nivel autonómico); dan la impresión de que los propios políticos no se toman muy en serio el Parlamento Europeo.

No obstante, los resultados de las Elecciones Europeas sí que fueron muy relevantes en el sentido de las **ideologías**.


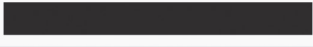






















El EPP y el S&D mantuvieron su prominencia en la Eurocámara, aunque perdieron peso relativo (mucho más moderado en el caso de los Socialistas y Demócratas). En cambio, tanto ADLE como Los Verdes perdieron posiciones en el hemiciclo. Los liberales pasaron de la tercera a la cuarta posición y Los Verdes, de la cuarta a la sexta. Esto fue en beneficio de los Conservadores y Reformistas Europeos, que quedaron terceros (pasando del 7,44% de escaños al 9,32%), y de la Izquierda Unitaria Europea, en quinta posición con un 6,92% (frente al 4,57 en la cámara saliente). También salieron muy beneficiados los parlamentarios del grupo Europa de la Libertad y la Democracia, que saltaron de una representación del 4,05% en 2009 al 6,39% en 2014. Y los No Inscritos también aumentaron, del 4,31% al 6,92%.

¹⁵⁵ LLAUDES y RODRIGO: 2015.

Resultados de 2009

Participación		42.97%
Resultados definitivos		
		PPE Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) 274  35.77 %
		S&D Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo 196  25.59 %
		ADLE Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa 83  10.83 %
		Verdes/ALE Los Verdes/Alianza Libre Europea 57  7.44 %
		CRE Conservadores y Reformistas Europeos 57  7.44 %
		GUE/NGL Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica 35  4.57 %
		EFD Europa de la Libertad y de la Democracia 31  4.05 %
		NI No inscritos - Diputados que no pertenecen a ningún grupo político 33  4.31 %

Resultados de 2014

Participación		42.61%
Resultados definitivos		
		PPE Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) 221  29.43 %
		S&D Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo 191  25.43 %
		CRE Conservadores y Reformistas Europeos 70  9.32 %
		ADLE Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa 67  8.92 %
		GUE/NGL Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica 52  6.92 %
		Verdes/ALE Los Verdes/Alianza Libre Europea 50  6.66 %
		EFDD Grupo Europa de la Libertad y de la Democracia Directa 48  6.39 %
		NI No inscritos - Diputados que no pertenecen a ningún grupo político 52  6.92 %

*Reparto de escaños en la Eurocámara tras las elecciones de 2009 y 2014 por grupos políticos.
Gráficos extraídos de la página web del Parlamento Europeo (<http://bit.ly/1LKUf2f>)*

El aumento de eurodiputados pertenecientes a CRE (al que pertenecen partidos como los conservadores británicos, Forza Italia, Alternative für Deutschland o el Partido del Pueblo danés), GUE/NGL (Syriza, Podemos, Izquierda Unida, Die Linke, Front de Gauche, Partido Comunista Portugués...), EFDD (fundamentalmente UKIP y Movimiento 5 Stelle), o a formaciones no inscritas en ningún grupo parlamentario (Front National, Jobbik húngaro, Amanecer Dorado, Partido de la Libertad holandés... aunque algunos de estos partidos después formaron el grupo Europa de las Naciones y de las Libertades¹⁵⁶), demuestra que hubo un aumento importante del voto de ‘protesta’ por la gestión de la crisis.

De hecho, uno de los temas más comentados antes y después de los comicios fue el aumento del euroescépticismo e, incluso, de la eurofobia. Hay quien llama a ser prudentes¹⁵⁷ y a diferenciar entre partidos claramente eurófobos, como el Frente Nacional francés, cuya líder, Marine Le Pen, aboliría la Unión Europea si por ella fuera¹⁵⁸; euroescépticos, que no quieren más integración pero sí defienden la existencia de un mercado único, como los *Tories*; y eurocríticos, partidos como Syriza o Podemos que denuncian las prácticas de las instituciones y optan por una reformulación del funcionamiento de la UE, pero no se oponen a la idea de una unión política. De acuerdo con esta lectura, quienes verdaderamente pueden considerarse euroescépticos, en mayor (eurófobos) o menor grado, representarían un 20% de la Eurocámara.

Si bien no es una figura que llame al alarmismo como pareció en un primer momento, sí que invita a la reflexión. Es muy definitoria del sentimiento actual de una parte de los ciudadanos respecto a la Unión Europea como ‘culpable’ de sus males. También demuestra que muchos conflictos no se sitúan tanto en el terreno de lo económico como de lo social o identitario, pues algunos de los principales debates de cara a las elecciones giraron en torno al rechazo a la inmigración, a la integración del islam en las sociedades europeas o a la defensa de lo nacional.

Asimismo, se demostró que no existe un consenso entre los ciudadanos sobre qué se espera de Europa, lo que dificulta saber por qué camino avanzar. Profundizar la integración (por ejemplo, la unión bancaria o financiera) se presenta a menudo como algo fundamental en las circunstancias actuales. Pero a la luz de los datos, se corre el riesgo de que más integración provoque más reacciones contrarias.

¹⁵⁶ PARLAMENTO EUROPEO: 2015c.

¹⁵⁷ MOLINA y VILLUP: 2014.

¹⁵⁸ MALVESÍ: 2014.

VII. CONCLUSIONES

Creo que los inmensos retos que afronta Europa, tanto en el interior como en el exterior, no nos dejan otra alternativa que afrontarlos desde una perspectiva de marcado carácter político, de manera muy política y teniendo muy presentes las consecuencias políticas de nuestras decisiones.

No es momento de dejar las cosas como están.

No hay suficiente Europa en esta Unión. Ni hay suficiente Unión en esta Unión.

Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea,
en el Debate sobre el Estado de la Unión.
Estrasburgo, 9 de septiembre de 2015.

Como se indicó al inicio de la presente *Memoria*, los principales cambios introducidos por el Tratado de Lisboa se agrupaban en cinco grandes objetivos: más democracia, eficacia, mayor presencia en el mundo, reforma y estabilidad institucional, y más derechos y libertades para los ciudadanos europeos.

A la luz de lo analizado, puede extraerse la conclusión inicial general de que el impacto de estos cambios ha sido bastante reducido. En lo que respecta a la democracia, se ha visto que los efectos de la Iniciativa Ciudadana Europea y el hecho de que el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo se tengan en cuenta para elegir al presidente de la Comisión han sido mínimos. Sin embargo, la trascendencia de estas innovaciones es enorme, en tanto en cuanto se presentan como unas propuestas adecuadas para aumentar la participación ciudadana y, en consecuencia, incrementar el nivel de legitimidad democrática de las instituciones.

Para que estas herramientas sean empleadas al máximo de sus posibilidades es necesario, ante todo, que la Unión aumente sus esfuerzos en materia de comu-

nicación y promoción. Las instituciones deben acercarse más a los ciudadanos, explicarse y esforzarse en que su funcionamiento se entienda. Ésta es una condición indispensable para posibilitar que los ciudadanos asuman un espíritu participativo. También deben empezar a asumir una mayor conciencia de lo simbólicamente importante que es que ellas mismas se tomen en serio estas iniciativas. Si la CE llega a aceptar proponer una iniciativa legislativa (y, sobre todo, si llega a transformarse en una norma europea tras la codecisión del PE y el Consejo) a partir de una ICE, se dará un paso enorme en cercanía con los ciudadanos, dando la impresión de que sus opiniones se tienen en cuenta.

Asimismo, de cara a las elecciones europeas de 2019, es previsible que se repita el sistema de los *Spitzenkandidaten*, un mecanismo que puede calificarse de efectivo en términos de legitimidad democrática pero que puede mejorar mucho en lo que se refiere a incrementar la concurrencia de los electores a las urnas. En este sentido, las instituciones, además de continuar la campaña comunicativa y explicativa, tienen que respetar este proceso y no ningunear la labor del Parlamento. Pero, además, los propios políticos, a nivel nacional, tienen que hacer un esfuerzo para que las elecciones europeas dejen de ser unos comicios de segundo orden en los que debatir asuntos internos. Tienen que dar la sensación de que concurren a lo que realmente es: un puesto desde el que se codeciden más de la mitad de las normas que nos afectan en nuestro día a día. La existencia de listas de candidatos comunes a los 28 Estados miembros ayudaría mucho a dejar de leer las elecciones europeas en clave nacional, pero parece que ese hito aún se perfila muy lejos.

En materia de eficacia se ha apuntado de soslayo la cuestión de la reducción del número de comisarios. Aunque este asunto no se ha analizado en profundidad, cabe señalar que Jean-Claude Juncker diseñó un Colegio de Comisarios con siete vicepresidentes que ostentan siete grandes carteras, de las que dependen todas las demás: (1) Mejora de la Legislación, Relaciones Institucionales, Estado de Derecho y Carta de los Derechos Fundamentales; (2) Asuntos Exteriores y Política de Seguridad; (3) Presupuesto y Recursos Humanos; (4) Mercado Único Digital; (5) Unión de la Energía; (6) Euro y Diálogo Social; (7) Fomento del Empleo, Crecimiento, Inversión y Competitividad. De esta manera, se evita el problema de eliminar comisarios al tiempo que se avanza en eficiencia.

En lo que se refiere a la reforma institucional y a la mayor presencia en el mundo, dos ámbitos muy interrelacionados, la sensación es que la Unión tiene mucho que mejorar en materia de política exterior y de representatividad. Quizás el problema no depende tanto de la arquitectura comunitaria en esta rúbrica como de las dificultades entre los socios para acercar posturas y conjugar intereses. En cualquier caso, la UE no puede seguir dando imagen de desorden e ineficiencia a la hora de gestionar sus crisis. No puede permanecer impasible ante los acontecimientos hasta que sean demasiado grandes como para encontrar una solución

rápida. Y no puede permitirse volver a dar pasos en falso como los ha dado con las crisis de Ucrania y de los refugiados. Pues una cuestión fundamental, más allá de los resultados objetivos que se obtengan, es la imagen que se proyecta al mundo. En la actualidad, la imagen de la UE se asemeja más a la de un elefante anciano que avanza con dificultad que a otra cosa.

Algo que ayudaría mucho a impulsar la posición de Europa en la escena global sería que aumentara sus capacidades militares, lo que le permitiría impulsar un instrumento que se ha probado útil –las misiones–, al tiempo que reduce la dependencia de Estados Unidos, cuyos intereses en los próximos años se sitúan muy lejos del Viejo Continente. La UE también necesita líderes fuertes, dinámicos y hábiles, a los que las figuras nacionales no les hagan sombra.

Por último, en cuanto a derechos y libertades ciudadanas, es urgente solucionar cuanto antes el bloqueo de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. No solo porque sea una obligación de los Tratados y un compromiso político, sino también, y ante todo, porque nos encontramos de nuevo ante la importancia de lo simbólico, de demostrar que la UE actúa, cumple y avanza.

Como producto de lo analizado cabe extraer también algunas conclusiones transversales. La primera de ellas es que la UE se encuentra en un punto intermedio inconcreto entre la independencia y el federalismo: no es solo una unión económica y de mercado, pero tampoco es una unión política de pleno derecho. Los vínculos entre los Estados miembros son demasiado intrincados y fuertes como para volver atrás, pero aún tienen que mejorar muchos aspectos para lograr un funcionamiento fluido y que evite los tropiezos, como ha demostrado la crisis del euro.

Una de las características que saltan a la vista sobre esta unión, es que existen demasiadas fracturas entre sus miembros. Durante la crisis económica y financiera se ha hablado mucho de la «Europa a dos velocidades», entre los países más cumplidores e integrados y los menos. Sin embargo, las dos velocidades pueden verse en muchos otros ámbitos comunitarios.

A parte de que solo 19 Estados de 28 compartan la divisa común, no hay que olvidar que no todos pertenecen al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ni al espacio Schengen, ni todos están vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ni todos contribuyen a las misiones exteriores. En consecuencia, vemos que la Unión a varias velocidades o de geometría variable ha provocado fracturas a un nivel que ahora parece difícil de superar, lo que complica la posibilidad de hallar respuestas conjuntas a problemas comunes.

Esto implica que se tendrá que avanzar inexorablemente hacia una mayor integración. Pero para ello, hay que saber qué es lo que realmente se quiere construir con este proyecto. Y surge una duda: ¿se puede permitir que exista una unión meramente económica y comercial de forma paralela a una unión no

solo económica, sino también monetaria, fiscal, política, territorial, judicial, de derechos, etc.?

Por desgracia, la votación favorable a la salida del Reino Unido en el referéndum del 23 de junio de 2016 solo viene a complicar las cosas en este sentido, pues además de plantear el problema de cómo y cuándo activar el Artículo 50 del TUE, puede dar pie a que otros Estados quieran emularlo. Y, desde luego, difícilmente motiva una mayor integración de los demás.

Otra conclusión transversal es que la Unión ha empezado a verse más como un problema que como una solución, en parte como consecuencia de la crisis económica y financiera, y en parte a raíz de los errores cometidos en la gestión de algunos problemas. Esto se ha visto reflejado en el poco interés de los ciudadanos en participar en la vida democrática de la Unión.

También es muy importante señalar el problema de la falta de claridad y de legibilidad de los Tratados, la complicación de la política europea en general. Algo que, sin duda, aleja a los ciudadanos de las instituciones y no provoca su interés, como demuestran algunas encuestas citadas. Por lo general, más que lo que digan los textos, para los habitantes son más importantes los asuntos que tengan un impacto directo en sus vidas, como el euro, la libertad de movimiento y residencia entre países, el programa Erasmus... Por eso, resulta fundamental que la UE se esfuerce en producir resultados tangibles para sus habitantes. La supresión del coste por los servicios de *roaming* en las llamadas con teléfonos móviles en otros países comunitarios, algo en lo que se está avanzando poco a poco a través de reducciones progresivas, parece un buen paso en este sentido.

En definitiva, si la Unión Europea quiere presentarse como un espacio eficiente y estable de democracia, libertad y respeto a los derechos humanos, tiene que empezar por convencer a sus propios ciudadanos de su utilidad. Pero si, además, quiere ser vista como un actor global, hay que hacer como dijo Juncker en el discurso sobre el Estado de la Unión de septiembre de 2015 y no dejar las cosas como están. La Unión no puede permitirse volver a hacer *too little, too late*. El contexto interno y global le da la oportunidad perfecta para demostrar su utilidad o, por el contrario, para acumular una nueva decepción.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, Lucía (2015): «Orbán indigna a la UE al abrir un debate sobre la pena de muerte», en *El País*, 29 de abril de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1KuNZIX>.

ABRISKETA URIARTE, Joana (2011): «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950: tan lejos, tan cerca», en SOBRINO HERDIA, José Manuel (dir.): *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática-Asociación Española de Profesores de Derechos Internacional y Relaciones Internacionales*, págs. 221-232, Madrid, Colección Escuela Diplomática núm. 17, 2011, ISSN: 1576-2432.

AFP (2015): «Alemania recibirá hasta 800.000 solicitudes de asilo en 2015», en *La Nación*, 19 de agosto de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1PGbZuL>.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco (2004): «La política exterior común en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa: más Europa en el mundo», en *Cuadernos de Deusto*, núm. 30/2004, págs. 11-38, Bilbao, 2004, ISSN: 1130-8354.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco (2010): «Diplomacia común europea», Tribuna en *El País*, 19 de julio de 2010.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco (2015): «Desarrollo de la cooperación integrada permanente en la Política Común de Seguridad y Defensa», en IEEE y FUNDACIÓN GENERAL DE LA UCM (orgs.): *La política Común de Seguridad y Defensa. Un impulso necesario*, Curso de Verano en San Lorenzo del Escorial, Madrid, 29 de junio - 3 de julio de 2015.

ALVARGONZALEZ SAN MARTÍN, Alejandro Enrique (2015): «La política de Seguridad y Defensa española en el marco de la UE», en IEEE y FUN-

DACIÓN GENERAL DE LA UCM (orgs.): *La política Común de Seguridad y Defensa. Un impulso necesario*, Curso de Verano en San Lorenzo del Escorial, Madrid, 29 de junio - 3 de julio de 2015.

ANDOURA, Sami (2010): *Présidence belge de l'Union 2010: Remettre l'Europe en action et poser les jalons institutionnels por l'avenir*, Notre Europe, julio de 2010.

ARREGUI, Javier (2012): «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto - Legitimidad democrática en la Unión Europea*, núm. 46, págs. 85-112, Bilbao, 2012 ISSN: 1130-8354.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Res. A/65/276 (2011), Participación de la Unión Europea en la labor de las Naciones Unidas, ONU. Doc. A/RES/65/276 (2011), del 10 de mayo de 2011. Disponible en: <http://bit.ly/1OCdUTW>.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (2007): «La Constitución Europea tras el Consejo Europeo de Bruselas y el Tratado de Lisboa», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 8, Julio-Diciembre de 2007, págs. 11-41.

BALLESTEROS MARTÍN, Miguel Ángel (2015): «Panorama estratégico europeo», en IEEE y FUNDACIÓN GENERAL DE LA UCM (orgs.): *La política Común de Seguridad y Defensa. Un impulso necesario*, Curso de Verano en San Lorenzo del Escorial, Madrid, 29 de junio - 3 de julio de 2015.

BARÓN CRESPO, Enrique (2012): «El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE», en *Cuadernos Europeos de Deusto - Legitimidad democrática en la Unión Europea*, núm. 46, págs. 19-47, Bilbao, 2012 ISSN: 1130-8354.

BECHEV, Dimitar (2013): *Serbia, Kosovo and the benefits of normalisation* [Comentario publicado en el sitio web del European Council on Foreign Relations], 24 de abril de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1Vim2Nq>.

BILBAO UBILLOS, Juan María (2012): «La iniciativa ciudadana europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto - Legitimidad democrática en la Unión Europea*, núm. 46, págs. 49-84, Bilbao, 2012 ISSN: 1130-8354.

CANEDO ARRILLAGA, José Ramón y GORDILLO PÉREZ Luis I. (2008): «Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 39, págs. 61-102, Bilbao, 2008.

CASTLE Stephen y ERLANGER, Steven (2009): «Low-profile leaders chosen for Top European posts», en *The New York Times*, 19 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://nyti.ms/1iyD7Rx>.

COLÁS, Xavier (2015): «Rusia responde al castigo de la UE alargando las sanciones», en *El Mundo*, 24 de junio de 2015. Disponible en: <http://mun.do/1VhLGg3>.

COMISIÓN DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES DEL PARLAMENTO EUROPEO (2010): *Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (2009/2241(INI)), presentada el 6 de mayo de 2010 por Ramón Jáuregui. Disponible en: <http://bit.ly/1KmwUS8>

COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO (2015a): «Rule of Law and Charter of Fundamental Rights-Exchange of views with Frans Timmermans, First Vice-President of the EC in charge of Better Regulation, Inter-Institutional Relations, the Rule of Law and the Charter of Fundamental Rights» [vídeo], en *European Commission Audiovisual Services*, 21 de enero de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1gre35k>

COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO (2015b): *Informe sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014)* (2014/2254(INI)), presentado el 16 de julio de 2015 por Laura Ferrara. Disponible en: <http://bit.ly/1j2JcpW>

COMISIÓN EUROPEA (2010a): *European Commission acts to bolster the EU's system of protecting of fundamental rights*, comunicado de prensa del 17 de marzo de 2010 (IP/10/291). Disponible en <http://bit.ly/1gyeQd7>

COMISIÓN EUROPEA (2010b): *Comunicación de la Comisión – Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea* (COM(2010) 573 final), Bruselas, 19 de octubre de 2010

COMISIÓN EUROPEA (2012): *State of the Union 2012 Address*, Estrasburgo, 12 de septiembre de 2012

COMISIÓN EUROPEA (2013a): *Factsheet: Enhancing the democracy of European Parliament Elections* [Memo], Bruselas, 12 de marzo de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1KJTUP>

COMISIÓN EUROPEA (2013b): *Flash Eurobarometer 364 – Electoral Rights*, Bruselas, marzo de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1iFNXFw>

COMISIÓN EUROPEA (2014a): *La Comisión da su visto bueno a la primera Iniciativa Ciudadana Europea que tiene éxito*, comunicado de prensa del 19 de marzo de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1nDpSQA>

COMISIÓN EUROPEA (2014b): *Iniciativa Ciudadana Europea: La Comisión Europea responde a «One of Us»*, comunicado de prensa del 28 de mayo de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1EYCzPC>

COMISIÓN EUROPEA (2014c): *Factsheet on the «Right to be Forgotten» ruling (C-131/12)*, junio de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1hLvlmc>

COMISIÓN EUROPEA (2014d): *Guía para la Iniciativa Ciudadana Europea* (Segunda edición), Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, junio de 2014

COMISIÓN EUROPEA (2014e): *Medio ambiente: la Comisión pregunta a los ciudadanos sobre el agua potable en Europa*, comunicado de prensa del 23 de junio de 2014. Disponible en <http://bit.ly/1QddBMu>.

COMISIÓN EUROPEA (2015a): *2014 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights*, Luxemburgo, 2015, ISSN 1977-9305.

COMISIÓN EUROPEA (2015b): *Colegio (2014-2019) - Los Comisarios*. Disponible en: http://ec.europa.eu/commission/2014-2019_es.

COMISIÓN EUROPEA (2015c): *Report from the Commission to the European Parliament and the Council - Report on the application of Regulation (EU) No 211/2011 on the citizens' initiative*, COM(2015) 145 final, Bruselas, 31 de marzo de 2015.

COMISIÓN EUROPEA (2015d): *Flash Eurobarometer 416 - The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Bruselas, mayo de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1L0Brgw>.

COMISIÓN EUROPEA (2015e): *Respuestas de la Comisión a la iniciativa ciudadana europea «Stop Vivisection» (Freno a la vivisección)*, comunicado de prensa del 3 de junio de 2015. Disponible en <http://bit.ly/1VYfuk2>.

COMUNIDADES EUROPEAS-COMISIÓN (1988): *Actas del coloquio organizado por la Comisión de las Comunidades Europeas con motivo del centenario del nacimiento de Jean Monnet. Bruselas, 10 de noviembre de 1988*, Luxemburgo. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1988, ISBN 92-825-9321-5.

COMUNIDADES EUROPEAS (2001): «Tratado de Niza por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos», firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (2001/C 80/01), Luxemburgo, 10 de marzo de 2001.

COMUNIDADES EUROPEAS (2002): «Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea», firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, última modificación en 2002, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (C 325/7), Luxemburgo, 24 de diciembre de 2002.

COMUNIDADES EUROPEAS (2004): *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2007): *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas del 21 y 22 de junio de 2007* (11177/1/07 REV 1), Bruselas, 20 de julio de 2007.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009a): *Estrategia Europea de Seguridad - Una Europa segura en un mundo mejor*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009, ISBN 978-92-824-2422-3.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2009b): *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas del 29 y 30 de octubre de 2009* (15265/1/09 REV 1), Bruselas, 1 de diciembre de 2009.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2010): *Principales resultados del 3018º encuentro del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior* [Comunicado de prensa], 10630/1/10 REV 1, Luxemburgo, 3-4 de junio de 2010. Disponible en: <http://bit.ly/1F84BYV>.

CORBETT, Richard (2007): «Buscando una salida del laberinto. Cómo resolver la crisis constitucional de la UE», en BORRELL FONTELLES, Josep (coord.): *Mediterráneo Económico*, núm. 12, diciembre de 2007, ISBN-13: 978-84-95531-39-1.

DELOY, Corinne (2013): «Le scrutin européen de 2014. Un rendez-vous lourd d'interrogations», en *P@ges Europe - La Documentation Française*, 24 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1QYOhLq>.

DEMPSEY, Judy (2015): «Refugees could break Europe's comfort zone», en *Strategic Europe* [blog de Carnegie Europe], 24 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://ceip.org/1KMEbJ7>.

DENNISON, Susi; KUNDNANI, Hans y VAÏSSE, Justin (2013): «Carta de Europa: Política exterior: logros de 2012 y lo que viene en 2013», en *Política Exterior*, núm. 152, marzo-abril 2013.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2007): *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007* (2007/C 306/1), Luxemburgo, 17 de diciembre de 2007, ISSN 1725-244X.

DUCH GUILLOT, Jaume (2009): «El Tratado de Lisboa y los cambios en la organización institucional de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto - El Tratado de Lisboa (II)*, núm. 40/2009, Bilbao, 2009, ISSN: 1130-835.

DUKE, Simon (2011): «Learning to cooperate after Lisbon: Inter-institutional dimensions of the EEAS», en *Cuadernos Europeos de Deusto - El Servicio Europeo de Acción Exterior*, núm. 44, 2011, págs. 43-62, ISSN: 1130-8354.

EFE (2013a): «Una Iniciativa Ciudadana Europea cumple por vez primera todos los requisitos», en *eldiario.es*, 7 de mayo de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1LcENfa>.

EFE (2013b): «La CE recibe oficialmente la primera iniciativa ciudadana a favor del agua», en *EFEverde.com*, 23 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1UPDvgf>.

EFE (2014a): «La CE considera ‘homicidios’ la muerte de inmigrantes en Mediterráneo», en *Euroefe*, 16 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1pi6TG3>.

EFE (2014b): «Directora ONU mujeres ve insuficiente el porcentaje de eurodiputadas», en *eldiario.es*, 5 de noviembre de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1tjWbj>.

EFE (2015): «Cronología – Los naufragios más graves de los últimos 20 años», en *El País*, 19 de abril de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1KFvBef>.

EU-UN.EUROPA.EU (2015): *EU@UN - About the EU at the UN in New York*. Disponible en: <http://bit.ly/1KOrJIM>.

EUR-LEX (2015): «Promoción y protección de los valores de la UE», en *Summaries of EU legislation*, última modificación en marzo de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1U15Qe7>.

EURONEWS (2012): «ECB’s Draghi to the euro’s rescue?» [Fragmento de informativo], en *YouTube*, 26 de julio de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/1NAFd07>.

GALLEGO, Javier G. (2013): «Principio de acuerdo entre Serbia y Kosovo para normalizar sus relaciones», en *El Mundo*, Bruselas, 19 de abril de 2013. Disponible en: <http://mun.do/1NWK235>.

GARDNER, Jeremy (2013): *Misused English words and expressions in EU publications*, Tribunal d Cuentas de la UE, Secretaría General de la Dirección de Traducción, 20 de septiembre de 2013.

GIL ROBLES, Álvaro (2015): «La política de la UE hacia los países del Este», en IIEE y FUNDACIÓN GENERAL DE LA UCM (orgs.): *La política Común de Seguridad y Defensa. Un impulso necesario*, Curso de Verano en San Lorenzo del Escorial, Madrid, 29 de junio – 3 de julio de 2015.

GOLDSTONE, James A. Y GROZEV, Yonko (2012): «Who’s afraid of Europe’s Human Rights Court?», en *Project Syndicate*, 2 de abril de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/1W3o6WD>.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta (2008): «La protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2.º semestre de 2008.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Enrique (2010): «El proceso de integración europeo: de Roma a Lisboa. Perspectivas de futuro», en *Cuadernos de Estudios Europeos*, núm. 3, Madrid, Instituto Robert Schuman de Estudios Europeos de la Universidad Francisco de Vitoria, 2010.

GRANT, Charles (2009): «Una voz única para la UE», en *Estudios de Política Exterior*, núm. 130, julio-agosto de 2009.

GRASSO, Daniele (2015): «¿Qué hace Europa ante las tragedias de la inmigración? De Mare Nostrum a Tritón», en *El Confidencial*, 21 de abril de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1QH9YyD>.

GREVI, Giovanni (2015): «European integration starts abroad», en *FRIDE blog*, commentary núm. 24, julio 2015.

JEFATURA DEL ESTADO (2010): *Boletín Oficial del Estado*, núm. 130, Sec. I, págs. 46324-46335, Madrid, 28 de mayo de 2010, ISSN: 0212-033X. Disponible en: <http://bit.ly/1NPH69Q>.

JIMENA QUESADA, Luis (2009): «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos», en *Cuadernos Europeos de Deusto- El Tratado de Lisboa (II)*, núm. 40, págs. 63-84, Bilbao, 2009, ISSN: 1130-835.

JØRGENSEN, Knud Erik (2011): «The EEAS and the challenges of multilateral diplomacy», en *Cuadernos Europeos de Deusto - El Servicio Europeo de Acción Exterior*, núm. 44, 2011, págs. 93-110, ISSN: 1130-8354.

KAUSCH, Kristina (2012): «El apoyo a los procesos de transición en el mundo árabe», en KEOHANE, Daniel y GREVI, Giovanni (eds.): *Desafíos para la política exterior europea en 2013. Renovar el papel de la UE en el mundo*, FRIDE, págs. 57-64, Madrid, Artes Gráficas Vilena, 2012, ISBN: 978-84-616-2420-1 (Internet).

KEOHANE, Daniel (2012): «Por qué la UE necesita la opción militar», en KEOHANE, Daniel y GREVI, Giovanni (eds.): *Desafíos para la política exterior europea en 2013. Renovar el papel de la UE en el mundo*, FRIDE, págs. 39-55, Madrid, Artes Gráficas Vilena, 2012, ISBN: 978-84-616-2420-1 (Internet).

KURKI, Milja (2012): *How the EU adopt a new type of democracy support*, FRIDE Working Paper, núm. 112, marzo 2012.

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE (2009a): *Être citoyen européen en 2009*, junio de 2009.

LA DOCUMENTATION FRANÇAISE (2009b): *Le Traité de Lisbonne: un nouveau cadre pour l'Union européenne*, diciembre de 2009.

LEONARD, Mark y KRASSTEV, Ivan (2011): «El fantasma de la Europa multipolar», en *Política Exterior*, núm. 139, enero-febrero 2011.

LERON, Nicolas y RICARD-NIHOUL, Gaëtane (2011): «Le traité de Lisbonne, un an après», *Notre Europe*, núm. 2, Fondation Jean-Jaurès, enero de 2011

LLAUDES, Salvador (2014a): «Elecciones al Parlamento Europeo: prima el eurodeconocimiento» (22/2014), en *Real Instituto Elcano*, 24 de marzo de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1ORNIUu>.

LLAUDES, Salvador (2014b): «Cierre de ciclo institucional: la Comisión de Juncker», comentario en *Real Instituto Elcano*, 28 de octubre de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1MpAFqP>.

LLAUDES, Salvador (2015): «Juncker, el #SOTEU y un año de mandato», en *Real Instituto Elcano*, 11 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1JrBjPS>.

LLAUDES, Salvador y RODRIGO, Vicente (2015): «Europeísmo sí, pero crítico», en *Real Instituto Elcano*, Opinión, 26 de enero de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1j9aHOE>.

MALVESÍ, Lara (2014): «Marine Le Pen: ‘Para mi la Unión Europea es como la Unión Soviética’» [vídeo de la entrevista], en *Euroefe*, 14 de marzo de 2014. Disponible en:

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. (2014): *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Tecnos.

MARTÍNEZ DE RITUERTO, Ricardo (2009): «Dos desconocidos dirigirán la nueva UE», en *El País*, Bruselas, 20 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://bit.ly/1KGdLsu>.

MEDIA AND PUBLIC INFORMATION OFFICE OF THE COUNCIL OF THE EU (2015): *European Union Naval Force - Mediterranean*, septiembre de 2015.

MELLADO PRADO, Pilar (2010): «La reforma institucional en el Tratado de Lisboa: ‘Cambiar algo para que nada cambie’», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 18, 1er semestre de 2010.

MISSÉ, Andreu (2009): «Nombres débiles para grandes retos», en *El País*, Bruselas, 20 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://bit.ly/1KTSv61>.

MOLINA, Ignacio y VILLUP, Elina (2014): «La elección de Juncker, entre la historia y la histeria», en *Real Instituto Elcano*, 23 de julio de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1jarXmK>.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J. (2004): «El principio de Democracia Participativa en el Proyecto de Tratado de Constitución Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 30, págs. 141-162, Bilbao, 2004, ISSN: 1130-8354

ORDAZ, Pablo (2015): «700 inmigrantes desaparecidos tras hundirse su barco en aguas libias», en *El País*, Roma, 19 de abril de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1HIHdoQ>.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2009): «Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea», en *Cuadernos Europeos de Deusto - El Tratado de Lisboa (II)*, núm. 40, págs. 109-148, Bilbao, 2009, ISSN: 1130-835.

OREJA, Marcelino (2015): «La Política Común de Seguridad y Defensa», en IEEE y FUNDACIÓN GENERAL DE LA UCM (orgs.): *La política Común de Seguridad y Defensa. Un impulso necesario*, Curso de Verano en San Lorenzo del Escorial, Madrid, 29 de junio - 3 de julio de 2015.

OTERO IGLESIAS, Miguel (2015): «El techo del euroescepticismo y las alas del nacionalismo», en *Real Instituto Elcano*, 4 de mayo de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1KzjWxA>.

PALACIO, Ana (2015): «Un llamamiento estratégico a la Unión Europea», en *Project Syndicate*, 9 de julio de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1UHOU1r>.

PARLAMENTO EUROPEO (2012): *Resolución del Parlamento Europeo sobre las elecciones al Parlamento Europeo en 2014 (2012/2829(RSP))*, Estrasburgo, 22 de noviembre de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/1MHaMWu>.

PARLAMENTO EUROPEO (2015a): «El respeto de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en *Fichas Técnicas de la Unión Europea*, junio de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1Qt2KOJ>.

PARLAMENTO EUROPEO (2015b): «El Tratado de Niza y la Convención sobre el futuro de Europa», en *Fichas Técnicas de la Unión Europea*, junio de 2015, disponible en <http://bit.ly/1M5aLsa>.

PARLAMENTO EUROPEO (2015c): *PE oficializa la formación del grupo Europa de las Naciones y las Libertades* [Comunicado de prensa], 24 de junio de 2015. Disponible en: <http://bit.ly/1KDOU8D>.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2013): «Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre la iniciativa ciudadana», última modificación del 18 de septiembre de 2013, en *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO L 65 de 11.3.2011), Luxemburgo, 8 de octubre de 2013.

PÉREZ BERNÁRDEZ, Carmela (2011): «Respuestas del sistema diplomático ante el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE): el caso de la Unión Europea en la Asamblea General de las Naciones Unidas», en *Cuadernos Europeos de Deusto - El Servicio Europeo de Acción Exterior*, núm. 44, 2011, págs. 111-146, ISSN: 1130-8354.

PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz (2010): «De la democracia representativa a la democracia participativa: aportaciones del Tratado de Lisboa», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 18, págs. 13-27, 1er semestre de 2010.

SANAHUJA, José Antonio (2012): «Las cuatro crisis de la Unión Europea», en MESA, Manuela (coord.): *Cambio de ciclo: crisis, resistencias y respuestas globales. Anuario 2012-2013*, CEIPAZ - Fundación Cultura de la Paz, mayo de 2012, págs. 51-84.

SANZ CABALLERO, Susana (2011): «Los particulares como titulares de derechos y como actores legislativos; balance del Consejo de la UE (enero-junio 2010)», en SOBRINO HERDIA, José Manuel (dir.): *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española. Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática - Asociación Española de Profesores de Derechos Internacional y Relaciones Internacionales*, págs. 111-138, Madrid, Colección Escuela Diplomática núm. 17, 2011, ISSN: 1576-2432.

SECRETARÍA DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2007): *Mandato de la Conferencia Intergubernamental de 2007* (11218/07 Anexo), Bruselas, 26 de junio de 2007.

SPECK, Ulrich (2011): *Pacifismo desatado: Por qué Alemania limita el poder duro de la UE*, Policy Brief de Frida, núm. 56, mayo de 2011, ISSN: 1989-2667.

SUANZES, Pablo R. (2015): «La Unión Europea aprueba el reparto de 120.000 refugiados», en *El Mundo*, Bruselas, 22 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://mun.do/1Qw92Nz>.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2014a): *An internet search engine operator is responsible for the processing that it carries out of personal data which appear on web pages published by third parties* [Comunicado de prensa n.º 70/14], Dictamen C-131/12, Luxemburgo, 13 de mayo de 2014.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (2014b): *El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales e identifica problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión* [Comunicado de prensa n.º 180/14], Dictamen 2/13, Luxemburgo, 18 de diciembre de 2014.

UNIÓN EUROPEA: «Declaración de Robert Schuman, 9 de mayo de 1950», en *Funcionamiento de la UE*. Disponible en: <http://bit.ly/RnG3Ty>.

UNIÓN EUROPEA (2004): «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, en *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO C 310), 16 de diciembre de 2004.

UNIÓN EUROPEA (2012): «Tratado de la Unión Europea», firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, última modificación en 2011, en *Tratados Consolidados*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Edición digital.

VAN ROMPUY, Herman: *Europe in the Storm. Promise and prejudice*, 2014, Lovaina, Davidsfonds Uitgeverij.

VERHOFSTADT, Guy: *Los Estados Unidos de Europa: Manifiesto por una nueva Europa*, 2006, Santiago de Compostela, Universidades, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico.

«Catherine Ashton, plus économiste que diplomate», en *Le Monde*, 19 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://bit.ly/1OV54Qb>.

«Migrant crisis: Slovakia ‘will only accept Christians’», en *BBC*, 19 de agosto de 2015. Disponible en: <http://bbc.in/1NFiahQ>.

«Why did Lady Ashton take the EU’s foreign policy job?», en *Charlemagne European politics* [blog de *The Economist*], 26 de enero de 2010. Disponible en: <http://econ.st/1KyOpyK>.

«Women Commissioners call for ‘10 or more’ in EU top Jobs», en *EUbusiness*, 11 de julio de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1NPFQU6>.

Programa de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea. 1 de enero a 30 de junio de 2010, Madrid, 2009, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Secretaría de Estado para la Unión Europea (ed.), ISBN: 978-84-340-1898-3.

ESCUELA DIPLOMÁTICA

**LA ADECUACIÓN
DEL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS REFUGIADOS
A LOS NUEVOS DESPLAZAMIENTOS FORZOSOS:
LAS REFUGIADAS POR MOTIVOS DE GÉNERO
Y LOS REFUGIADOS CLIMÁTICOS**

MARÍA HERNÁNDEZ SANTOS

*A Said, Ale y Teté,
por enseñarme más fuera que dentro.*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación realiza un análisis de la actual regulación del Estatuto del Refugiado, principalmente la Convención del Estatuto del Refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967, desde la definición conceptual de refugiado hasta el marco jurídico de protección para concretar quiénes están protegidos por esta regulación y por qué razones. Posteriormente, y atendiendo a las nuevas realidades en materia de desplazamientos forzosos, se analiza la problemática de las Refugiadas por Motivos de Género y de los Refugiados Climáticos, su determinación doctrinal y la pertinencia del Derecho Internacional de los Refugiados actual a la hora de proteger a estos nuevos colectivos. En su calidad de trabajo de investigación y a través de una exhaustiva investigación documental, estadística y jurídica, se presenta una realidad no solo regulada por el Derecho Internacional, sino analizada por la doctrina a fondo. La actualidad del debate sobre la protección internacional de los “nuevos refugiados” dota al contenido de pertinencia y relevancia. Sin una solución concreta por parte de la Comunidad Internacional, además de la negativa a ampliar la definición de refugiado y la escasa intencionalidad de los Estados por conceder el Estatuto del Refugiado, es necesario abordar urgentemente la problemática desde cero, creando una regulación internacional diferente a la actual.

ABSTRACT

This study carries out an analysis of a present legal regulation of the status of refugees, mainly the Convention Relating to the Status of Refugees of 1951 and its Protocol of 1967, beginning with the conceptual definition of refugee and concluding with the legal framework of protection, specifying who can be protected by this regulation and for what reasons. Subsequently, having in mind recent facts related with forced displacements, it also analyses the issue of gender based refugees, as well as of climate refugees, their doctrinal assessment and relevance to the present International Refugee Law when it comes to protecting these new groups. In terms of this study followed by a full documental, statistical and legal investigation, a reality not only governed by the International Law but also thoroughly analyzed by the doctrine is reflected. The topicality of the debate on the international protection of “the new refugees” gives more relevance and pertinence to the subject. Without a definite solution of the International Community, a refusal to extend the definition of refugee and a lack of will of the states to grant the status of refugee, it is necessary to deal urgently with the problem from scratch, establishing an international refugee regulation different from the current one.

INTRODUCCIÓN

El mundo tiene diversas lacras. Las guerras, la hambruna, el racismo, el nacionalismo... Todos estos problemas conviven en todas las sociedades, de Oriente a Occidente, así como las consecuencias que estas tienen en las poblaciones. Son inherentes al ser humano, cuya condición de “animal dotado de razón” no impide que la parte animal domine sobre la parte racional. Y las consecuencias de estos problemas son muertes, pobreza y miseria, de la cual, quién puede, huye. Estas personas que huyen, que quieren protegerse, que quieren sobrevivir también son “animales dotados de razón”. Y sí, la parte animal también impera aquí, pero en forma de instinto de supervivencia. Los refugiados dejan su hogar, su tierra, su entorno social y cultural en busca de protección por un temor fundado de persecución.

Hoy en día, la cuestión de los refugiados está de más actualidad que nunca. El sangrante conflicto en la República Islámica de Siria ha provocado el desplazamiento de más de cuatro millones de personas fuera del país¹, que en busca de supervivencia y huyendo de la guerra y la violencia, llegan a Europa. La desesperación puede verse en sus caras. Y, sin embargo, es mejor arriesgar la vida llegando a las puertas de la idealizada Unión Europea que permanecer en la vorágine mortal de una guerra civil. Siria no es el único caso pero es el más conocido por la proximidad y por la visibilidad que tiene actualmente en los medios de comunicación.

El marco jurídico de protección de los refugiados que huyen de la violencia se encuentra regulado en el Derecho Internacional de los Refugiados. Independientemente de la facilidad para conseguir el estatuto de refugiado, la normativa existe y la protección, más o menos efectiva, también. Con más de 60 años de

¹ ACNUR (2015), “Declaraciones del Alto Comisionado de ACNUR, Antonio Gutiérrez” en *Tercera Conferencia Humanitaria Internacional de Donantes para Siria*. Kuwait, 31 de marzo de 2015 (en línea: <http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/2080-tercera-conferencia-humanitaria-internacional-de-donantes-para-siria>).

trayectoria, la Convención del Estatuto del Refugiado de 1951 ha sido la piedra angular de la regulación de los desplazados transfronterizos.

Sin embargo, las cosas cambian y el mundo y sus problemas evolucionan. Nuevas causas de desplazamiento están surgiendo. El temor fundado ya no es solo de persecución por pertenencia a un grupo social determinado, por raza, por religión, por nacionalidad o por ideas políticas. Ahora, las mujeres son perseguidas por el hecho de ser mujeres, sometidas a violencia sistemática por su rol social como mujer. Ahora, las catástrofes naturales o la degradación ambiental a manos del ser humano dejan sin posibilidad de subsistencia a los habitantes de un determinado lugar. Abandonar el hogar para sobrevivir es, al fin y al cabo, la nota característica de todas estas personas.

Las nuevas situaciones requieren ser enfrentadas desde la Comunidad Internacional en busca de soluciones, pero también para encontrar cómo paliar las consecuencias. En algunas ocasiones, la legislación vigente puede servir para proteger a nuevas víctimas no contempladas en el origen pero que se ajustan a las exigencias de la regulación. Sin embargo, en muchas circunstancias, la normativa existente no es útil para regular la protección de las nuevas víctimas porque su existencia no se había contemplado cuando se redactaron. El resultado siempre es perjudicial para aquellos que se salen de los esquemas y quedan desprotegidos, que siempre han sido para mí los que más atención merecen.

El interés personal por este tema viene de lejos. Mientras cursaba mis estudios de Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, el Derecho Internacional Público se convirtió en mi pasión. Concretamente el Derecho Humanitario y su regulación, así como la labor de la Organizaciones Internacionales y su efectividad a la hora de proteger a las personas en riesgo. Entiendo que las herramientas actuales de Derecho Internacional deben ser pulidas para conseguir del mundo un lugar mejor y tengo confianza en la Comunidad Internacional para conseguirlo. Con los nuevos Objetivos de Desarrollo del Milenio y una dosis de voluntad por parte de todos los seres humanos, este régimen jurídico es para mí el idóneo en la búsqueda de soluciones. Los refugiados, de entre todos los colectivos vulnerables del mundo, son personas que buscan vivir un día más. Es por ello que su estudio y la mejora de su condición siempre me han parecido primordiales dentro del complejo mundo en el que vivimos. Son la consecuencia visible de los conflictos y la violencia, intentado sobrevivir como civiles que son a conflictos en los que no tienen nada que ver.

Presento en este trabajo el actual marco de protección de los refugiados recogido en los instrumentos de Derecho Internacional para, posteriormente, desarrollar dos de las nuevas problemáticas en materia de desplazamiento forzoso: las refugiadas por motivos de género y los refugiados ambientales. Si bien son dos cuestiones algo dispares, confluyen en la razón de la huida, al temer por su

vida si permanecen en su lugar de origen. Estas dos situaciones son un asunto central en los debates doctrinales, pues su regulación específica no existe. Esta “laguna” en el Derecho Internacional se suple, en ocasiones, por el Derecho Estatal de algunos países, pero esto no es suficiente.

La hipótesis principal de este trabajo, por tanto, es la siguiente: el marco jurídico de protección del Derecho Internacional de los Refugiados es suficiente para asumir la protección de los nuevos tipos de desplazados, como las refugiadas por motivos de género y los refugiados climáticos.

A lo largo de estas páginas intentaré desvelar si la hipótesis es cierta o si, de no ser así, existe alguna solución en Derecho Internacional que proteja a estos dos grupos de desplazados. En la primera parte, presentaré la regulación actual del estatuto del refugiado. En la segunda parte, trataré la cuestión de las refugiadas por motivos de género para culminar, en la tercera parte, con los refugiados climáticos. Será en las conclusiones donde determine si la hipótesis se cumple o no. En caso de no ser posible, presentaré algunas soluciones que puedan ser pertinentes.

Presento esta investigación como culminación de meses de búsqueda, lectura, síntesis y comprensión de una problemática latente que, lejos de ser resuelta, involucra a millones de personas con perspectiva de agravarse. Los refugiados son seres humanos en condiciones de temor por su vida y el Derecho Internacional debe responder por ellos si fallan los sistemas nacionales de protección. Antes de empezar este trabajo tenía claro esto. Al terminarlo, he descubierto que no hay más opción.

PARTE I

EL ESTATUTO DEL REFUGIADO

1. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

1.1 Antecedentes y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Las primeras manifestaciones de protección de refugiados no llegaron por parte de la Comunidad Internacional, pues no existía como tal. Será en las Primeras Guerras Balcánicas (1912) y en la Revolución y Contrarrevolución rusa (1917) donde la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja realizó los primeros actos que pueden considerarse de protección².

Tras la Primera Guerra Mundial, de consecuencias nefastas en el continente europeo, el problema de las movilizaciones de personas fuera de sus países con motivo del conflicto comienza a tener peso. En 1919 se crea la Sociedad de Naciones como primer intento de formar una Organización Internacional que evitase que se diesen de nuevo las circunstancias que desencadenaron la Gran Guerra. Si bien fracasa en ese objetivo, la creación de esta Organización Internacional está en el surgimiento de algunas de las figuras más importantes del Derecho Internacional de hoy en día, como la efectiva protección de los refugiados. En 1921, tras una conferencia sobre refugiados en la que participaron organizaciones humanitarias como la Cruz Roja, se nombra el primer Alto Comisionado para los Refugiados cuya tarea debía centrarse en los refugiados rusos³. La Sociedad de Naciones encomienda la tarea al Dr. Fridtjof Nansen, noruego, que vería como su mandato se ampliaría según iban surgiendo los conflictos (armenios,

² SALINAS MENDOZA, A. (2005), *Refugiados kurdos en Alemania: Problema de integración y adaptación a la cultura y sociedad de la República Federal Alemana*. Puebla, Departamento de Relaciones Internacionales e Historia, Escuela de Ciencias Sociales, Universidad de las Américas Puebla.

³ FELLER, E. (2001), "Cincuenta años de protección internacional de los refugiados - Los desafíos de la protección ayer, hoy y mañana.", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº843, vol. 83.

asirios, caldeo-asirios y turcos). Debido a la magnitud de los desplazamientos y, sobre todo, a que el problema de los refugiados va *in crescendo*, se decide crear una oficina autónoma a la que llama Oficina Internacional Nansen para los Refugiados⁴, la cual comienza a realizar sus funciones en 1931, ganado el Premio Nobel de la Paz en 1938.

Debido al ascenso del nacionalsocialismo en Alemania, un nuevo problema tuvo lugar: la movilización de una gran cantidad de refugiados perseguidos por el régimen de Adolf Hitler. Alemania, miembro de la Sociedad de Naciones, se oponía a que la Oficina Nansen operase en su territorio por considerarlo una injerencia en asuntos internos del país⁵. En 1933, la Sociedad de Naciones creó *ad hoc* el Alto Comisionado para los Refugiados en Alemania⁶. Con sede en Londres, esta Organización era independiente de la propia Sociedad pero cooperaban juntas. A su cabeza se encontraba James McDonald, estadounidense que, en 1935, renunció al considerar el problema demasiado grande. Será sucedido por Sir Neil Malcolm, que se ocupará tanto de los refugiados alemanes como de los austriacos. Al inicio de la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones había decidido agrupar en un mismo Alto Comisionado, con sede en Londres, todas las Oficinas. Mientras, el presidente estadounidense F. Roosevelt organizó en Evian la reunión de más de una treintena de Estados, con la finalidad de garantizar que quién deseara emigrar fuera de los territorios ocupados por Alemania pudiese. De esta reunión surge el Comité Intergubernamental para los Refugiados, que cuenta con la participación de treinta y un Estados y cuya Secretaría se establecerá en Londres⁷.

Durante el conflicto, el Alto Comisionado no pudo trabajar en territorio alemán, por lo que se vio reducida notablemente su actividad, finalizando su mandato a la par que la Sociedad de Naciones, el 31 de diciembre de 1940. El Comité, sin embargo, amplió su mandato a toda persona que tuviese que salir de su país por estar en peligro y continuó realizando sus funciones hasta julio de 1947⁸.

Tras la creación de las Naciones Unidas en 1945, cambia totalmente la protección de los derechos humanos en general y, además, la de los refugiados en

⁴ BRITANNICA'S EDITORIAL STAFF (2015), "Nansen International Office for Refugees", en Encyclopaedia Britannica (en línea: <http://global.britannica.com/topic/Nansen-International-Office-for-Refugees>).

⁵ GESULFO, A. (2015), "La Comunidad Internacional se hace cargo del problema" en la página oficial de ACNUR (en línea <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/historia-del-acnur/la-comunidad-internacional-se-hace-cargo-del-problema/>)

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ BRITANNICA'S EDITORIAL STAFF (2015), "Intergovernmental Committee of Refugees (IGCR or ICR) en Encyclopaedia Britannica (en línea: <http://global.britannica.com/topic/Intergovernmental-Committee-on-Refugees>).

⁹ ONU, Carta de las Naciones Unidas, Conferencia de San Francisco 1945. (en línea: <http://www.un.org/es/documents/charter/preamble.shtml>)

particular. Debido al nuevo entorno internacional tras la Segunda Guerra Mundial, el problema de los refugiados debía ser abordado de otra manera. Por eso, el Consejo General de las Naciones Unidas creó en 1947 una agencia no permanente, encargada de la cuestión concreta¹⁰. La Organización Internacional para los Refugiados (OIR) debía terminar con el problema rápidamente, de la manera más efectiva posible, puesto que se consideraba una cuestión temporal. Por ello, el mandato se estableció por tres años. No sólo la magnitud del problema imposibilitó que la OIR cumpliera sus objetivos, sino que las tensiones existentes entre los Estados Unidos y la Unión Soviética acabaron por detonar y, a finales de los años cuarenta, Guerra Fría se transforma en un conflicto de grandes magnitudes. La nueva situación cambia las tornas y el problema de los refugiados deja de concebirse como un fenómeno temporal de la posguerra.

En diciembre de 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas, consciente de la necesidad de crear un nuevo órgano para los refugiados, decidió crear la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) por 36 votos a favor y 11 abstenciones, con un mandato temporal de 3 años, que comienza el 1 de enero de 1951. En diciembre de 1950, un año después de la decisión de su creación, la Asamblea aprueba el Estatuto del ACNUR donde recoge tanto el carácter apolítico del Alto Comisionado, como las funciones que ha de cumplir: por un lado, ha de proporcionar protección internacional a los refugiados y por el otro buscar soluciones permanentes para el problema. Limitado por un Estatuto que fue redactado en plena Guerra Fría y con los choques entre potencias, contaba con otro problema funcional: un reducido presupuesto y una financiación de carácter voluntario por parte de los Estados. Así, el 1 de enero de 1951 el ACNUR abre sus puertas en Ginebra, siendo el holandés Gerrit Jan van Heuven Goedhart el primer Alto Comisario de la Oficina¹¹.

El 28 de julio de 1951 se adopta la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto del Refugiado, a raíz de la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, celebrada en Ginebra del día 2 al 25 de julio de 1951¹². La firma de dicha convención se abrió el 28 de julio y entró en vigor el 22 de abril de 1954. Este instrumento normativo de carácter internacional se limitó, en un principio, a refugiados europeos víctimas de la Segunda Guerra Mundial. Esta limitación geográfica desapareció una vez se aprobó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967¹³, unificando resoluciones

¹⁰ GESULFO, A. *Op.cit.*, p.5

¹¹ ACNUR (2000), "La Situación de los Refugiados en el Mundo. Cincuenta años de acción humanitaria." (en línea: <http://www.acnur.org/publicaciones-SRM/#lcap1>)

¹² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 1951 (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0005>).

¹³ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 1967 (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0003>).

dispersas. Desde que existen ambos instrumentos hasta la actualidad, el número de Estados signatarios de uno o ambos ha ascendido hasta 148¹⁴.

El Alto Comisionado no ha cesado de trabajar desde su creación, ya que el problema no ha dejado de agravarse. Si bien los conflictos no tienen la misma magnitud, ha aumentado mucho la cantidad de ellos, extendiendo así sus consecuencias negativas a un número mayor de población. Allí donde surge un conflicto, surgen desplazados que, o bien se mueven dentro del territorio de su país sin atravesar la frontera (desplazados internos) o bien buscan protección fuera del territorio de su país (refugiados). En un primer momento, el ACNUR no se responsabilizaba de los desplazados internos, pero la problemática actual ha llevado a que sean también personas de su interés¹⁵.

Actualmente, con un incremento muy importante en el año 2014 debido al conflicto sirio, hay 59,5 millones de desplazados forzosos en todo el mundo, de los cuales 19,5 millones son refugiados, 38,2 desplazados internos y 1,8 solicitantes de asilo. Bajo el mandato del ACNUR, es decir, bajo su protección, hay 19,5 millones de personas¹⁶. Acudiendo a la situación mundial actual, los países de origen del mayor número de refugiados son la República Árabe de Siria (3,88 millones), Afganistán (2,59 millones) y Somalia (1,11 millones), aportando en conjunto un 53% del total de los refugiados¹⁷.

A los instrumentos normativos anteriormente mencionados, se han sumado una serie de directrices establecidas por el Alto Comisionado que no tienen carácter legal y no son obligatorias. Son guías interpretativas para los gobiernos, juristas, encargados de la toma de decisiones en materia de solicitud del estatuto de refugiado, jueces y personal del ACNUR. Así, evitando la creación de normas que pueden llegar a no cumplirse, y para no interceder en la soberanía estatal, se redactan una serie de recomendaciones de interpretación para intentar unificar del mejor modo posible la aplicación de la Convención de 1951 y del Protocolo¹⁸.

La finalidad del ACNUR es, principalmente, establecer soluciones duraderas al problema del desplazamiento. No es el único tipo de funciones que realiza, ya que también da asistencia y protección durante todo el ciclo del desplazamiento. Sin embargo, estas soluciones duraderas serán las que permitan a las personas reanudar una vida normal en un entorno seguro. Hay tres tipos de soluciones

¹⁴ ACNUR, (2015), States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol. ACNUR. (en línea: <http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html>).

¹⁵ ACNUR. *Op. cit.*, nota 11, p.10

¹⁶ De estos 19,5 millones de personas, 14,4 están explícitamente bajo un mandato del ACNUR, mientras que los 5,5 millones restantes están registrados por la UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*).

¹⁷ ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado 2014*. ACNUR. 2015 (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072>)

¹⁸ ACNUR. (2009), *La protección de los Refugiados y el Papel del ACNUR*. ACNUR. (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/7029>).

duraderas: la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento¹⁹. Las tres se diferencian, principalmente, en el lugar donde el refugiado se asienta definitivamente, al final del ciclo. En la repatriación voluntaria tiene lugar el regreso al país de origen en condiciones de seguridad y dignidad. Si es el país de asilo el que ofrece la residencia al refugiado, estaremos ante una integración local. Por último, los refugiados que son transferidos del país de asilo a un tercer Estado dispuesto a admitirlos de forma permanente se acogen al reasentamiento.

2. EL MARCO NORMATIVO Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

La protección del refugiado tiene lugar desde un doble ámbito: el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados. El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es el fundamento jurídico de esta conexión. Además, los derechos humanos funcionan como base para el trato de los refugiados cuando llegan a un país de acogida²⁰.

2.1 Derecho Internacional de los Derechos Humanos

De manera complementaria, el sistema normativo internacional de protección de los derechos humanos se relaciona íntimamente con el derecho de protección de los refugiados. Si bien diferentes, los principios del derecho de los derechos humanos se aplican continuamente a la protección de los refugiados. El concepto de dignidad humana sobre el que gravita toda normativa en materia de derechos humanos es también centro de la protección de los refugiados, ya que los derechos humanos son de aplicación a todas las personas, incluidos los refugiados.

2.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

Las Naciones Unidas tenían que responder a la necesidad de una efectiva proclamación de los derechos humanos. En 1948, nada más terminar la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General redactó este documento que, si bien en un principio solo recogía intenciones políticas, en la actualidad tiene una enorme trascendencia. No se trata de un tratado de obligado cumplimiento, pero es una compilación de los derechos de los que puede disfrutar un individuo. Estos, con el paso del tiempo, han sido recogidos en tratados vinculantes o han pasado a formar parte del derecho consuetudinario.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. (2005), “La Internacionalización de los Derechos Humanos y los Mecanismos de Protección de los Refugiados” en CAMPS MIRABET, N. (coord.), *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes*. Lleida, Universidad de Lleida, p.15-58.

Atendiendo concretamente al caso de los refugiados, en la Declaración se establece en el artículo 14 (1), el derecho de que “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*”²¹. Es lógico afirmar que esta Declaración y los derechos recogidos en ella y, concretamente, este artículo 14, son aplicables en la protección de los refugiados durante todo el ciclo del desplazamiento. Es importante destacar que esto es así por el hecho de ser seres humanos, no por su condición de refugiados o desplazados forzosos.

2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Otros instrumentos relevantes.

En 1966, y tras la firma de ambos Pactos, los Estados se comprometieron jurídicamente a promover y proteger los derechos humanos. Así, dotaban de una mayor entidad a los derechos y libertades fundamentales, con un desarrollo más completo y marcando las diferencias entre unos y otros. Sin embargo, estos Pactos no entraron en vigor hasta 1976.

Ambos instrumentos, junto con sus dos Protocolos facultativos y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 forman lo conocido como Carta Internacional de los Derechos Humanos²². Dentro de estos textos se establecen una serie de derechos que deben ser protegidos en todo momento y en toda circunstancia. Se encuentran en el artículo 4 (2) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y se les denomina derechos inderogables²³, tales como el derecho a la vida o a la libertad.

Además, las Naciones Unidas han adoptado una serie de convenciones más especializadas para proteger con concreción a determinados colectivos de personas más vulnerables como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989.

2.2 Derecho Internacional de los Refugiados

Sólo existen dos tratados universales para regular la materia y la protección internacional de los refugiados: la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967. No son los únicos instrumentos, pero si son los únicos con carácter normativo.

²¹ BRITANNICA'S EDITORIAL STAFF., *Op. cit.*, nota 8.

²² ONU, Carta Internacional de Derechos Humanos, en la ONU y los Derechos Humanos (en línea: <http://www.un.org/es/rights/overview/charter-hr.shtml>)

²³ DEPARTAMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ACNUR (2005), “Introducción a la Protección Internacional. Protección de las personas competencia del ACNUR” (en línea: http://www.acnur.es/PDF/3665_20120515171932.pdf)

2.2.1 La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

El 28 de julio de 1951, en Ginebra, delegaciones de diversos países adoptaron la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados para encontrar una solución al problema que venía siendo un quebradero de cabeza de las Naciones Unidas desde el su creación. En un primer momento, este tratado estaba limitado geográfica y temporalmente a hechos ocurridos en Europa y anteriores al 1 de enero de 1951. Sin embargo, estas limitaciones fueron eliminadas en el Protocolo de 1967, ya que fueron el resultado de una concepción bastante limitada por parte de los Estados que redactaron el documento.

Como piedra angular del derecho Internacional de los refugiados, en ella se recogen por primera vez cuestiones básicas y muy importantes: la definición general de refugiado y el principio de *non-refoulement* (principio de no devolución). La definición de refugiado que encontramos en la Convención en su artículo 1 (A) es una definición cerrada, cuyos criterios de determinación están tasados, aunque admite una ligera flexibilidad en la aplicación. El principio de no devolución, recogido en el artículo 33, se convertirá en norma universal de derecho imperativo, es decir, en una obligación para todos los Estados.

2.2.2 El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

Debido a los cambios que acontecían continuamente en el paradigma de los refugiados, las Naciones Unidas vieron necesario eliminar las limitaciones geográficas y temporales que habían impuesto en la Convención. Los refugiados seguían surgiendo y no solo en Europa, por lo que la Convención no alcanzaba a proteger efectivamente a los todos. Lo que ocurrió fue que se dio la posibilidad a los Estados de adherirse a uno u otro de los instrumentos o ambos ya que, curiosamente, se trata de un Protocolo independiente de la Convención. No hace falta firmar la Convención para firmar el Protocolo.

2.2.3 Tratados regionales

Si bien es cierto que la Convención y el Protocolo son los únicos tratados de aplicación universal en materia de refugiados, no son suficientes para cubrir la necesidad de regulación de la protección internacional. Por ello es necesario apoyar estos instrumentos normativos con convenios de marco regional²⁴.

La Convención de la OUA (Organización de la Unidad Africana) por la que se regulan los problemas específicos de los Refugiados en África de 1969²⁵ fue

²⁴ CABRINI, L. (2003), "Protección Internacional de los Refugiados" en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, cap. XVIII.

²⁵ UNIÓN AFRICANA, *Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África*, 10 de septiembre de 1969, (en línea: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac934b2>).

el primer instrumento de carácter regional en abordar la cuestión. Redactada por los países miembros de la OUA, se trata de un complemento de la Convención de 1951, ampliando la definición de refugiado y estableciendo normas específicas.

Otro de los instrumentos regionales en esta materia, que también establece normativa específica y concreciones a la Convención del 51 en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, adoptada por el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, que se celebró en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984²⁶.

En el caso de la Unión Europea, y con la intención de crear un Sistema de Asilo Común Europeo²⁷, se han aprobado una serie de directivas²⁸ para establecer unos criterios comunes de determinación del Estatuto del Refugiado, así como otra serie de normas mínimas que deben ser trasladadas a los ordenamientos nacionales.

2.2.4 Instrumentos no vinculantes o “soft law”

Como ya mencioné, existen una serie de instrumentos que no tienen carácter vinculante pero que son de vital importancia para la aplicación de los tratados universales, como son las directrices del Comité ejecutivo del Alto Comisionado en diversas materias²⁹ o el Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado del ACNUR³⁰.

También se consideran dentro de este tipo de mecanismos las declaraciones políticas y compromisos que los estados parte tanto de la Convención como del Protocolo adoptan para reiterar su compromiso (Declaración de los Estados partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, firmada en 2001 coin-

²⁶ *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, Cartagena de Indias, 22 de noviembre de 1984 (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008>)

²⁷ COMISIÓN EUROPEA. (2014), *Un Sistema Europeo Común de Asilo*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (en línea: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf)

²⁸ Por ejemplo, la *Directiva sobre Procedimiento de Asilo* (Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado) y la nueva *Directiva de refundición* (Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional).

²⁹ Por ejemplo, las *Directrices de Protección Internacional sobre las Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (en línea: <http://www.refworld.org/pdfid/4be3cd7f2.pdf>)

³⁰ ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf?view=1>)

ciendo con el 50 aniversario del primer instrumento) o para establecer unos criterios comunes conforme a algún tema en concreto (Declaración de Asilo Territorial de 1967).

2.3 Protección Internacional

2.3.1 Concepto

Tras la Segunda Guerra Mundial, y gracias a la creación de las Naciones Unidas, el paradigma de los Derechos Humanos y de la protección internacional pegó un giro de 360 grados. Debido a los horribles acontecimientos que tuvieron lugar durante el transcurso de este conflicto, los Estados reconocieron la necesidad de proteger efectivamente a las personas, centrando sus esfuerzos en la creación de un sistema de protección que estableciese unos estándares mínimos. Esto no significa que hasta este momento no existiese protección internacional. Lo que no existía era un reconocimiento de la importancia de los derechos humanos y ni de su efectiva protección.

Existen normas de protección de los derechos humanos que son de obligado cumplimiento para todos los sujetos de derecho internacional. Estas normas, cuya *alma mater* es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, han de respetarse y hacerse respetar de manera universal, siendo normalmente los Estados los que deben garantizar este cumplimiento, este respeto. En el momento en que los Estados no pueden o no quieren realizarlo, comienzan a funcionar los mecanismos de protección internacional.

En el marco de los refugiados, la protección internacional tiene una importancia máxima. Cuando un individuo requiere del Estado al que pertenece protección ante el miedo fundado de persecución y este Estado no puede o no quiere garantizar su seguridad, el individuo podrá hacer uso de los mecanismos establecidos en la Convención de Ginebra de 1951, la cual recoge los derechos humanos básicos de los refugiados, como el principio de *non-refoulement*.

2.3.2 Los responsables de la protección internacional del refugiado

Serán dos los responsables, tanto los Estados como el ACNUR³¹, que deberán asegurar que se brinda protección a todos y por igual.

En el caso de los Estados, cada uno de ellos es responsable de garantizar que los derechos de sus ciudadanos sean respetados. Hablamos en este caso de protección nacional, responsabilidad del Estado en relación a las personas que se encuentran en su territorio. En el momento en que esta protección falla, debido

³¹ DEPARTAMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ACNUR, *Op. cit.*, nota 23.

a la voluntad o a la capacidad de protección limitada del Estado, surge la protección internacional de la cual es principal responsable el país donde el individuo víctima de la vulneración de sus derechos busca asilo. Todos los Estados, sean o no parte de la Convención del 51, tienen el deber general de proteger³².

Debido a su mandato, el ACNUR es el único organismo responsable de la protección internacional de refugiados. Concretamente, son personal de la competencia del ACNUR: refugiados y solicitantes de asilo, repatriados, apátridas y, en ocasiones, desplazados internos. Como organización específicamente creada para la protección de los refugiados, tiene un mandato más amplio que las obligaciones asumidas por los Estados en la Convención del 51 o en el Protocolo de 1967.

3. CONCEPTO DE REFUGIADO: DEFINICIÓN Y APLICACIÓN

3.1 La definición de refugiado

La Convención de Ginebra de 1951 recoge la definición general de refugiado, la cual se completa con lo establecido en el Protocolo de 1967. Los Estados que suscriban el Convenio aplicarán la definición que este recoge y la aceptan en el momento en que firman su adhesión. También se atiende a la costumbre internacional y a las disposiciones que cada Estado establece concretamente.

La definición de refugiado se encuentra en el artículo 1 de la Convención de 1951, que fue modificado por el artículo 1.2 del Protocolo de 1967. Ésta es universalmente aceptada y constituye una norma convencional de carácter general, que todos los Estados de la sociedad internacional aceptan.

Artículo 1.— Definición del término “refugiado”

A. A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

(...)

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

³² *Ibid.*

El artículo, actualmente y debido a lo establecido en el artículo 1.2 del Protocolo de 1967 que elimina fases de la redacción original, no está limitado temporalmente a los acontecimientos “*ocurridos antes del 1.º de enero de 1951*”.

De este artículo y, por tanto, de la definición, podemos extraer los elementos fundamentales que delimitan con precisión quién es refugiado. Se trata de una persona que:

- Está fuera de su país de origen
- No puede o no quiere acogerse a la protección del Estado del que es nacional.
- Tiene fundados temores de persecución
- Persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas (Motivos de la Convención de 1951).

En la Convención de 1951 encontramos, por tanto, tres tipos de cláusulas. El primer tipo son las cláusulas de inclusión, a las que pertenece el artículo 1(A) citado. El segundo tipo son las cláusulas de exclusión y, por último, las de cesación.

Las cláusulas de exclusión se recogen en los artículos 1(D), 1(E) y 1(F) de la Convención y establecen las personas a las que no será aplicable. Concretamente, en los dos primeros apartados se trata de las personas que, o bien ya reciben protección por otra organización de las Naciones Unidas (por ejemplo los palestinos, que reciben la protección de la UNRWA³³), o bien no se considera que tengan la necesidad porque ya se les ha concedido la protección en otro país³⁴. En el artículo 1(F) se realiza una relación de personas que no merecen la protección las personas sobre las que existen motivos fundados de haber cometido o un delito un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad de los definidos en los instrumentos internacionales, o un grave delito común fuera del país de refugio antes de ser admitido en él como refugiado o que es culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

Por último, en el caso de las cláusulas de cesación contenidas en el artículo 1(C), la Convención deja de ser aplicable a las personas que pueden englobarse en el artículo 1(A) pero que voluntariamente aceptan la protección de su país o recobran la nacionalidad perdida, que adquieren nueva nacionalidad y la protección de otro país, que se restablecen voluntariamente en el país que abandonaron o que no pueden negarse a la protección de su país o de otro porque las circunstancias que determinaban su condición de refugiado han desaparecido.

³³ Al tratarse de una Agencia de Naciones Unidas cuyo mandato específico es facilitar ayuda a los refugiados palestinos, el ACNUR no puede duplicar la ayuda a los beneficiarios.

³⁴ En este caso, un país diferente al de origen ofrece ayuda al refugiado y, para no duplicar la concesión de ayuda a un beneficiario, el ACNUR no presta sus servicios.

3.2 Elementos fundamentales de la definición

La definición general de refugiado que recoge la Convención puede ser desglosada en elementos que sirven para determinar si una persona debe ser calificada como refugiado o no. Una vez observamos que no le son aplicables las cláusulas de exclusión, se ha de proceder al análisis de su situación personal, valorando sus circunstancias personales y los hechos relevantes. Debe encajar en todos y cada uno de los elementos de la definición siendo, en caso contrario, imposible su determinación como refugiado y la concesión del estatuto³⁵.

3.2.1 Fuera de su país de nacionalidad o de residencia habitual

En este caso, la persona que solicita el refugio debe probar mediante cualquier documento o hecho que se encuentra fuera del país del que es nacional, es decir, que ha atravesado una frontera. En caso contrario, estaríamos hablando de un desplazado interno, ya que la diferencia entre refugiado y desplazado interno es que, si bien ambos se desplazan de su lugar de residencia, los refugiados atraviesan una frontera internacional y los desplazados no.

Cuando son apátridas, no se trata del país de nacionalidad, pues no tienen una conocida, sino del país de residencia habitual, la cual debe ser probada. Si no es por defecto sino por exceso, es decir, las personas con doble nacionalidad, deberán probar que el temor fundado de persecución proviene de ambos países de los que es nacional. Hay que estar al caso concreto, pues no tiene por qué recibir una correcta protección del segundo país y por ellos le puede ser concedido el estatuto.

3.2.2 Protección del Estado del que es nacional o en el que tiene su residencia habitual

Para poder acogerse a la protección internacional que le da el ser refugiado, el solicitante no puede o no quiere, por un fundado temor, acogerse a la protección de su país de origen. Para determinar si este elemento tiene lugar, el responsable de la decisión de concesión del estatuto deberá analizar la situación del país de origen, la práctica respecto al tipo de caso concreto y si existe o no temor de persecución.

La persecución puede llevarse a cabo o bien por agentes estatales o por agentes no estatales³⁶. Los primeros son autoridades del país en el que tiene lugar la persecución, la cual puede ser llevada a cabo directamente por el aparato estatal (por ejemplo, por la policía) o por grupos o personas independientes que actúan bajo sus órdenes (milicias). Los agentes no estatales, sin embargo, son particu-

³⁵ DEPARTAMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ACNUR, *Op. cit.*, nota 23.

³⁶ ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*. Ginebra, diciembre de 2011, (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8983>)

lares que realizan actos de persecución, la cual será considerada como tal si las autoridades permiten la realización de esos actos o no pueden proteger al individuo de ellos.

3.2.3 Fundado temor

Determinante a la hora de conceder el estatus de refugiado, el fundado temor se considera el fundamento de la concesión³⁷. Formado por dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo, este elemento debe ser analizado en su totalidad.

El elemento subjetivo es el temor. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “pasión del ánimo, que hace huir o rehusar aquello que se considera dañoso, arriesgado o peligroso”³⁸. Es un estado de ánimo, un sentimiento que será interpretado atendiendo a razones personales o familiares del individuo.

Ese temor debe estar “bien fundado”. Este es el elemento objetivo. No vale con temer, sino que tiene que haber razones para sentir ese temor. La situación en la que se encuentra el país de origen o vivencias relatadas por miembros de la familia o del entorno pueden servir como prueba. Es importante que la información que provenga del país de origen sea fiable, pues se contrapone la credibilidad del individuo a la credibilidad de un Estado. El ACNUR establece que existe un “bien fundado temor” si existe una posibilidad razonable de que la persona solicitante sufriera un daño si regresa a su país de origen³⁹.

3.2.4 Persecución

La persona que solicita el refugio tiene que relacionar el bien fundado temor con la persecución. Es decir, es necesario que entre la persecución y el temor fundado exista un nexo causal⁴⁰. Persecución que ha de ser actual o futura, siendo necesario en el caso de ser antigua que exista un temor de que vuelva a ocurrir en el futuro. La persecución se materializa en el daño o vulneración de derechos de la persona que solicita protección. Sobre todo, se trata de vulneraciones de derechos humanos, los cuales se recogen en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, si bien es cierto que no solo serán derecho de tanta relevancia pudiendo considerarse persecución el daño a derechos de menos entidad.

³⁷ ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., *Op.cit.*, nota 20.

³⁸ Real Academia Española. (en línea: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=3i5yUK6JeDXX2JFV2T7Q>)

³⁹ ACNUR, *Op. cit.*, nota 36. P. 17.

⁴⁰ GALINDO VÉLEZ, F. (2001), “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado” en NAMIÑHAS, S. (coord.), *Derecho Internacional de los Refugiados*, Quito, Pontificia Universidad Católica de Perú.

Pero no todas las violaciones de derechos humanos pueden considerarse persecución. De igual manera, lo que según el ordenamiento de un país no es una vulneración de un derecho humano realmente si lo sea. El análisis a fondo del caso concreto, contando con datos del país de origen, de la situación del individuo y de los hechos que le acompañan nos ayudara a determinar si existe persecución. También, y teniendo en cuenta que la violación de un derecho “inderogable” siempre será considerada persecución, podemos afirmar o no si este elemento tiene lugar.

En el caso concreto de si la discriminación supone persecución, debemos atender al grado de discriminación. La mera discriminación no será entendida como persecución, aunque si lo será, por ejemplo, una serie de actos de esta índole, repetidos sistemáticamente. Dependerá mucho el elemento subjetivo, lo que afecte al sujeto solicitante esa discriminación que para unas personas puede no significar nada y para otras ser una vulneración de derechos.

Si la solicitud de refugio se basa en una persecución que deriva de un procedimiento penal legítimo abierto en el país de origen, no podrá serle concedido el estatuto del refugiado. De todas formas, y como ocurre con casi todos los elementos de la definición de refugiado, habrá que estar al caso concreto, pues ese proceso puede haber sido abierto precisamente por la existencia de una persecución previa o porque en ese país existe un proceso penal legítimo que pena el disfrute de derechos fundamentales, convirtiéndose así en una persecución⁴¹.

3.2.5 Motivos de la Convención de 1951

Es imprescindible que la persecución se base en alguno de los 5 motivos que establece la Convención de Ginebra de 1951. Estos motivos, recogidos en el artículo 1A (2), no tienen por qué ser el motivo predominante o el único motivo para la solicitud de refugio, sino que deben ser un factor relevante de la persecución. Son cinco, los cuales pueden llegar a solaparse en algunos casos como la religión y las opiniones políticas en Estados en los que significan la misma cosa. No es necesario que se determine el ánimo de persecución por parte del perseguidor, sino que existen razones para creer que la persecución tiene que ver con el motivo. Debido a la importancia que estos “motivos” tiene a la hora de determinar el estatuto, el ACNUR ha dedicado parte de sus Directrices y de su *Manual*⁴² a dar una definición y unas pautas de aplicación.

—RAZA

La interpretación que se debe dar de raza ha de ser en términos generales, englobando cualquier característica étnica distintiva. Normalmente son las mi-

⁴¹ ACNUR, *Op. cit.* nota 36.

⁴² *Ibid.*

norías las perseguidas por este motivo, pero no tiene porqué ser así siempre. El entorno social del que proviene el solicitante deberá ser analizado cuando la persecución sea por motivos de raza.

—RELIGIÓN

Referido no solo a las religiones oficiales y extendidas, sino también a cualquier sistema de creencias, de convicciones o valores referidos a dios o a la espiritualidad: tener o no una religión, llevar un modo de vida diferente a lo que una religión imponga o no tener una identidad religiosa pueden ser condiciones que encajan en este motivo. Como derecho inderogable y absoluto, siempre se tratará de persecución si la violación de derechos tiene su base en el derecho a tener o no una religión.

—NACIONALIDAD

No solo en el sentido de “ciudadanía” o de pertenencia legal a un país, sino que se extiende a personas diferenciables por su identidad étnica, religiosa, cultural o lingüística.

—PERTENENCIA A UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL

Desde la codificación de la definición internacional de refugiado, el motivo de grupo social determinado ha sido un mecanismo muy importante ya que responde a una necesidad de protección de aquellos que no pueden englobarse en otras categorías. Se concibe como la “categoría escoba”⁴³. Es un conjunto de gente que no entra en las demás categorías, el cual debe ser concebido como una herramienta flexible que se debe adaptar, ya que cada vez más, el temor fundado de persecución está basado en complicadas razones sociológicas.

Las características humanas para definir un grupo social determinado, según Guy S. Goodwin-Gill⁴⁴, conllevan la necesidad de factores comunes como el origen étnico, cultural o lingüístico o la educación, así como la consideración como grupo social por las autoridades y por otros grupos, siendo esto último de vital importancia.

Para ser considerada la persecución por el motivo de grupo social determinado, es necesario que exista un nexo, se exige simetría. Igual que para la persecución por ideas políticas es necesario que el perseguido y su propia concepción de su ideología política coincida con la percepción del perseguidor, la “exigencia de

⁴³ MUSALO,K; MOORE,J; BOSWELL,R. (2006), *Refugee Law and Policy: a comparative and international approach*, Carolina Academic Press.

⁴⁴ GOODWIN-GILL,G.S. (2007), *The Refugee in International Law*. Oxford, 3.^a ed.

simetría” aplicada al campo del grupo social impone la existencia de reciprocidad entre los factores interno (valores compartidos entre los miembros del grupo o intereses comunes) y los factores externos (ser considerados grupo por otros). Es decir, que ha de existir una concepción igual entre la auto-determinación del grupo social y la forma en la que el grupo es definido fuera.

Puede haber dos disociaciones, lo cual supone un problema a la hora de determinar el estatuto del refugiado atendiendo a este motivo. O bien el miembro del grupo lo concibe de forma diferente a como conciben el grupo desde fuera, o bien la pertenencia al grupo es imputada a ciertos individuos, siendo incapaces de establecer las características que externamente se dan al grupo.

—OPINIÓN POLÍTICA

No es simplemente la pertenencia a un determinado partido político o asociación. “Opinión política” debe interpretarse de una manera amplia, englobando las opiniones vertidas también en cuestiones del estado, del gobierno y de la sociedad. El individuo no sólo ha de profesar una opinión política diferente de la del gobierno, sino que por esa opinión tiene un fundado temor de persecución o las autoridades no permiten esa opinión⁴⁵. En diversos Estados, el hecho de tener una opinión política diferente o de negarse a acatar las políticas que el gobierno estipula puede ser motivo de procesamiento.

3.3 Interpretación individualizada del concepto “refugiado”

A lo largo de todas la Convención de 1951 y del Protocolo 1967, el refugiado es considerado individualmente. Es decir, es una persona que tiene un fundado temor de persecución por una concreta razón que solo afecta a su persona. Según establece el ACNUR, la gente que solicita el estatuto del refugiado debe establecer individualmente que su temor de persecución está bien fundado. Así es como se estableció en los tratados cuando se redactaron, ya que el fenómeno de los desplazamientos tenía una forma diferente a la actual.

Ahora las movilizaciones, que suelen derivar de conflictos dentro del territorio de un mismo Estado, son mayoritariamente en grupo⁴⁶. Estas movilizaciones masivas han obligado a realizar una excepción en la aplicación individualizada del término refugiado, determinándose en grupo el estatus. Son refugiados *prima facie*, es decir, son refugiados en los que se presume que es cierta la persecución mientras no se demuestre lo contrario. Lo cierto es que no son refugiados exactamente, pues si bien gozan del principio de *non-refoulement*, en grupo la

⁴⁵ ACNUR, *Op. cit.*, nota 36, p.19.

⁴⁶ ACNUR, *Op. cit.*, nota 17.

protección y la asistencia es menor⁴⁷. Según se establece en la Declaración de Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967⁴⁸, en casos de movilizaciones masivas, el Estado receptor podrá inaplicar el principio de *non-refoulement* por razones de seguridad nacional y por el bienestar de su propia población.

4. LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUTO DEL REFUGIADO

En principio, una persona se convierte en Refugiado en el momento en que satisface la definición. Lo que ocurre es que la determinación del status es declaratoria, más que constitutiva, reconociendo y confirmando que el individuo en cuestión es un refugiado. Esto trae una serie de problemas, pues los Estados muchas veces declinan determinar el estatuto del refugiado. La importancia de la determinación del estatuto del refugiado reside en que, de ser concedido, el solicitante será reconocido como refugiado y se le aplicará un régimen jurídico especial. Tendrán acceso a un número de derechos y beneficios específicos y de mayor entidad, es decir, a la protección internacional del refugiado⁴⁹.

La determinación del estatuto consiste en un examen por parte de las autoridades gubernamentales o del ACNUR sobre si un individuo que presentó una solicitud o que ha expresado su necesidad de acogerse a protección internacional es verdaderamente un refugiado. Tanto los Estados parte de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, como el ACNUR tienen una obligación de protección de los refugiados y por ello, tienen la obligación de determinar quiénes lo son para poder realizar sus objetivos.

4.1 Responsables de la determinación

Son dos los responsables de la determinación del estatuto del refugiado, aunque no de igual manera.

4.1.1 Determinación por los Estados

Atendiendo a lo establecido por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, los Estados parte tienen la obligación de determinar quién es merecedor del estatuto del refugiado. En este tratado está la definición de refugiado y el tra-

⁴⁷ PERAL FERNÁNDEZ, L. (2003), "Desplazamiento masivo de población internacional y nuevo marco comunitario de protección y asistencia" en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. Según Peral Fernández, la diferenciación entre "refugiado", "refugiados" y "desplazados internamente" es incomprensible, y más aun siendo la protección diferente a unos y a otros.

⁴⁸ Declaración de la Asamblea General 2312 (XXII), *Declaración sobre el Asilo Territorial*, 14 de diciembre de 1967 (en línea: <http://old.dipublico.org/instrumentos/46.pdf>).

⁴⁹ ACNUR, *Op. cit.*, nota 17.

tamiento estándar que estos han de recibir, omitiendo cualquier disposición sobre el procedimiento que han de seguir. Son los gobiernos de los países donde los solicitantes los que, discrecionalmente, decidirán la preceptiva determinación, estableciendo en sus ordenamientos los procedimientos que han de seguirse. Si bien sólo los Estados miembros tienen esa obligación, todos los Estados están obligados a respetar el principio de *non-refoulement*.

El principal problema que encontramos es el probatorio. Cada Estado podrá establecer sus modalidades de prueba y en qué medida el solicitante cumple o no los elementos de la definición. Ahora, existen criterios estándar para determinar el estatuto del refugiado⁵⁰. Los hechos que el solicitante relata deben ser establecidos haciendo un balance de probabilidad. La decisión debe ser tomada mirando al futuro y teniendo en cuenta la relación entre el grado del temor fundado de persecución y el grado de probabilidad de que se materialice. De todas formas, estos criterios estándar no están fijados con precisión, desvelando la debilidad del sistema de protección⁵¹. Al estar basado en el temor fundado de persecución, los responsables de la determinación han de fiarse de lo que el solicitante relate, centrando la determinación en una presunción de realidad y en la predicción de que la no concesión podría significar un daño para esa persona.

4.1.2 Determinación por el ACNUR

Serán siempre los Estados los encargados de dicha actividad, aunque a veces el ACNUR lo será a través de su propio proceso de determinación. Esto ocurrirá o bien cuando la necesidad de determinar recaiga sobre un Estado que no es parte ni de la Convención de 1951 ni del Protocolo de 1967 o bien cuando el Estado si es parte pero no tiene procedimiento de determinación establecido o el procedimiento no es adecuado. También podrá determinar el estatuto si es un requisito para la consecución de una solución duradera y la persona beneficiaria no tiene la condición de refugiada.

De todas formas, en la mayoría de los procedimientos establecidos por los Estados parte de los instrumentos de protección, el ACNUR tiene una participación activa. Sobre todo se encargará de asesorar y asistir técnicamente, aunque muchas veces recaerá sobre él la cooperación en la toma de decisiones.

4.2 Formas de determinación

Hay dos formas de determinar si una persona merece el estatuto del refugiado, dependiendo del tipo de desplazamiento que ésta realice.

⁵⁰ GOODWIN-GILL, G.S, *Op. cit.*, nota 44.

⁵¹ JONES, M. (2009), “La determinación de la condición de refugiado: tres desafíos”, *Revista Migraciones Forzadas*, n°32, (en línea: <http://www.fmreview.org/es/apatridas.htm>).

La determinación individual tendrá lugar cuando una persona, por sí misma, lo solicite a un Estado. No existe, por tanto, un procedimiento particular de determinación, debiendo aplicarse la legislación nacional en la materia. Debe determinarse en un procedimiento individual, analizándose concienzudamente las circunstancias del caso concreto.

En el caso de movilizaciones masivas, es decir, de desplazamientos en grupo en los cuales la determinación caso por caso es impracticable, tanto los Estados como el ACNUR concederán el estatuto del refugiado a todos los miembros de grupo *prima facie*. Esto implica un “presunción” de que todos y cada uno de los componentes cumplen con los criterios establecidos en la definición de refugiado.

4.3 Consecuencias de la determinación

Una vez determinado si una persona cumple o no los requisitos establecidos para la concesión del estatuto del refugiado, en caso de que le sea otorgada tal condición implica una serie de derechos y obligaciones de especial índole, dirigidos a la realización de una efectiva protección internacional del refugiado. Son un conjunto de derechos, de medidas de protección y de asistencia cuyo eje central es el principio de *non-refoulement* o principio de no devolución.

4.3.1 Principio de *non-refoulement*

Previo a la redacción de los tratados universales de protección internacional de los refugiados, este principio fue recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 14. Concretamente, en este instrumento no se recoge la imposibilidad de devolución sino el derecho a ser protegido en caso de persecución, por lo que la concreción como prohibición de devolución ha tenido lugar en la Convención de Ginebra de 1951.

El artículo 33 de la Convención de 1951 establece así la prohibición de expulsión o de devolución y los casos en los que esta prohibición no será efectiva.

Artículo 33.— Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

El establecimiento de esta prohibición, o de lo que es lo mismo, de este principio, es la razón de ser del estatuto del refugiado al convertirse en garantía de seguridad. Pero no solo obliga a los Estados parte de la Convención, pues el hecho de estar recogido también en la Declaración de Derechos Humanos y de ser un principio de derecho consuetudinario, convierte este principio en norma “*ius cogens*”, en una norma universal de obligado cumplimiento para todos los sujetos de derecho internacional, para todos los Estados⁵². Así, si una persona solicita asilo en un país que no es parte de la Convención o del Protocolo, este país no podrá devolver al individuo al país de origen. Esto no implica la obligación de que permanezca en su territorio, ya que puede enviarlo a un tercer país. Que un Estado tenga la obligación de no “expulsión” no implica la obligación de conceder asilo⁵³.

En el segundo apartado del artículo se establece las excepciones a la aplicación obligatoria de este principio de *non-refoulement*. Si la persona que busca asilo es una amenaza para la seguridad nacional o si sobre el recae una condena por un delito grave (lo que le convierte en una amenaza para la comunidad), el Estado tiene la potestad de devolverlo al país del que proviene. Esta excepción requiere un análisis profundo de las circunstancias reales, puesto que si cabe la posibilidad de que sea torturado o sometido a un trato cruel, inhumano o degradante, el Estado no podrá realizar el *refoulement*.

Existe, sin embargo, una situación en la que este principio puede no aplicarse: las movilizaciones masivas. En casos de movilizaciones masivas, el Estado puede inaplicar el principio de *non-refoulement* por razones de seguridad nacional y por el bienestar de su propia población⁵⁴. Así, si considera que existe riesgo para su propio país, puede retornar a las personas que llegan en busca de protección.

4.3.2 Derechos y obligaciones

Las normas de trato que han de recibir los refugiados en el país de asilo están establecidas en el derecho internacional de los refugiados y en el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien los primeros son específicos de aquellas personas a las que se les ha reconocido el estatuto, disfrutan de los derechos humanos por el hecho de ser personas. Aunque en su país de origen sean vulnerados, el país receptor tiene la obligación de respetarlos.

⁵² DÍEZ DE VELASCO, M. (2013), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 18ª ed.

⁵³ GIL BAZO, M.T. (2003), “La Protección Internacional del Derecho del Refugiado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dir.), *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.

⁵⁴ PERAL FERNÁNDEZ, L., *Op. cit.*, nota 47.

Según establece el ACNUR⁵⁵, los derechos y beneficios de los que disfruta el refugiado incluyen la protección contra las amenazas a la seguridad física, el acceso libre a los tribunales de justicia, asistencia para cubrir las necesidades física u materiales básicas, misma libertad de movimiento que los nacionales del país receptor, acceso a la educación, la reunificación con familiares cercanos en el país de asilo y cualquier otra medida necesaria. Realmente, cada Estado tiene la potestad de establecer lo que considere mejor para proteger a aquellas personas refugiadas dentro de sus fronteras.

En cuanto a las obligaciones que han de soportar los refugiados en el Estado receptor se reducen al cumplimiento del ordenamiento jurídico de éste, con perfecta diligencia.

⁵⁵ ACNUR, *Op. cit.*, nota 36.

PARTE II

LAS REFUGIADAS POR MOTIVOS DE GÉNERO

Es importante, antes de comenzar el análisis de este tema, fijar los conceptos y las diferencias que existen entre unos y otros, pues así se comprende mejor la naturaleza de la persecución por motivos de género. No es lo mismo “género” que “sexo”, así como no es lo mismo violencia “doméstica” que “de género”.

5. CONCEPTOS

Las Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing en 1995, establecieron el concepto de género y de sexo que debe ser aplicado en todos los documentos, normativos o no⁵⁶. El género es la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y a otro sexo. El sexo, sin embargo, está determinado por las condiciones biológicas.

Lo que hace que tengamos que separar entre uno y otro concepto radica en la atribución de la diferencia entre hombre y mujeres. Si atendemos al sexo, esa diferencia es biológica. Hombres y mujeres son diferentes físicamente y psicológicamente por cuestiones naturales, porque existen machos y hembras de todos los animales que son diferentes por necesidades naturales y biológicas como la reproducción. Sin embargo, la diferencia impuesta entre hombre y mujeres por cuestión del género responde a razones culturales, sociales. Son los atributos que cada sociedad asigna a las personas a partir de su sexo, el “deber ser social”⁵⁷ que

⁵⁶ La IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, definió género señalando que “se refiere a las relaciones entre mujeres y hombres basadas en roles definidos socialmente que se asignan a uno u a otro sexo [...]. El término ‘género’ ha evolucionado, diferenciándose de la palabra ‘sexo’ para expresar que la realidad de la situación y los roles de la mujer y del hombre son construcciones sociales sujetas a cambio.”

⁵⁷ KAHALE CARRILLO, D. T. (2011), “El Derecho de Asilo frente a la Violencia de Género”, *Revista de trabajo y seguridad social: comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, n.º 344, p. 195-208.

la cultura, las costumbres o la religión imponen a los hombres y a las mujeres. El género no es estático ni innato, sino que adquiere sentido de base social y cultural con el trascurso del tiempo.

La “violencia de género”, por tanto, engloba toda la violencia ejercida por parte del sexo masculino hacia el femenino. No es solo “violencia doméstica”, que tiene lugar en el hogar solamente, ni “violencia familiar”, ya que el agresor puede no ser parte de la familia. Es la violencia que surge de la concepción de los roles del hombre y la mujer en una sociedad patriarcal. Se incluyen, por tanto, las diferencias de trato social y cultural, no sólo las simples diferencias biológicas que serían resultado de usar el término “violencia de sexo”. La causa principal de la violencia de género está en los roles sociales que encontramos en las diferentes culturas y sociedades, donde generalmente la mujer está subordinada.

Desde prácticamente su creación, pero sobre todo en las últimas décadas, las Naciones Unidas han centrado gran parte de sus esfuerzos en desarrollar una protección más efectiva de la mujer. Si bien tanto los hombres como las mujeres son merecedores de igual protección, la experiencia ha demostrado que existe una clara desigualdad entre ambos. Según la Asamblea General de las Naciones Unidas, la violencia contra la mujer puede ser ejercida en varios ámbitos⁵⁸: violencia ejercida en el seno de la familia, violencia dentro de la comunidad o violencia cometida o tolerada por y desde el Estado. El término violencia abarca aquí violencia física, psicológica y sexual.

Todas estas modalidades pueden producirse o bien por separado o todas a la vez. Por ejemplo, la violencia física o sexual trae siempre violencia psíquica. El objetivo siempre es tener bajo control a la mujer, empleando diversas estrategias para causar un estado de miedo, pánico, terror, sumisión y dominio, lo que supone, al final, anulación.

6. EL MARCO NORMATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LAS REFUGIADAS POR MOTIVOS DE GÉNERO

6.1 Marco normativo de protección específica de la mujer refugiada

6.1.1 Convenciones fundamentales relacionadas con las mujeres: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo.

El precedente de la CEDAW es la “Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer”, que fue adoptada por la Asamblea General de

⁵⁸ Resolución de la Asamblea General 48/104, *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 20 de diciembre de 1993. Consúltense el artículo 2. (en línea: <http://www.uji.es/bin/organs/ui/legisla/int/7-r48-104.pdf>).

las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967. No será hasta el 18 de diciembre 1979 cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la CEDAW⁵⁹, que es jurídicamente vinculante y que constituye el instrumento internacional de protección de la mujer más importante. En dicha Convención se establece el concepto específico de “discriminación contra la mujer” y la prescriptiva protección que los Estado parte de la Convención han de dar a las mujeres, siendo posible la sanción a éstos por acciones privadas de las que sean víctimas. Otro de los objetivos de la CEDAW es la eliminación de las diferentes posiciones que los roles de los hombre y mujer tienen en las diferentes culturas, acercando ambos géneros a la igualdad de condiciones y de oportunidades.

Es una de las Convenciones con mayor número de ratificaciones, ya que cuenta con 187 países que la han ratificado o se han adherido a la Convención. Curioso es el caso de Estados Unidos que, hasta 2012, ha firmado pero no ha ratificado la CEDAW. Aun así, esta Convención cuenta con un elevadísimo número de reservas por parte de los Estados, las cuales deberían ser revisadas y, si es posible, retiradas⁶⁰.

Veinte años después, en 1999, se aprobó el Protocolo para la CEDAW, debido a la necesidad de crear un sistema de quejas individuales para aquellas mujeres víctimas de alguna violación de derechos humanos. Así, la mujer puede acceder directamente a la justicia para hacer valer su derecho a ser protegida contra la discriminación.

6.1.2 Otras resoluciones relevantes relativas a la mujer refugiada

Son otros instrumentos legales internacionales que establecen cuestiones específicas de protección de la mujer. Aunque no vinculantes, ofrecen a los Estados guías legales para realizar una efectiva protección de la mujer y, concretamente, de la mujer refugiada.

—**Directrices sobre protección internacional:** su finalidad es dotar a los Gobiernos de los distintos Estados parte de diversas guías legales interpretativas de los instrumentos universales. Como consecuencia de la situación en la que se encuentran las mujeres en el mundo y la violación sistemática de derechos que sufren, el ACNUR ha aprobado una serie de Directrices dirigidas exclusivamente a proteger a las mujeres que solicitan asilo y refugio. La *Guía para la Protección de Mujeres Refugiadas*⁶¹, expedida en 1991, reconoce que la violen-

⁵⁹ Resolución de la Asamblea General 34/180, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de diciembre de 1979 (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0031>)

⁶⁰ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), *Los Derechos Humanos de las Mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*. 2004

⁶¹ ACNUR. (1991), *Guía para la Protección de Mujeres Refugiadas*, Ginebra, (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0248>).

cia sexual contra la mujer es una forma de persecución, además de ofrecer la posibilidad de condenar a un Gobierno que no proteja efectivamente a las mujeres que son víctimas de violencia de género en su país. Las *Directrices sobre Protección Internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967*, promovidas en 2002, son sin duda las decisiones más importantes en lo referido a guías de actuación con mujeres que huyen de la violencia ejercida exclusivamente contra ellas buscando protección. El ACNUR recomienda a los Estados parte reconocer las solicitudes por motivos de género como tales. También establece diversas acciones contra las mujeres que han de ser consideradas persecución como la mutilación genital femenina o la violencia sexual. Por último, las *Directrices sobre Protección Internacional: pertenencia a un determinado grupo social*,⁶³ también aprobadas en 2002, facilitan una serie de guías legales para aquellas solicitudes presentadas por mujeres, al recomendar considerarlas pertenecientes a un determinado grupo social.

—**Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR:** todos los años, el Comité Ejecutivo adopta por consenso una serie de conclusiones que establecen los principios y las medidas que deben adoptar los Estados miembros del Comité. Obligatorias para el ACNUR, no son vinculantes para los Estados pero son decididas por unanimidad. Destaca, en materia de mujeres y niñas la *Conclusión del Comité Ejecutivo N.º 105 (LVII) sobre mujeres y niñas en riesgo*, de 2006 y que se ha recogido en un manual⁶⁴.

6.2 La mujer en la experiencia del refugio

Muchas veces, la discriminación de las mujeres y las niñas se ve acrecentada en situaciones críticas como es el caso de los desplazamientos forzados. El Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido que, si bien los niños y los hombres se enfrentan a problemas de protección en estos desplazamientos, las mujeres y niñas, además de esos problemas, pueden verse afectadas por problemas específicos de protección a raíz de su género, teniendo menos posibilidades que los hombres y los niños de ejercer sus derechos⁶⁵.

⁶² ACNUR. (2002), *Directrices sobre Protección Internacional: la persecución por motivos de género en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967* (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1753.pdf?view=1>)

⁶³ ACNUR. (2002) *Directrices sobre Protección Internacional: pertenencia a un determinado grupo social, en el contexto del Artículo 1A(2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967* (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1754.pdf?view=1>)

⁶⁴ ACNUR. (2012), *Manual del ACNUR para la Protección de Mujeres y Niñas*. (en línea: http://www.acnur.es/PDF/7137_20120508133744.pdf)

⁶⁵ *Ibid.*

6.2.1 Feminización de la experiencia de refugio

La situación imperante en todo el mundo consiste en la posición dominante del rol de los hombres sobre la mujer, en el que muchas veces la mujer ni siquiera puede hablar y contar su experiencia, razón por la cual los programas del ACNUR se han centrado en aplicar el sistema de transversalidad de género establecido por las Naciones Unidas, el cual implica “el proceso de evaluar las consecuencias para los hombres y las mujeres de toda acción a realizar, incluyendo la legislación, las políticas o los programas, en todas las áreas y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como las de los hombres, sean un elemento central de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El fin último es alcanzar la igualdad de género”⁶⁶.

Las concretas experiencias de empoderamiento que el ACNUR ha llevado a cabo han consistido en actividades como la prevención y correcta respuesta contra la violencia sexual, fortalecer la voz pública de las mujeres y las niñas para que puedan participar en la toma de decisiones en sus sociedades, mejorar el acceso en condiciones de igualdad a la salud, educación y su empoderamiento económico⁶⁷.

6.2.2 Política de Edad, Género y Diversidad (EGD) del ACNUR

Concretamente, el ACNUR ha desarrollado una concreta forma de actuación para asegurar que todos sus programas tengan el efecto deseado entorno a la igualdad de género. Así, y mediante esta política, se garantiza que todas las personas gocen de sus derechos en igualdad de condiciones y puedan participar plenamente en las decisiones. Las diferencias de cada persona pueden significar un cambio fundamental. Por eso ha de fomentar la participación de todos en todos los ámbitos de participación posibles.

En el caso de la igualdad de género, como ya expliqué, lo importante es igualar los roles que la sociedad impone a cada sexo. Esto implica que los intereses, necesidades y prioridades de cada género sean respetados, promoviendo el respeto por las diferencias como elemento enriquecedor. Para que todos los refugiados tengan igual acceso a los derechos de los que disponen, el ACNUR aplicará transversalmente la política de Edad, Género y Diversidad en todas las actividades: planear, programar, implementar, monitorear o evaluar las opera-

⁶⁶ Resolución del Consejo Económico y Social E/1997/66, *Coordinación de las Políticas y Actividades de los Organismos Especializados y de Otros Órganos del Sistema de las Naciones Unidas*, 25 de julio de 1997

⁶⁷ ACNUR. *Op. cit.*, nota 63.

ciones, teniendo siempre en cuenta la igualdad y la plena participación. Y no solo en el ámbito propio, ya que promueve la implementación de esta política de EGD por otros actores implicados en la protección del refugiado, como son los gobiernos de los Estados o las ONG.

7. FORMAS DE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Determinar si una mujer que esgrime el argumento de persecución por motivo de género es merecedora del estatuto del refugiado es complicado. En estos casos, el miedo de persecución tiene que ver de forma importante con el hecho de ser mujeres, lo cual no está reconocido como uno de los cinco motivos de la Convención de 1951. Sin embargo, y debido a la realidad actual de la violencia soportada por las mujeres en el mundo, se establecen una serie de conductas específicas que pueden ser calificadas de persecución⁶⁸.

Mutilación Genital Femenina

Conocida también como ablación del clítoris y erróneamente llamada en algunos países “circuncisión femenina”, esta práctica consiste en la extirpación total o parcial de los genitales externos de las niñas o adolescentes, con la finalidad de representar materialmente el cierre del cuerpo de la mujer, reservándolo para la entrada del futuro marido, asociando así la sexualidad al dolor. Se intenta asemejar a la circuncisión masculina, cosa que es totalmente diferente, puesto que sería como cortar el pene⁶⁹.

Según la Organización Mundial de la Salud, unos 140 millones de mujeres sufren en el mundo las consecuencias de la Mutilación Genital Femenina⁷⁰. De esos 140 millones, la mayoría (92 millones) se encuentran en África, donde 28 países mantienen la práctica. Cada año, 2 millones de niñas entre el nacimiento y los 15 años corren el riesgo de padecerla, extendiéndose por todo el globo la práctica de ésta violación de derechos humanos debido a la inmigración. Las formas de ablación que encontramos pueden ser tres, atendiendo al grado de daño que sufra el aparato reproductor femenino⁷¹:

—Escisión del clítoris: realización de un pequeño desgarro, sin anestesia, en la parte superior del clítoris sin llegar a extirpar hasta que salgan unas gotas de sangre. Sobre todo en el mundo islámico (ritual *sunnah*).

⁶⁸ ACNUR. (2010). *Recomendación General sobre la igualdad de género en el contexto del desplazamiento forzado y la apatridia* (en línea: http://www.acnur.es/PDF/8157_20120508134438.pdf).

⁶⁹ TOUBIA, Nahid. (1995), *Female Genital Mutilation. A Call for Global Action*. 2.º ed.

⁷⁰ OMS (2012) *Mutilación Genital Femenina*. Nota descriptiva, n.º 241.

⁷¹ CASADO, V. (2002), “La Mutilación Genital Femenina como forma de violación de los Derechos Humanos” en VV.AA. *Género y Derechos Humanos*.

—Clitoridectomía: proviene de la unión de *kleitoris* y *ektomé*, lo que significa ablación del clítoris, extirpación de éste.

—Infibulación: amputación total del clítoris y de los labios mayores y menores, seguida del cierre vaginal por medio de sutura. Se deja una pequeña abertura para la emisión de orina y descarga menstrual.

Las consecuencias de esta práctica en cualquiera de sus formas son muy dañinas para las mujeres: dolor intenso, infección, tétanos, quistes, esterilidad, aumento de probabilidades de complicaciones en el parto y muerte del recién nacido, necesidad de nuevas intervenciones quirúrgicas. Los motivos alegados para la realización de la Mutilación son muy variados. Cabe destacar los motivos sexuales, por los que se quiere controlar o mitigar la sexualidad femenina, los sociológicos al asemejar la práctica con un rito de iniciación de las niñas a la edad adulta o como integración social; por higiene o estética, ya que se cree que los genitales son sucios y antiestéticos; por salud, al creerse que aumenta la fertilidad y hace el parto más seguro; y por motivos religioso, aunque existe una creencia errónea de que la ablación es un precepto religioso.

En algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de España, se reconoce que las niñas y mujeres que tengan fundado temor de ser sometidas a Mutilación Genital Femenina se considerarán perseguidas por motivo de género (Sentencias del Tribunal Supremo 10 de octubre de 2006 y 11 de mayo de 2009).

Matrimonio forzoso o precoz

Se trata de mujeres y niñas que son obligadas a contraer matrimonio contra su voluntad, pasando a convertirse en esclavas de sus esposos. Estas uniones suelen tener lugar tras una negociación entre los padres de la muchacha y el futuro esposo, que toman la decisión de la realización del matrimonio o bien por fines propio, económicos generalmente, o en beneficio de su hija, que adquiere mejores condiciones de vida o un mejor status social. En el caso de que la mujer se negase, cabe la posibilidad de que se convierta en una víctima de malos tratos, pues el matrimonio se realizaría igualmente conociendo el marido la negativa.

El matrimonio precoz, que es una modalidad de este matrimonio forzado, tiene lugar cuando la mujer, menor de edad, es entregada en matrimonio. Suelen ser muy jóvenes, normalmente niñas, para asegurar su virginidad y librar a la familia de una boca más que alimentar, garantizando así un largo ciclo de fertilidad. Este tipo de prácticas lleva a embarazos prematuros, que tienen como consecuencia la disminución de la esperanza de vida y afecta muy negativamente el desarrollo económico de las mujeres y de las zonas donde se produce. La petición de refugio basada en la persecución por género por matrimonio forzoso ha de tener muy en cuenta las tradiciones del país de origen de la solicitante, ya que puede darse el caso de que las autoridades no protejan a la víctima.

Amenaza de asesinatos en nombre del honor

Son crímenes de honor perpetrados o bien por miembros de su familia, como padre o hermanos, o bien por lapidación pública, contra mujeres que han sufrido la deshonra de haber sido violadas o que han practicado sexo premarital. Se tiene una errónea consideración de que los crímenes de honor ocurren solo en regiones pobres o subdesarrolladas. Ocurren en todo el mundo, diferenciándose realmente la protección que se da en unos países u otros⁷².

Trata de personas

Es una de las formas más crueles de violencia de género, que abarca varias formas de violencia en una misma. Normalmente, las mujeres víctimas tienen entre 18 y 25 años y son captadas en sus países de origen, coaccionadas posteriormente para someterlas a explotación sexual. Actualmente, y según cálculos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, existen 2,5 millones de personas víctimas de éste delito, de las cuales el 98% son mujeres y niñas⁷³.

La trata con fines sexuales es, sin duda, la finalidad donde mayor número de niñas y mujeres se destina, llegando al 79% del total⁷⁴, aunque también se incluye dentro del concepto trata otra serie de explotaciones. Según el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas* (Protocolo sobre trata) que complementa la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, que entro en vigor en 2005, se entiende por “trata de personas” la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Concretamente, en la trata para la explotación sexual. Captan mujeres en países pobres con falsas ofertas de trabajo para traerlas. Una vez en el país, aunque muchas se resisten, acaban accediendo por violencia, amenazas... Así, se quedan en una situación de vulnerabilidad y dependencia. Los problemas a los que se

⁷² PLANT, V. (2009-2010), *Honor Killings and the Asylum Gender Gap*, en *Journal of Transnational Law and Policy*, vol.27, pp. 139-172

⁷³ OIT. (2009), *Demos una oportunidad a las niñas. Luchar contra el trabajo infantil: una clave para el futuro*.

⁷⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Preguntas frecuentes*. 2012.

enfrenta la mujer víctima de la trata son variados, desde el desconocimiento de la legislación de la que pueden hacer uso, el temor de denunciar a las mafias por la situación irregular en la que se encuentran o las amenazas contra familiares, así como las deudas pendientes para con los responsables de la trata⁷⁵.

Violación y otras formas de agresión sexual

La violación consiste en un acto, intento o amenaza de naturaleza sexual que haya resultado o pueda resultar en un daño físico, psicológico y emocional. Puede tener lugar tanto en el interior de la familia, como en la comunidad, en el trabajo o en situaciones de conflicto armado. El mayor problema es el desconocimiento real de la cantidad de mujeres que sufren este tipo de actos, ya que en muchas ocasiones no se denuncian para evitar estigmas o castigos mayores.

Los actos de violencia sexual pueden tener lugar en cualquier contexto y lugar, y pueden abarcar prácticas como la violación en una relación de pareja, por desconocidos, violación sistemática en conflictos armados, exigencia de favores sexuales a cambio de ventajas o como devolución de un favor, abuso sexual de discapacitados mentales o físicos⁷⁶.

La violación como “arma” en conflictos armados es una práctica muy extendida, que hasta hace no mucho era considerado como una consecuencia más de la guerra. Según las Naciones Unidas, las víctimas de los conflictos están cambiando. Anteriormente, los que sufrían las consecuencias de las guerras eran unos 90% de militares. Ahora, son el 90% de civiles, sobre todo mujeres y niños. Las mujeres y niñas sufren particularmente la lacra de los conflictos, pues en ocasiones y debido a su condición social, son violadas incluso de manera sistemática como táctica de guerra⁷⁷. La Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer (ONU Mujeres) estima que en el genocidio de Ruanda fueron violadas entre 250.000 y 500.000 mujeres.

Formas graves de violencia doméstica

En este tipo de persecución, son agentes privados los que la cometen contra las mujeres y niñas. Se trata de una forma de expresión de dominación, intimidación y de un atentado contra la libertad y dignidad de las personas basada en un ejercicio no legítimo del poder. Es una clara muestra de la violencia de género,

⁷⁵ CHRISTENSEN, T.M. (2011), *Trata con fines de explotación sexual: protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*. Informe de investigación, n.º 206, Servicio de Evaluación y Elaboración de Políticas del ACNUR.

⁷⁶ OMS. (2002), *World report on violence and health: Sexual violence*, capítulo 6.

⁷⁷ ONU. (2000), *Conferencia Mujer 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el S.XXI*. Nota Informativa, n.º 5.

puesto que los roles sociales juegan un papel muy importante aquí. Son las sociedades donde está instaurado un sistema basado en el patriarcado, es decir, casi todas las sociedades a lo largo del globo. El hombre quiere dejar de manifiesto quién manda, quién tiene el poder.

No es un tipo de violencia característico de países subdesarrollados, ya que está extendida en todo el mundo⁷⁸. Para convertirse en una forma de persecución, y por tanto, en necesaria la protección internacional, el Estado de origen de la mujer debe de negar la protección nacional o no poder darla. Así se convierte el asunto privado en un asunto público. Si bien los Estados se comprometen políticamente a prevenir y erradicar este tipo de violencia y a proteger a las mujeres que la sufren, lo cierto es que en la práctica hay graves carencias de efectividad, tanto en los judicialmente como en la administración pública⁷⁹.

Imposición de pena de muerte u otros castigos físicos en sistemas de justicia discriminatorios

En algunos países, como por ejemplo Sudán, las mujeres que cometen adulterio son condenadas a la pena de muerte por lapidación. Pero no es el único, ya que otros seis países tienen establecida dicha práctica en sus Ordenamientos Jurídicos. Además, se suele condenar a mujeres, siendo los hombres puestos en libertad. Castigos físicos como latigazos y torturas son infringidos contra mujeres como castigo establecido injustamente, totalmente desproporcionado.

Persecución política o religiosa por sostener puntos de vista “feministas” o por no ajustarse a las normas sociales

En sistemas políticos en los que existe una gran represión, las mujeres son sin duda las más perjudicadas. Cabe destacar los casos en los que la religión y la política están unidos, dónde las normas religiosas son las normas estatales. En ese tipo de sistemas, las mujeres sufren persecución por oponerse los mandatos religiosos injustos y discriminatorios.

Costumbres sobre género o con base en la orientación sexual

Dentro de las modalidades de persecución por motivos de género, encontramos a los pertenecientes al grupo LGBTI, es decir, lesbianas, gays, bisexuales,

⁷⁸ OMS. (2013), *Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and nonpartner sexual violence*. (en línea: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf)

⁷⁹ OWENS, A. (2012), “Confronting the Challenges of Domestic Violence Sentencing Policy: A Review of the Increasingly Global Use of Batterer Intervention Programs” En *Fordham International Law Journal*, pp. 565-610.

transexuales e intersexuales. Este colectivo sufre formas de discriminación y persecución durante todo el ciclo del desplazamiento. Pero es antes del desplazamiento cuando la discriminación, suele ser intensa y repetida, así como permitida por los Estados. Hay que tener en cuenta que existen formas de persecución específicas, como legislaciones que penalizan las relaciones consensuadas con personas del mismo sexo⁸⁰. Reconocibles como grupo social determinado, aquellas personas que soliciten refugio alegando este tipo de persecución deben también demostrar un temor fundado de persecución, que debe ser serio⁸¹. El mero hecho de que la homosexualidad esté condenada legalmente en el país de origen es razón suficiente para determinar la persecución.

8. REFUGIADAS POR MOTIVOS DE GÉNERO

Las solicitudes de refugio por motivos de género abarcan cualquier forma de violencia y actos que, como hemos visto, son una forma de persecución. Esta “persecución por motivos de género” no tiene sentido legal *per se*, si no que se utiliza para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de refugiado.

La definición genérica de refugiado ha de interpretarse bajo una perspectiva sensible al género⁸² para determinar adecuadamente las solicitudes. La Asamblea General y el Comité Ejecutivo del ACNUR aprobaron la aplicación de este principio en 1999, en la Conclusión n.º 87. No todas las mujeres que piden refugio esgrimiendo un argumento de persecución por motivos de género son merecedoras del estatus. Por ello, quién realice la solicitud tiene que demostrar que tiene fundados temores de ser perseguido, además, por cualquiera de los motivos de la Convención de 1951.

La posición del ACNUR tanto en los casos en los que es responsable de la determinación como en las recomendaciones que da a los Estados parte de la Convención o del Protocolo que tienen la obligación de determinar no es la concesión del estatuto directamente por temor fundado de persecución por motivos de género, si no que la definición del refugiado debidamente interpretada abarca las solicitudes por motivos de género. Por ello, no es necesario agregar un nuevo motivo a la Convención de Ginebra de 1951⁸³. Lo que ha de interpretarse de una manera sensible al género son los elementos de la definición de refugiado.

⁸⁰ ACNUR. (2010), *Conclusiones finales: Solicitudes de asilo y refugiados que buscan protección debido a su orientación sexual e identidad de género*.

⁸¹ CHOI, V. (2012), “Living Discreetly: A Catch 22 in Refugee Status Determinations on the Basis of Sexual Orientation”, en *Brooklyn Journal of International Law*. vol. 36, 2010, pp. 241-264.

⁸² ACNUR., *Op. cit.*, nota 61.

⁸³ ACNUR. (2001), *Resumen de conclusiones: persecución por motivos de género*. Consultas Globales sobre Protección Internacional, Mesa Redonda de expertos en San Remo.

8.1 Temor fundado de persecución

Se ha de analizar atendiendo a las circunstancias individuales de cada persona para determinar el temor, ya que cabe la posibilidad de formas de persecución específicas de un sexo. La persona que realiza la solicitud tiene el temor fundado de ser perseguida en el país del que huye, lo que dependerá de las situaciones de cada mujer. Tanto hombres como mujeres pueden sufrir el mismo tipo de daños, pero está claro que hay formas de persecución específica de cada sexo como la violencia doméstica, la trata de personas o la mutilación genital femenina que son, como hemos visto, formas de persecución que solo pueden sufrir las mujeres.

La definición se compone de dos elementos, uno objetivo que demuestre que el temor es fundado y otro subjetivo, en el que se analicen los factores de credibilidad y personalidad del solicitante, lo que queda a la discrecionalidad del agente que decide. La suma de datos objetivos y de datos subjetivos se utiliza para determinar si el temor se considera fundado, lo que tiene lugar si existe una posibilidad razonable de persecución o si hay una buena razón para la persecución. El ACNUR establece que existe un “bien fundado temor” si existe una posibilidad razonable de que la persona solicitante sufriera un daño si regresa a su país de origen.

Se reconocen en Derecho Internacional ciertos actos que deben ser considerados un equivalente de persecución. Las Directrices del ACNUR en materia de persecución por motivos de género⁸⁴ establecen estos actos, a los que denomina supuestos claros de temor fundado:

—Juzgar una ley como persecutoria en sí y por sí misma: lo establecido en la norma es la causa del temor a ser perseguida. Esto no podrá ser aplicado si la ley, aun siendo vigente, no se ha aplicado nunca.

—Una práctica persecutoria: el Estado de origen ha prohibido dicha práctica pero sigue teniendo lugar, como por ejemplo la mutilación genital femenina. La prohibición de dicha práctica, aunque sea legalmente, no significa que no se siga practicando, pues el Estado o bien la sigue tolerando o no puede contenerla eficazmente. Por tanto, que exista una ley prohibiéndola no es fundamento suficiente para rechazar una solicitud basada en este motivo.

—Pena o sanción por incumplimiento de normas excesivamente genérica: se trata de leyes en las cuales la aplicación conlleva una dimensión de género, en la que se diferencia entre hombres y mujeres a la hora de aplicarlas.

—Discriminación equivalente a persecución: la mera discriminación no supone persecución, se considerará que sí se trata de persecución cuando se cumpla un patrón de discriminación o tratos menos favorables. Hay casos en los que las solicitudes se basan en un incumplimiento del Estado con la obligación de proteger a ciertas personas que están amenazadas por algún tipo de perjuicios o daños.

⁸⁴ ACNUR., *Op. cit.*, nota 61.

Si el Estado no protege y no reconoce ciertos derechos, la discriminación por no brindar protección puede equipararse con persecución.

—Persecución motivada por la orientación sexual: se engloba dentro de la persecución por motivos de género y suele tener lugar en sociedades donde la homosexualidad es considerada ilegal. Se trata de casos en los que hay hostilidad pública, violencia y abuso. De hecho, en muchas ocasiones, el propio Estado estigmatiza a este colectivo, que sufre condenas que implican cárcel, cadena perpetua, castigos corporales e incluso pena de muerte. En ciertos países de África, las mujeres homosexuales son violadas para curarlas.

—Trata de personas para la prostitución o explotación sexual forzosa: como forma de tortura y trato cruel, inhumano o degradante, se considera forma de persecución por las repercusiones que tiene en la mujer después de la huida tanto por los delinquentes como por la comunidad y la familia. Solo será considerado como persecución si el estado de origen no puede o no quiere proteger a la víctima.

Todos estos tipos de persecución pueden ser llevados a cabo o bien por agentes estatales o no estatales (familia, entorno). Con mayor frecuencia, son los agentes estatales los culpables, ya que no solo se considera que realizan la persecución cuando actúan directamente, sino que indirectamente son responsables de ella cuando las autoridades permiten que algún individuo realice estos actos. Esto es así porque la Convención de 1951 no exige para achacar la responsabilidad a un Estado que este efectivamente sea el culpable, sino que lo será cuando no protege. En determinados casos, este tipo de acciones son apoyadas por el mismo estado⁸⁵ El mayor problema será probar que el Estado del que provienen no ha tomado todas las medidas necesarias para protegerlas.

8.2 Nexo Causal

No es suficiente encuadrar la solicitud en la persecución por motivo de género. Además, el temor fundado que alega la mujer solicitante de refugio debe estar incurrido en uno o más de los motivos de la Convención de 1951. Esto significa que, si bien la concurrencia de alguno o algunos de los motivos no tiene que ser necesariamente la causa determinante, tiene que ser un factor importante. Así, la determinación de la condición de refugiada a una mujer que alega temor fundado de persecución por motivos de género no será contraria a la Convención⁸⁶. Establecer este nexo causal supone un problema, dificultando la concesión de las solicitudes de género y la protección de las mujeres solicitantes.

⁸⁵ LAVIOLETTE, N. (2001), “Les revendications du statut de réfugié fondées sur le sexe: constats et orientations nouvelles”, en *Canadian Journal of Women and the Law*, p. 285.

⁸⁶ WALLACE, R; MARTÍN ORTEGA, O. (2004), “La perspectiva de género en los procesos de concesión del estatuto de refugiada en Derecho Internacional”, *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, nº11, pp. 88-89.

La determinación de este nexo entre el perjuicio sufrido y uno de los campos de protección de la Convención de 1951 es la cuestión más difícil de establecer en este tipo de solicitudes⁸⁷. Se recomiendan diversos modelos de acción que los responsables de determinar el estatuto del refugiado para estas mujeres han de aplicar, debiendo actuar siempre considerando la especial situación en la que se encuentran.

8.3 Motivos de la Convención de 1951

Se concederá el refugio si se dan uno o más de los motivos de la Convención, que han de contemplarse desde una perspectiva sensible al género. Lo que hay que intentar es englobar los hechos y los factores que son causa y razón del temor fundado de la solicitante en algún motivo, aunque no es necesario que la solicitante identifique con precisión la razón.

Raza

El término “raza” recogería a todos los grupos étnicos, pudiendo manifestarse de varias formas como por ejemplo la violencia sexual para impedir que la raza se extienda, ya que bloqueando la vida sexual de las mujeres se bloquea la reproducción de estas.

Religión

En todo el planeta existen Estados en los que la religión asigna roles, consistentes en funciones o códigos de conducta diferentes para los hombres y las mujeres. En estos países se dan formas de persecución en algunas ocasiones cuando una mujer, por ejemplo, no cumple lo establecido por las autoridades religiosas y es castigada por ello. También cabe la posibilidad de que se acuse a la mujer de sostener una opinión religiosa inaceptable. Existen países en los que hay muy poca separación entre las instituciones políticas y religiosas, entre las leyes y los dogmas.

Nacionalidad

Está incluida la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico, que en ocasiones se solapa con la persecución por motivos de raza, dándose casos de violencia sexual también.

Opinión política

Uno de los principales problemas de la persecución por motivos de opinión política es que ésta se le atribuye a la mujer por ser la opinión política de los

⁸⁷ MARTIN, S. (2011), *Refugee and Displaced Women: 60 Years of Progress and Setbacks*, en Amsterdam Law Forum, vol.3, pp. 72-91.

miembros masculinos de su familia. Así, y aunque no haya realizado ningún acto, puede tener lugar esta persecución. El ACNUR establece la recomendación de concebir el concepto de opinión política en sentido amplio, lo que recoge cualquier opinión o asunto en que esté involucrado el aparato estatal, gubernamental, social o político. Se presume que la solicitante posee opiniones contrarias, por lo que hay que analizar lo que le ocurriría a la persona solicitante si retornase al país de origen.

Grupo social determinado

Desde la codificación de la definición internacional de refugiado, el motivo de grupo social determinado ha sido un mecanismo de gran importancia, ya que responde a una necesidad de protección de aquellos que no pueden englobarse en otras categorías. Se concibe como la “categoría escoba”⁸⁸. Este último motivo se utiliza generalmente en las solicitudes por motivos de género, ya que dependiendo de la interpretación que se dé al hecho de ser mujer, puede introducirse su pertenencia al grupo “mujer” como motivo de la Convención que alegar.

Hay que concebir el grupo social determinado como un grupo de personas que comparten una característica en común distinta al hecho de ser perseguidas, o que son percibidos como grupo por la sociedad. La característica de la que hablamos será innata, inmutable o fundamental para la identidad, la conciencia o el propio ejercicio de derechos humanos⁸⁹. Emplear el sexo de las mujeres como una característica innata e inmutable que puede ser percibida y dar la característica de grupo puede ser la solución al problema. Además, al recibir un trato discriminado por los hombres, podemos introducir aquí la razón del temor fundado. Cabe la posibilidad de que se deniegue la concepción de grupo por el tamaño, ya que el grupo “mujeres” es muy grande. Esto es algo absurdo, ya que en el resto de motivos no se analiza el tamaño, la cantidad de gente que compone una etnia, por ejemplo.

⁸⁸ MUSALO,K; MOORE,J; BOSWELL,R., *Op. cit*, nota 43.

⁸⁹ ACNUR, *Op. cit*, nota 62.

PARTE III

REFUGIADOS CLIMÁTICOS

La evolución de las problemáticas mundiales es más que obvia. Según avanza la humanidad y al ritmo al que lo hace, los problemas se multiplican y las soluciones, si llegan, lo hacen tarde. Esta es la realidad de la cuestión en lo que al cambio climático se refiere. Advertencias hay miles, medidas efectivas, ninguna. Las consecuencias que comienzan a vislumbrarse son pavorosas: desastres naturales, desertificación, desplazamientos humanos. El mundo está cambiando por culpa de la acción humana, por lo que somos responsables de lo que derive de dicho cambio.

Las cifras son abrumadoras. Para 2050, el catedrático de Oxford Norman Myers ha pronosticado que al menos 200 millones de personas en el mundo serán desplazados de su hogar “por alteraciones de los sistemas monzónicos y otros sistemas de lluvias, por sequías de una gravedad y duración inusitadas, así como por la subida del nivel del mar y la inundación de los litorales”⁹⁰. Existen opiniones de muy diversa índole en la contabilidad de esta cuestión, aunque ninguna niega que es un problema. El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) establece que, en África, podría haber hasta 50 millones de desplazado por cuestiones climáticas en 2060. Sin embargo, estos números solos suponen un tanteo de la cuestión. Y sin cifras fiables, sin cifras exactas, poner una solución al problema no se convierte en prioridad. Si a esto sumamos que el cambio climático es paulatino y las pruebas de su existencia se niegan a día de hoy, nos encontramos ante barreras muy difíciles de sortear.

La cuestión de los refugiados climáticos es, ante todo, un problema *in crescendo* al que no se está atendiendo con la debida diligencia. Procederé a explicar

⁹⁰ MYERS, N. (2005), ‘Los refugiados medioambientales: una cuestión de seguridad emergente’ (‘Environmental Refugees: An emergent security issue’), en 13º Foro Económico, Praga. (en línea: www.osce.org/documents/eea/2005/05/14488_en.pdf).

la situación actual de la cuestión en el debate doctrinal y en los instrumentos jurídicos internacionales, para hacer una apelación a la necesidad de regulación y la toma de medidas urgentes. Obviaré la importantísima necesidad de frenar el cambio climático, pues no es el tema de este trabajo, para poder abordar una de sus peores consecuencias: el desplazamiento forzoso por cuestiones medioambientales.

9. CONCEPTO

Poner nombre a las diferentes situaciones que van surgiendo en el desarrollo de los acontecimientos no es una tarea fácil, menos si el ámbito jurídico está involucrado de alguna manera. Esto es así debido al peso que tiene denominar a una situación de una determinada manera, incluir a un grupo de personas dentro de una categoría concreta implica necesariamente una consecuencia legal prevista. Si a un determinado grupo de personas que cumplen una determinada definición les corresponde el término “refugiados” en consecuencia deben regirse por un régimen jurídico específico. He aquí la complejidad de denominar a los refugiados climáticos refugiados sin serlo.

9.1 Refugiados climáticos, refugiados ambientales, desplazados ambientales

Una muestra del debate abierto en este tema concreto es, precisamente, la falta de determinación conceptual. Refugiado climático, refugiado ambiental, desplazado ambientales... cualquiera de estas acepciones puede encontrarse en los artículos doctrinales y textos oficiales de instituciones como el ACNUR. Pero existen diferencias abrumadoras entre las distintas acepciones, refiriéndose todas al mismo grupo de personas.

La principal diferencia que se hace en todos los foros es la “voluntariedad” existente entre uno y otro movimiento de población. Es decir, la diferencia que existe entre una migración “forzada” y una migración “voluntaria”. En el caso de las migraciones voluntarias estaríamos hablando de migrantes económicos⁹¹, ya que los motivos económicos como la búsqueda de unas condiciones de vida mejores están en la causa de su desplazamiento. Sin embargo, las migraciones forzadas son aquellas que sufren los refugiados, estando la persecución o la violencia generada por conflictos armados el motivo de su huida. Estas migraciones forzadas pueden englobarse en cuatro tipos, establecidos por la Comunidad Internacional: refugiados, desplazados internos, desplazados inducidos por el desarrollo y desplazados ambientales.

⁹¹ EGEA JIMÉNEZ, C. y SOLEDAD SUECÚN, J.I. (2011), “Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto” en *Cuadernos Geográficos*, n° 49, pp. 201-215.

Es importante destacar que, si bien el fenómeno del desplazamiento ambiental es una cuestión que ha cobrado importancia debido al fenómeno del cambio climático, las causas ambientales están en la base de multitud de migraciones forzadas. Ya sea por desastres naturales o por la actividad humana, hay que destacar la existencia de relación entre el estado del medioambiente y los desplazamientos de población. Fue el experto en medioambiente William Vogt, en 1948, el primero en relacionar estas dos cuestiones.

No será hasta 1985 que no se hará referencia explícita al concepto de “refugiado medioambiental” más allá de las cuestiones doctrinales. Essam El-Hinnawi, Director del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA en adelante) durante esa época, realizó una definición para el concepto de “refugiado medioambiental”⁹². Lo que el PNUMA entendía por “refugiado ambiental” era lo siguiente:

“...those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affect the quality of their life. By “environmental disruption” in this definition is meant any physical, chemical and/or biological changes in the ecosystem (or the resource base) that render it temporarily or permanently, unsuitable to support human life.”⁹³.

De esta definición se pueden extraer diversos elementos destacables por su relevancia en cuanto a la situación del migrante:

- Son movimientos forzosos.
- La causa del desplazamiento es un problema ambiental (por un desastre natural o por acción humana).
- El retorno es imposible o prácticamente imposible al no haber condiciones ambientales que permitan la subsistencia.
- Pueden ser movimientos tanto dentro como fuera de las fronteras del país de origen.

Analizar estos elementos es importante para entender por qué se les denomina “refugiados ambientales” en un primer lugar, para después pasar a ser “desplazados forzosos por causas ambientales” o “personas ambientalmente desplazadas”, evitando usar el término de refugiado.

⁹² EL-HINNAWI, E. (1985), *Environmental Refugees*. Nairobi, PNUMA.

⁹³ “...aquellos individuos que se han visto forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocado por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida.”. Traducción propia

9.1.1 Desplazamientos forzosos

Como ya he adelantado, la “voluntariedad” del desplazamiento es importante por su funcionamiento como diferenciador entre los migrantes y los refugiados. Según Susana Borrás Pentinat⁹⁴, esto permite diferenciar a los “refugiados ambientales” de los “migrantes económicos” que parten de su lugar de origen para buscar unas condiciones de vida mejor por propia voluntad, eligiendo ellos su nueva situación de desplazamiento.

Sin embargo, el desplazamiento forzado implica, necesariamente, la falta de voluntad. Es la búsqueda de un entorno para sobrevivir, la imperante necesidad de trasladarse a un lugar mejor, la que obliga a estas personas a abandonar su lugar de origen y convertirse en desplazados. Todos los refugiados, sin excepción, son desplazados forzosos, ya que huyen de un temor fundado de persecución, es decir, si no se desplazan podrían sufrir las consecuencias de permanecer en su país de origen.

Tanto los refugiados que están englobados dentro de la definición de la Convención de 1951, ya sean determinados como tal de manera individual o colectiva, como las refugiadas por motivos de género, son desplazados forzosos. También lo son los desplazados internos, es decir, aquellos que abandonan su lugar de origen pero que no traspasan las fronteras de su país. Está en la ausencia de “voluntariedad” del individuo la categorización del desplazamiento.

9.1.2 La causa del desplazamiento es ambiental

A diferencia de los refugiados propiamente dichos (los englobados dentro de la definición de la Convención del 51) cuyas causas de desplazamiento ya hemos visto y están relacionada con la violencia y con la acción específica del ser humano de una manera u otra (ya sea de forma individual o a instancias del Estado, desprotección institucional), en el caso de los desplazados forzosos por causas ambientales el ser humano no tiene por qué estar en la raíz del problema. Es cierto que esta cuestión es muy compleja, ya que algunos de los fenómenos naturales que más destrucción causan son, como su propio nombre indica, naturales y, por tanto, están fuera del control del hombre. Sin embargo, y como la comunidad científica viene probando desde hace años, la multiplicación y ferocidad de las catástrofes naturales tiene mucha relación con el cambio climático, favorecido por el ser humano.

⁹⁴ BORRÁS PENTINAT, S. (2008), “Aproximación al concepto de refugiado ambiental: origen y regulación jurídica internacional” en *Seminario sobre los agentes de la cooperación al desarrollo: refugiados ambientales, refugiados invisibles*, organizado por la Dirección General de Servicios y Acción Solidaria, de la Universidad de Cádiz, (en línea: http://servicio.uca.es/uca_solidaria/novedades/formacion/iii_seminario_agentes_cooperacion/ponencias/1_abril_aprox_concepto_refugiado_ambiental.pdf)

Establece Borrás Pentinat tres categorías de desplazamiento forzoso por razones medioambientales⁹⁵ que engloban, no solo la temporalidad del desplazamiento (si será permanente o no) sino la causa de este:

- Los desplazados temporalmente debido a temporales ambientales: son aquellos que piensan regresar a su lugar de origen que se han movilizadopor erupciones de volcanes, terremotos, inundaciones monzónicas...
- Los desplazados permanentes por cambios drásticos en el medioambiente: en este caso, el cambio es irreversible y se ha producido de manera veloz, por lo que lo único que pueden hacer para sobrevivir es cambiar de lugar de residencia. Es el caso de la construcción de presas, la contaminación por vertidos tóxicos o de petróleo...
- Los desplazados permanentes que buscan mejor calidad de vida porque su hábitat no se la puede dar: es el caso de aquellos desplazamientos de población en los que las personas buscan otro lugar para vivir porque su lugar de origen no puede proveer las necesidades básicas debido a, por ejemplo, la desertificación, la salinización, la pérdida de productividad de los suelos...

9.1.3 El retorno es imposible, o prácticamente imposible

En cualquiera de estas situaciones, las personas abandonan su lugar de origen por la “disrupción medioambiental”⁹⁶, que es el agente desencadenante de la migración. Esta degradación ambiental, tanto si es obra del ser humano como si no, es causa y consecuencia de los desplazamientos de población. Pensemos en algunos ejemplos que nos harán entender el porqué de estas migraciones.

Sin necesidad de buscar un ejemplo en un país en vías de desarrollo, uno de los acontecimientos con desplazados forzosos más recientes fue el huracán Katrina, que asoló Nueva Orleans, en Estados Unidos, en el año 2005. Tras la catástrofe en la que perdieron la vida más de 1.800 personas, no todo el mundo ha vuelto a Nueva Orleans. Del millón de personas desplazadas cuando aconteció el huracán y posterior inundación de la ciudad, han vuelto prácticamente todas. Sin embargo, la pérdida de viviendas y de barrios enteros urbanizados, así como de los medios de subsistencia (trabajos, empresas), ha imposibilitado volver a más de 100.000 personas a la ciudad⁹⁷. Este caso, que podría ser englobado en

⁹⁵ *Ibid*, p. 45.

⁹⁶ ESPÓSITO, C y TORRES CAMPRUBÍ, A. (2012), “Cambio climático y derechos humanos: el desafío de los “nuevos refugiados”, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. n.º 1, pp. 7-32 (en línea: http://www.palermo.edu/derecho/revistaderechoambiental/pdfs/REV1-2012-Derecho_Ambiental_01.pdf)

⁹⁷ EL COMERCIO. (2015), *Nueva Orleans: 10 años después del huracán Katrina*. (en línea: <http://elcomercio.pe/mundo/eeuu/huracan-katrina-casas-colores-surgieron-escombros-noticia-1835505>).

los desplazados temporalmente por temporales ambientales, es la muestra de la necesidad de abandonar el lugar de la catástrofe porque es imposible, al menos durante una temporada, sobrevivir allí.

En el caso de los desplazados permanentes debido a cambios drásticos, existen numerosos ejemplos y, en la mayoría de los casos, son consecuencia de la acción del hombre. En río Mekong, que nace en la meseta del Tíbet, recorre 4.200 kilómetros a través de China, Myanmar, Tailandia, Laos, Camboya y Vietnam antes de desembocar en el mar de la China Meridional. Hablamos del río más largo del sudeste asiático que es, a su vez, el lugar de pesca continental más productivo del mundo. La construcción de presas a lo largo de su curso para alimentar de energía a las gigantescas urbes de estos países en desarrollo no solo implica inundar valles donde habitan miles de personas, sino que la transformación del curso y del caudal del río están mermando velozmente el número de peces que habitan allí. Esto está obligando a la población, que durante años ha sobrevivido gracias a las más de 500 especies de peces del río a sequías, inundaciones y guerras, a abandonar sus poblaciones en busca no solo de una vida mejor, sino de una vida⁹⁸. La falta de programación, la evasión de los pertinentes informes de control de daños y la ausencia de conciencia ambiental no dejan otra opción a la población que la búsqueda de un lugar diferente donde vivir, normalmente las grandes urbes del sudeste asiático, superpobladas y contaminadas, reduciéndose su calidad de vida.

Por último, la cuestión de los desplazados permanentes que buscan mejor calidad de vida porque su hábitat no se la puede dar tiene numerosos ejemplos. La desertificación o la salinización del terreno impiden a las poblaciones que viven en dicho lugar continuar cultivando alimentos, criar ganado, vivir. El caso del mar de Aral muestra con claridad el tipo de situaciones a las que se enfrenta la población. Una mezcla entre salinización y desertificación ha llevado a las personas que habitan en lo que antes era una de las masas de aguas interiores más grandes del mundo a abandonar sus hogares para poder sobrevivir. Esta yerma tierra en la frontera entre Kazajistán y Uzbekistán, ha sido víctima de planes de irrigación descontrolados durante la ocupación soviética, además de un clima árido que cada vez es más feroz. No hay planta, pez ni prácticamente ser humano que resista ese hábitat. Las tormentas de arena típicas del desierto son de sal, y los habitantes de sus antiguas orillas están enfermando de manera alarmante: en el pueblo de Karakalpakistán, en su día a orillas del mar de Aral y hoy a 90 kilómetros de él, el cáncer esofágico es 25 veces más elevado que la media mundial⁹⁹. En condiciones así, los habitantes optan por huir de una muerte prácticamente segura o, al menos, de una vida de penurias.

⁹⁸ NIJHUIS, M. (2015), “El Mekong ¿Aprovechado o aniquilado?”, Revista National Geographic. (en línea: http://www.nationalgeographic.com.es/articulo/ng_magazine/reportajes/10160/mekong_aprovechado_aniquilado.html)

⁹⁹ SYNNOTT, M. (2015), “Ultrajes al mar de Aral”, Revista National Geographic. (en línea: http://www.nationalgeographic.com.es/articulo/ng_magazine/reportajes/10454/ultrajes_mar_aral.html)

Cualquiera de estos ejemplos es un caso aislado que podríamos sumar a una lista abultada de catástrofes, deterioros y destrucciones. Lo peor aún puede estar por venir. Si el aumento de las temperaturas continúa así y el cambio climático repercute como está previsto, el nivel del mar va a aumentar considerablemente, llegando a inundar países archipelágicos como Maldivas o Tuvalu. En este último caso, la preocupación ya ha sido tratada y, con la perspectiva de convertirse en refugiados climáticos en un plazo de tiempo no muy lejano, las soluciones pasan por la concienciación sobre el cambio climático, la mejora de la respuesta ante catástrofes naturales (las inundaciones no son el peor de sus problemas, sino las sequías) y, en última instancia, la migración en masa a Australia, con quién se están llevando a cabo negociaciones¹⁰⁰.

La posibilidad o no de retorno de los desplazados forzosos depende, como es lógico, del daño que haya sufrido su lugar de origen aunque, claro está, la desaparición de este implica la imposibilidad de retornar. Además, surge otro problema que preocupa también a la Comunidad Internacional: la apatridia. Son cuestiones que no se han abordado a día de hoy y que no pueden esperar. Sin embargo, en la agenda internacional están en un segundo plano.

9.1.4 Los desplazamientos pueden ser internos o más allá de las fronteras

Esta es, sin duda, una de las cuestiones más controvertidas en materia de refugiados climáticos. Como sabemos, hay dos posibilidades en los movimientos de población: o bien estos se producen dentro del territorio de un determinado país, los denominados desplazamientos internos, o pueden tener lugar atravesando las fronteras del país de origen, llegando a un tercer país. Este último tipo de desplazamiento es el que se prevé para los casos de asilo o refugio, donde salta la protección internacional frente a la desprotección nacional de la víctima.

En la actualidad existen 38 millones de desplazados internos en el mundo¹⁰¹, de los cuales el 60% pertenece a solo cinco países (Irak, Sudán del Sur, Siria, República Democrática del Congo y Nigeria). Las causas de su huida pueden ser exactamente las mismas que las de un refugiado amparado por la Convención del 51 pero, al encontrarse dentro de su país, la ayuda internacional se complica. El ACNUR, que en un principio fue creado para dar respuestas a la problemática de los refugiados, se encarga hoy también de los desplazados internos y ayuda a más de 25,9 millones de ellos en 24 países (datos de 2014)¹⁰².

¹⁰⁰ HARMAN, G. (2014), "Has the great climate change migration already begun?" en *The Guardian*. Lunes 15 de septiembre de 2014. (en línea: <http://www.theguardian.com/vital-signs/2014/sep/15/climate-change-refugees-un-storms-natural-disasters-sea-levels-environment>).

¹⁰¹ ACNUR. (2015), *El ACNUR y la protección de los desplazados internos*. (en línea: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/desplazados-internos/>).

¹⁰² *Ibid.*

Si bien es importante a la hora de determinar el estatuto del refugiado que el desplazado se encuentre fuera de las fronteras de su país de origen, en la definición dada por El-Hinnawi el tipo de desplazamiento es totalmente intrascendente. Esto beneficia a los refugiados ambientales, ya que en su mayoría se trata de desplazados forzosos que permanecen dentro de las fronteras de su país de origen¹⁰³. Sin embargo, también les complica la cuestión en tanto que no pueden beneficiarse del estatuto del refugiado y su protección como está recogido en la Convención del 51. Esta es, de hecho, la mayor problemática a la que están sometidos.

Borrás Pentinat ve en esto el mayor problema para adoptar un concepto jurídico de “refugiado ambiental” que dé una respuesta adecuada a la realidad a la que se enfrentan, ya que solo serviría en aquellos casos en los que el desplazado atravesase la frontera. Además, la actual calificación de “refugiado” se vería devaluada, entrando a formar parte de este grupo tanto refugiados como desplazados internos en todas las situaciones y cualquiera podría ser refugiado. Si existe una diferenciación terminológica entre el refugiado y el desplazado interno es porque existe una diferencia entre la responsabilidad de proteger a los seres humanos que están dentro de su país de origen o fuera de él.

Debido a esta cuestión, el término empleado por el ACNUR, la Organización Internacional para las Migraciones (IOM por sus siglas en inglés) y el Grupo Político de Refugiados para referirse a las personas que cumplen con la definición de El-Hinnawi es “personas ambientalmente desplazadas”, ya que son personas desplazadas dentro o fuera de sus fronteras por la degradación, el deterioro o la destrucción del medio ambiente. Tiene bastante que ver la interpretación restrictiva que el ACNUR hace de la definición de refugiado, pero tampoco ayuda el hecho de que el mayor número de las víctimas por cuestiones medioambientales no atraviese las fronteras. En el caso de los desplazados internos, son aplicables los Principios Rectores de los Desplazados Internos de 1998¹⁰⁴ que, si bien no tienen vinculación legal, son directrices muy útiles para afrontar esta problemática.

9.2 Personas ambientalmente desplazadas

Una vez hemos visto la problemática de denominar “refugiados” a las personas que abandonan su lugar de origen por cuestiones medioambientales, es importante concretar el concepto que mejor les describe para luego poder analizar su régimen de protección jurídico internacional. El debate doctrinal es importan-

¹⁰³ BORRÁS PENTINAT. S., *Op.cit.*, nota 94.

¹⁰⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS (1998). “Principios Rectores de los Desplazados Internos” en *Comisión de Derechos Humanos*, 54º Período de Sesiones, 11 de febrero de 1998. (en línea: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022>).

te, ya que la terminología empleada implica una protección u otra. Por ejemplo, Egea y Soledad¹⁰⁵ opinan que es mejor utilizar el término de “refugiado” o de “desplazado medioambiental” porque evoca “responsabilidad global”.

Las personas ambientalmente desplazadas cumplirían con todas las características de la definición de El-Hinnawi, no englobando exclusivamente a los desplazados internos o a los que atraviesan las fronteras hacia un tercer país. Incluir el término “ambientalmente” establece además la causa por la que esas personas han abandonado su lugar de origen, situando así en el centro de su desplazamiento la imposibilidad de vivir, ya sea temporal o permanentemente, allí. Si bien no se menciona que el desplazamiento es forzado, se sobrentiende (como ocurre con los desplazados internos) que no queda otra alternativa más que trasladarse a otro lugar para sobrevivir.

Sin duda, y aunque traiga problemas de marco jurídico por no pertenecer concretamente a ninguna de los dos grandes grupos de desplazados, esta conceptualización de la situación engloba todas las posibilidades y situaciones. Para los detractores de usar el concepto de “refugiado medioambiental” del PNUMA, es también una solución perfecta. No usar el término “refugiado” plantea una nueva situación que tiene como resultado una laguna en el Derecho Internacional, una realidad que requiere ser regulada para hacer frente a los nuevos retos que vienen.

10. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS AMBIENTALMENTE DESPLAZADAS

Una vez hemos marcado las líneas que delimitan la situación de este colectivo de personas, debemos admitir que no tienen un espacio en la regulación internacional. Normalmente, y como ocurre con las refugiadas por motivos de género, si están reconocidos sus derechos o su situación jurídica, su estatuto y protección, es en los ordenamientos nacionales de ciertos países que han optado por proteger a estos colectivos. La razón está en el vínculo entre soberanía estatal y las políticas migratorias.

A nivel internacional, y siguiendo el esquema de este trabajo, existen dos posibles alternativas para enmarcar el régimen de protección de las personas ambientalmente desplazadas: el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cada uno tiene sus pros y sus contras, que procederé a analizar a continuación. La cuestión es encontrar cuál de los regímenes existentes es mejor para abordar esta problemática y, si ninguno de ellos lo fuera, que podría hacerse para dar respuesta a esta situación.

¹⁰⁵ EGEA JIMÉNEZ, C. y SOLEDAD SUESCÚN, J.I., *Op. cit.*, nota 91.

10.1 El Derecho Internacional de los Refugiados

Como sabemos, la Convención de 1951 contiene la definición de “refugiado” que se aplica en la actualidad. Las interpretaciones de dicha definición, que suelen ser bastante restrictivas, deben atenerse, como mínimo, a lo recogido ahí. Una vez eliminada la limitación temporal por el Protocolo de 1967, nos queda una definición muy cerrada. El desplazamiento debe tener lugar fuera de las fronteras del país de origen, con un fundado temor de persecución y por alguna de las 5 causas de la lista contenida en el artículo 1(A) de la Convención.

Las personas ambientalmente desplazadas no tienen por qué hacerlo fuera de sus fronteras, como hemos visto. Tampoco se puede hablar de un temor fundado de persecución, aunque sí de un temor fundado a no sobrevivir en la situación en la que se encuentran. Por último, ninguna de las causas de la Convención del 51 pueden admitir a este grupo de personas, se le dé la interpretación que se le dé. A diferencia que con las refugiadas por motivos de género, ni siquiera el amplio espectro del grupo social podría incluirles.

Existe una posibilidad de que puedan valerse de la protección que brinda el estatuto del refugiado. Según el IOM¹⁰⁶, “la condición de refugiado puede aplicarse en circunstancias excepcionales, si los servicios del ecosistema del que dependen los medios de sustento de un grupo son deliberadamente destruidos por el Estado como forma de persecución de ese grupo en particular”, es decir, si el Estado actúa contra un grupo determinado atacando su entorno ambiental, con el que subsisten, limitándoles al máximo las posibilidades de continuar viviendo allí. En este caso observamos que se cumple perfectamente con la definición de “refugiado” de la Convención, y que los motivos medioambientales solo son una forma diferente de ejercer la violencia contra un grupo determinado de personas.

Al no existir un temor fundado de persecución, es muy difícil que sea concedido el refugio. En muchas ocasiones, ni siquiera se produce de manera repentina el desgaste medioambiental, sino de manera continuada y dispersa¹⁰⁷, generando una voluntad de abandonar el lugar de origen y no una situación de huida desesperada. El hecho de que no existan actos de violencia directa contra un grupo de personas concreto, sino una degradación de una región que afecta a todos los habitantes del lugar, pertenezcan al grupo social, etnia, religión, raza o partido político que sea, dificulta enormemente que las personas ambientalmente desplazadas encajen dentro del concepto de “refugiado”.

Además, como se ha mencionado antes, ampliar el grupo de personas al que protege la Convención del 51 y su Protocolo del 67 devaluaría el estatuto de

¹⁰⁶ OIM. (2007), *Nota para las Deliberaciones: La Migración y el Medio Ambiente*, Nonagésima Cuarta Reunión del Consejo, MC/INF/288, (en línea: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/96/MC2239_Rev1.pdf).

¹⁰⁷ EPÓSITO, C. y TORRES CAMPRUBÍ, C., *Op. cit.* nota 96.

refugiado que disfrutan y disfrutarán aquellas personas que sí cumplen con la definición. La protección internacional de los refugiados podría verse limitada y reducida al ser más numeroso el número de solicitudes. Además, y siendo cada vez más complicada la obtención de este estatuto, este incremento perjudicaría seriamente a los que necesitan la protección por un temor fundado de persecución.

Así las cosas, es importante buscar en otro régimen internacional una posible solución a la laguna que desprotege a las personas ambientalmente desplazadas.

10.2 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Lo bueno que tiene este marco legal es que es de aplicación universal en su mayoría. Por lo menos, como ya se dijo, la Carta de Derechos Humanos, sí que lo es. Esto implica que todos los Estados, sin excepción, deben respetar los derechos contenidos en estos textos a todos los seres humanos, sin excepción. Al ser de aplicación universal supera la problemática del tipo de desplazamiento, siendo indiferente si este se produce dentro o fuera de las fronteras.

La argumentación es muy sencilla, aunque su aplicación no lo es tanto. Existen diversos derechos humanos que podrían ser empleados en estas situaciones para alegar la protección de las personas ambientalmente desplazadas. Como marco general, está la responsabilidad de proteger¹⁰⁸ a los seres humanos, de salvar vidas. A grandes rasgos, pues no es motivo de análisis de este trabajo, cuando un Estado no cumple con su obligación de proteger debidamente a sus ciudadanos, la Comunidad Internacional tiene la responsabilidad subsidiaria de protegerlos. Si bien este concepto está pensado para poder hacer frente a la intocable soberanía estatal sobre sus propios ciudadanos en su territorio en casos tremendamente excepcionales, una interpretación en favor de las personas ambientalmente desplazadas impondría una obligación internacional de proteger a este colectivo en determinadas circunstancias cuando su propio país de origen no pudiera hacer frente a la situación.

También se alegan otra serie de derechos humanos que podrían emplearse para proteger a este tipo de desplazado. Se trata de los principios del Derecho Medioambiental aplicables a los seres humanos: el derecho a circular libremente o a un nivel de vida adecuado justificaría la partida en busca de un lugar mejor donde vivir. Sin embargo, aplicables a todo tipo de migración, encontraría rápidamente la reticencia de los Estados que son considerados punto de destino de los desplazados.

¹⁰⁸ ONU, Oficina del Asesor Especial sobre la Prevención del Genocidio, *La responsabilidad de proteger*. (en línea: <http://www.un.org/es/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>).

Existen ejemplos¹⁰⁹ que, sin duda, demuestran que este podría ser el camino para proteger a las personas ambientalmente desplazadas. En la Unión Europea, la Directiva del Consejo 2001/55/CE¹¹⁰ de Protección Temporal permite a cada país, a la hora de trasponer su contenido, incluir a las personas ambientalmente desplazadas en su marco nacional de protección. Tanto Suecia como Dinamarca optaron por incluirles. No son todos pero si algunos, sentando un precedente.

Otro de los argumentos que se esgrimen es entender que estas personas están protegidas al darse una catástrofe medioambiental porque suelen conllevar una violación masiva de derechos humanos por la incapacidad del Estado de proteger a sus ciudadanos ante una situación tan radical. En la violación de derechos no estaría, por tanto, la catástrofe natural sino la violencia que se genera al perderse el control. Esto sería válido solo en casos de fenómenos naturales repentinos como huracanes o inundaciones, y más difícil de justificar cuando el deterioro medioambiental fuese paulatino, como la desertificación.

Sin duda, la cuestión es complicada también al emplear el régimen de protección de los derechos humanos por la falta de efectividad de la Comunidad Internacional a la hora de hacer cumplir a raja tabla los derechos más básicos en situaciones menos extremas que estas. Los principios del Derecho Ambiental también deben aplicarse independientemente de que se trate de disrupciones ambientales que determinen el desplazamiento forzado.

11. POSIBLES SOLUCIONES A LA FALTA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS AMBIENTALMENTE DESPLAZADAS

El surgimiento de nuevas problemáticas es una consecuencia lógica del devenir de los acontecimientos. El derecho siempre intenta responder a tiempo a las situaciones en las que la sociedad lo requiere. Sin embargo, no siempre llega a tiempo o, si lo hace, puede que con el tiempo quede obsoleto, siendo necesaria una revisión de la solución para que continúe siendo útil.

Como hemos visto, la solución de englobar a las personas ambientalmente desplazadas en la definición de “refugiado” y, por ende, concederles la protección que brinda el estatuto sería contraproducente. Primero porque devaluaría la protección de aquellos que hoy encajan perfectamente en la definición al aumentar el número de solicitantes, la reticencia de los Estados y las cifras de la problemática hasta límites insostenibles. Segundo, porque la Convención del 51

¹⁰⁹ EPÓSITO, C. y TORRES CAMPRUBÍ, C., *Op. cit.* nota 96.

¹¹⁰ Directiva de la Unión Europea 2001/55/CE, *Protección Temporal en caso de flujos masivos de personas desplazadas* (en línea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:I33124>)

y su Protocolo se crearon para dar solución a un problema concreto en un momento concreto, con la nota de restricción que esto impone a la interpretación de la definición.

El marco jurídico de protección de los Derechos Humanos es más pertinente, si bien es una respuesta fácil a una problemática que va in crescendo. Obviamente, en la base de cualquier regulación internacional deben estar los Derechos Humanos y, obviamente, estos deben aplicarse a todo el mundo en todas las circunstancias. Pero esta situación tiene un carácter global, es un problema que afecta a todo el mundo y necesita soluciones globales donde toda la Comunidad Internacional se ponga de acuerdo.

Si bien existe una reticencia de la Comunidad Internacional a crear nuevos instrumentos¹¹¹, hay que reconocer que los existentes hasta ahora no son válidos. Ni la Convención del 51, ni el Protocolo del 67, ni los Principios Rectores de 1998 sirven como marco jurídico. Estos últimos podrían funcionar como punto de partida junto con la Carta de Derechos Humanos y los Principios de Derecho Medioambiental. Sin embargo, como hemos visto, no es suficiente. El interés actual de los miembros de la Comunidad Internacional puede estar en regular los casos más graves, que podrían estar amparados en la Convención del 51 si mediara violencia en la causa de la disrupción ambiental.

El problema se agrava y se va a agravar. El cambio climático es un hecho al que hay que hacer frente tanto para frenarlo como para controlar sus consecuencias. Entre ellas, los desplazamientos forzados de población por causas medioambientales. La lucha por la supervivencia implica la necesidad de huir del lugar de origen. A veces es la violencia y otras, simplemente, la naturaleza. Estén o no estén los seres humanos detrás de la causa de la migración forzosa, la verdad es que no pueden permanecer allí si quieren seguir viviendo. Es una obligación de la Comunidad Internacional hacer frente a esta situación y asegurar a los que probablemente sean millones de personas, una protección jurídica en caso de que tengan que abandonar su hogar porque no pueden seguir viviendo allí. Fuera o dentro de las fronteras de su país.

¹¹¹ ZETTER, R. (2008), "Marcos jurídicos y normativos", Revista Migraciones Forzadas, n.º 31 (en línea: <http://www.fmreview.org/es/pdf/RMF31/RMF31.pdf>)

CONCLUSIONES

No siempre lo que ya tenemos es la solución para los problemas que van surgiendo a lo largo de los años. Igual que el Derecho Interno de los Estados evoluciona conforme evoluciona la sociedad, para adecuarse a las demandas de los nuevos tiempos, el Derecho Internacional tiene la obligación de hacerlo. Pese a la dificultad que supone la creación normativa en este régimen jurídico, la Comunidad Internacional tiene un deber de protección con los seres humanos independientemente de dónde procedan.

El actual Derecho Internacional de los Refugiados está obsoleto. Lo está en general porque su intención inicial no era proteger a todos los refugiados del mundo, sino a los surgidos, concretamente, de la Segunda Guerra Mundial. Una vez se eliminó esa cláusula temporal, la regulación permaneció igual solo que extensible a los desplazados forzosos transfronterizos que surgieran en cualquier conflicto o situación de violencia. Incluso se adaptó al nuevo modelo de desplazamiento: los desplazamientos en masa. Más o menos, y gracias a las interpretaciones dadas por el ACNUR y a su increíble labor para proteger a los millones de personas que sufren esta situación, esta problemática está pudiendo ser resuelta. Una posibilidad muy adecuada sería que la situación del refugiado, si éste lo es o no, se calificase no por la causa sino por la gravedad de la situación que ha ocasionado el desplazamientos.

Pero en los últimos años y como consecuencia de la evolución de los problemas mundiales, han surgido nuevos colectivos que merecen protección. Las mujeres y el colectivo LGTB, perseguidos en multitud de lugares del mundo por su género, y los desplazados forzosos por cuestiones ambientales, obligados a abandonar sus hogares por la imposibilidad de sobrevivir en ellos. Ambos requieren urgentemente un marco jurídico de protección idóneo que no tiene por qué ser igual.

En el caso de las refugiadas por motivos de género, hemos visto que la violencia está, al fin y al cabo, en el trasfondo de su razón de huida. Más que una

persecución, se trata de violencia sistemática y estructural contra este colectivo humano. Existen países en los que no hay protección para la mujer ni para los homosexuales y transexuales. Es más, estos últimos pueden llegar a ser condenados a muerte por su condición. Si en esos estados no funciona la protección es obligación de la Comunidad Internacional responder y ayudar a quienes sufren estas violaciones. Es complicado hacerlo dentro del país de origen porque choca con la sagrada soberanía estatal, pero en el momento en el que cruzan las fronteras toda la maquinaria internacional debería ponerse a trabajar. Además, en este caso, y gracias a las interpretaciones del ACNUR y de ONU Mujeres, se podría ampliar la definición de refugiado para englobar estos casos al existir un temor fundado de persecución.

Para evitar que estas personas, que alegan un temor fundado de persecución por motivos no recogidos en la Convención, personas que al fin y al cabo también necesitan protección, queden desprotegidas, debería modificarse tal instrumento así como su Protocolo. Si bien ni el ACNUR ni los Estados tienen en sus agendas realizar tal acción, considero necesario ampliar el conjunto de motivos por los que se establece la determinación del Estatuto del Refugiado, es decir, establecer un *numerus apertus* de motivos que hagan de la definición del refugiado algo más personal, en lo que cuente más el temor fundado de persecución que la razón por la que éste tiene lugar.

En el caso de las personas ambientalmente desplazadas la cuestión se complica por el tipo de desplazamiento, que suele ser interno, y por la ausencia del temor fundado de persecución. Sin embargo, es innegable que se trata de un desplazamiento forzado no solo para buscar mejores condiciones de vida sino para sobrevivir. Por ello, ni siquiera es pertinente denominarles “refugiados climáticos”, sin que esto suponga una pérdida de importancia en el contexto actual.

El cambio climático es un hecho y las consecuencias, como he comentado, son y van a ser catastróficas. Como es obvio, los desplazamientos de personas por culpa de las sequías, las inundaciones, los huracanes, monzones, deterioros del suelo, etc... necesitan cuanto antes estar regulados. Y este hecho es igual de importante que frenar su causa. No deberíamos perder el tiempo discutiendo si el cambio climático es o no real. Los desplazamientos han comenzado en algunos lugares aunque a pequeña escala. Si no existe manera de proteger a este colectivo en el actual Derecho Internacional debemos ponernos manos a la obra para crear un marco jurídico especial. No sería la primera vez que se aborda un problema con la creación de Derecho Internacional nuevo.

Por desgracia, el mundo está compartimentado en Estados con fronteras y, por desgracia, unos pueden proteger mejor que otros a sus ciudadanos. Es lógico que, en aquellos en los que la protección no pueda ser llevada a cabo con diligencia o que, directamente, el ataque a la población provenga del Estado,

actúe la Comunidad Internacional. Discutir cuestiones de soberanía estatal es necesario para que no se cometan abusos de los países más poderosos contra otros que lo son menos, pero hay que fijar unos límites en las personas. El paso de la Responsabilidad de Proteger, si llega a interpretarse correctamente, podría ser una solución.

Ya es difícil abandonar tu hogar porque puedes morir, porque allí ya no hay ninguna posibilidad de supervivencia, porque es la única opción, no la más desesperada ni una de tantas... El valor que hay que tener para alejarse del lugar de origen, arriesgando la vida, perdiéndolo todo, es inconcebible para aquellos que no han sufrido la guerra, la violencia sistemática, la persecución, la hambruna. Lo único que merecen esas personas es protección y alguien debe dársela: la Comunidad Internacional.

BIBLIOGRAFÍA

—ACNUR. *La Protección de los Refugiados en el Mundo y el Papel del ACNUR*. 2008. 32 p.

—ACNUR. *La Situación de los Refugiados en el Mundo. 50 años de acción humanitaria*. Icaria, 2000. 363 p.

—ACNUR. *Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2014*. 2015, 56p.

—ACNUR. *The State of the World's Refugees: Human Displacement in the New Millennium*. 2006. 229 p.

—ARENAS HIDALGO, Nuria. *La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria* en *La desprotección internacional de los derechos humano*. Huelva : Universidad de Huelva, 1998, págs. 123-190.

—CAMPS MIRABET, Núria. *El derecho internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*. Universidad de Lleida, 2005. 113 p.

—DIAS DE SOUZA, Marcelo A. *Extender la protección global a refugiados: conclusiones a las jornadas: 50 aniversario de la Convención de Ginebra sobre refugiados: vigencia y propuestas de desarrollo*. Comisión de Ayuda al Refugiado, 2001. 101 p.

—DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 18.^a ed. Tecnos, 2013. 1208 p.

—FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria. *Asilo y Refugio en la Unión Europea*. Comares, 2007. 155p.

—FRIGO, Massimo. *Migration and International Human Rights Law*. International Commission of Jurists, 2011. 298 p.

—GALINDO VÉLEZ, Fernando. “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado” en NAMINHAS, S. (Coord.) *Derecho*

Internacional de los Refugiados. Quito, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001.

—GOODWIN-GILL, Guy S. *The Refugee in International Law*. 3rd ed. Oxford University Press, 2007. 786 p.

—HURWITZ, Agnes G. *The Collective Responsibility of States Protect Refugees*. Oxford University Press, 2008. 350 p.

—IZQUIERDO, S. *Asilo territorial o Refugio político*. Instituto de Estudios Legales y Sociales de Uruguay, 1989. 59 p.

—JACKSON, Ivor G. *The Refugee Concept in Group Situations*. Martinus Hijhoff, [1999]. 486 p.

—KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *El Derecho de Asilo frente a la Violencia de Género*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010. 258 p.

—MAGRIÑÀ, Lluís. *Refugiados del S.XXI: ¿somos capaces de aportar soluciones?* Cristianisme i Justicia, 2006. 32 p.

—MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. 2 ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), 2003. 816 p.

—MUSALO, Karen; MOORE, Jennifer; BOSWELL, Richard A. *Refugee Law and Policy: a comparative and international approach*. Carolina Academic Press, 2006. 990 p.

—ONU MUJERES. *El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2011-2012. En Busca de la Justicia*. 2011.

RECURSOS ONLINE

—ACNUR www.acnur.org

—COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA www.icrc.org

—NACIONES UNIDAS www.un.org

—ONU MUJERES www.unwomen.org

—REVISTA MIGRACIONES FORZOSAS www.fmreview.org

