# RETOS DEL DERECHO ANTE LAS NUEVAS AMENAZAS

**Susana De Tomás Morales**
*Directora*

José Manuel Sobrino Heredia
Fernando J. Sánchez Gómez
Oscar Manuel Flores Lecha
Cristina Amich Elías
Olaf Bernárdez Cabello
Ignacio Ramos-Paúl de la Lastra
Inés de Alvear Trenor
Mario Lanz Raggio
Mª del Valle López Alfranca
Javier Gómez Lanz
José María Sánchez Sánchez
Alfonso J. Iglesias Velasco
Anass Gouyez Ben Allal
Rosario Domínguez Matés
Domingo Carbajo Vasco
Pablo Antonio Fernández Sánchez
Fernando Flores Giménez
Paula García Andrade
María Lage Cotelo
Susana Borrás Pentinat
José Ángel López Jiménez
Mª Ángeles Cano Linares
Antonio Manrique de Luna Barrios

Dykinson, S.L.

COLECCIÓN SEGURIDAD Y DEFENSA

# RETOS DEL DERECHO ANTE LAS NUEVAS AMENAZAS

# RETOS DEL DERECHO ANTE LAS NUEVAS AMENAZAS

Susana de Tomás Morales
*(Directora)*

José Manuel Sobrino Heredia
Fernando J. Sánchez Gómez
Oscar Manuel Flores Lecha
Cristina Amich Elías
Olaf Bernárdez Cabello
Ignacio Ramos-Paúl de la Lastra
Inés de Alvear Trenor
Mario Lanz Raggio
Mª del Valle López Alfranca
Javier Gómez Lanz
José María Sánchez Sánchez
Alfonso J. Iglesias Velasco
Anass Gouyez Ben Allal
Rosario Domínguez Matés
Domingo Carbajo Vasco
Pablo Antonio Fernández Sánchez
Fernando Flores Giménez
Paula García Andrade
María Lage Cotelo
Susana Borrás Pentinat
José Ángel López Jiménez
Mª Ángeles Cano Linares
Antonio Manrique de Luna Barrios

Dykinson, S.L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial

Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

Colección Seguridad y Defensa
**Susana de Tomás Morales (Directora)**

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
http://www.dykinson.es
http://www.dykinson.com

ISBN: 978-84-9085-258-3

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

# ÍNDICE

**PRESENTACIÓN: HACIA EL ARRAIGO DE UNA CULTURA DE SEGURIDAD Y DEFENSA EN EL PANORAMA EDITORIAL ESPAÑOL** ..... 15

*Susana De Tomás Morales*

1. VULNERABILIDADES Y SEGURIDAD NACIONAL INTERNA E INTERNACIONAL ..... 17
2. LAS CIBERAMENAZAS Y OTROS POSIBLES USOS NOCIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS ..... 19
3. EL ESPIONAJE ..... 20
4. EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA ..... 21
5. INESTABILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA ..... 22
6. LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES ..... 23
7. EMERGENCIAS Y CATÁSTROFES ..... 24
8. LOS CONFLICTOS ARMADOS ..... 25

**I.**
**VULNERABILIDADES Y SEGURIDAD NACIONAL INTERNA E INTERNACIONAL**

**VULNERABILIDAD DEL ESPACIO MARÍTIMO EN LA UE: HACIA UNA POLÍTICA DE PROTECCIÓN MARÍTIMA EN EL MARCO DE LA POLÍTICA MARÍTIMA INTEGRADA** ..... 29

*José Manuel Sobrino Heredia*

1. INTRODUCCIÓN ..... 29
2. LOS INTERESES MARÍTIMOS ESTRATÉGICOS DE LA UE. ..... 35
3. LOS RIESGOS QUE AMENAZAN LOS INTERESES MARÍTIMOS ESTRATÉGICOS DE LA UE ..... 37
4. LAS MEDIDAS E INSTRUMENTOS PARA HACER FRENTE A LAS AMENAZAS QUE AFECTAN LA SEGURIDAD MARÍTIMA EUROPEA ..... 41
5. CONCLUSIONES ..... 50

BIBLIOGRAFÍA ..... 52

**PROTECCIÓN DE INFRAESTRUTURAS CRÍTICAS: CONCEPTOS BÁSICOS** ..... 53

*Fernando J. Sánchez Gómez*

1. Introducción ..... 53
2. ¿QUÉ ES UNA INFRAESTRUCTURA CRÍTICA? ..... 54
3. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS ..... 55
4. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS POLÍTICAS SOBRE PIC ..... 57
5. IMPLANTACION DE LAS POLÍTICAS SOBRE PIC ..... 60
6. CONCLUSIONES ..... 75

BIBLIOGRAFÍA ..... 76

**PASADO, PRESENTE Y FUTURO EN LA PROTECCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS Y SERVICIOS ESENCIALES** ..... 79

*Oscar Manuel Flores Lecha*

1. Introducción ..... 79
2. MARCO LEGAL ..... 80
3. LÍNEAS DE ANÁLISIS ..... 84
4. CONCLUSIONES ..... 89

BIBLIOGRAFÍA ..... 89

**II.**
**LAS CIBERAMENAZAS Y OTROS POSIBLES USOS NOCIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

**LOS MARCOS LEGALES APLICABLES A LAS AMENAZAS Y RIESGOS CIBERNÉTICOS** ..... 93

*Cristina Amich Elías*

1. INTRODUCCIÓN ..... 93
2. EL CIBERCRIMEN Y LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL ..... 95
3. EL DERECHO DE LOS CONFLCITOS ARMADOS COMO MARCO JURÍDICO APLICABLE EN UNA SITUACIÓN DE APERTURA DE HOSTILIDADES ..... 101
4. EL USO DE CONTRAMEDIDAS COMO RESPUESTA LEGÍTIMA A LAS CIBEROPERACIONES MALICIOSAS ..... 104
5. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIBERSEGURIDAD ..... 106
6. LA DIVERSIDAD DE LAS PREOCUPACIONES DE LOS ESTADOS Y ACTORES IMPLICADOS ..... 107
7. CONCLUSIONES ..... 108

BIBLIOGRAFÍA ..... 108

**RETOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LAS CIBERAMENAZAS** ..... 111

*Olaf Bernárdez Cabello – Ignacio Ramos-Paúl de la Lastra*

1. EL CIBERESPACIO Y LA NECESIDAD DE LA CIBERSEGURIDAD... 111
2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DEFENSA AL CONCEPTO DE SEGURIDAD ..... 112
3. LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL Y LA ESTRATEGIA DE CIBERSEGURIDAD NACIONAL..... 113
4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CIBERESPACIO..... 115
5. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ESTRATEGIA DE CIBERSEGURIDAD NACIONAL..... 115
6. DERECHO PROBATORIO ESPAÑOL: ANÁLISIS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y PERICIAL EN EL MARCO DE LA INFORMÁTICA FORENSE ..... 116
7. LA INFORMÁTICA FORENSE EN ESTADOS UNIDOS..... 119
8. RETOS DE LA INFORMÁTICA FORENSE EN ESPAÑA PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA..... 121

BIBLIOGRAFÍA ..... 122

**ALGUNOS RETOS DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LA OPERACIÓN CIVIL Y MILITAR DE DRONES Y RPAS** ..... 125

*Inés de Alvear Trenor*

1. INTRODUCCIÓN ..... 125
2. RETOS DEL DERECHO EN RELACIÓN CON EL USO DE RPAS MILITARES ..... 127
3. DESAFÍOS DEL DERECHO EN CUANTO AL USO CIVIL DE LAS RPAS ..... 128
4. RPAS CIVILES MARCO JURÍDICO NACIONAL ACTUAL Y PREVISIBLE ..... 131
5. LEGISLACIÓN ACTUAL RESPECTO OPERACIÓN DE RPAS MILITARES..... 132
6. OTROS ÁMBITOS NORMATIVOS ADEMÁS DEL OPERACIONAL ..... 133
7. AMENAZAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS..... 134

BIBLIOGRAFÍA ..... 135

## III.
## EL ESPIONAJE

**CIBERESPIONAJE Y DERECHO INTERNACIONAL** ..... 139

*Mario Lanz Raggio – Mª del Valle López Alfranca*

1. INTRODUCCIÓN ..... 139
2. ESPIONAJE Y CIBERESPIONAJE ..... 142
3. CONCLUSIONES ..... 157

BIBLIOGRAFÍA ..... 158

## IV.
## EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA

**MEDIDAS CONECTADAS CON LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL** ..... 163

*Javier Gómez Lanz*

1. INTRODUCCIÓN ..... 163
2. LA DEFINICIÓN DE ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES ..... 165
3. LA TIPIFICACIÓN Y PUNICIÓN AUTÓNOMA DE LA CREACIÓN, DIRECCIÓN, COORDINACIÓN, PARTICIPACIÓN Y COOPERACIÓN CON ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES ... 169
4. LA MODIFICACIÓN DEL COMISO ..... 176
5. EL PROYECTO DE REFORMA DEL 2013 ..... 176
6. CONCLUSIONES ..... 178

BIBLIOGRAFÍA ..... 178

**INICIATIVAS CONTRA LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS BIOLÓGICAS** ..... 181

*José María Sánchez Sánchez*

1. INTRODUCCIÓN ..... 181
2. LA CONVENCIÓN DE ARMAS BIOLÓGICAS Y TOXÍNICAS ..... 183
3. LA RESOLUCIÓN 1540 ..... 185
4. LA INICIATIVA SOBRE LA SEGURIDAD DE LA PROLIFERACIÓN ... 186
5. ACCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA ..... 187
6. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA ..... 188
7. LA AUTORIDAD NACIONAL PARA LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS ..... 195
8. CONCLUSIONES ..... 197

BIBLIOGRAFÍA ..... 198

REFERENCIAS NORMATIVAS ..... 198

**EL PROGRAMA NUCLEAR IRANÍ:UNA CUESTIÓN SENSIBLE PARA LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN DE NO PROLIFERACIÓN** ..... 201

*Alfonso J. Iglesias Velasco – Anass Gouyez Ben Allal*

1. Introducción ..... 201
2. AUMENTO DE LA TENSIÓN EN ORIENTE MEDIO: ACCIONES BÉLICAS Y DINÁMICA DE PROLIFERACIÓN NUCLEAR ..... 203
3. CONCLUSIONES ..... 213

BIBLIOGRAFÍA ..... 213

**EL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL ESPACIO MARINO: RESPUESTA DESDE LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL** ..... 215

*Rosario Domínguez Matés*

1. INTRODUCCIÓN ..... 215
2. LA INSTITUCIONALIZACIÓN A NIVEL UNIVERSAL DE LA LUCHA CONTRA LA AMENAZA DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL MAR ..... 216
3. LA ACCIÓN PRIVADA A TRAVÉS DE LA DENOMINADA 'INICIATIVA CONTRA LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA' ..... 224
4. CONCLUSIONES ..... 227

BIBLIOGRAFÍA ..... 228

**V.**
**INESTABILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA**

**UN "AGUJERO NEGRO" PARA LA GOBERNANZA MUNDIAL "LOS PARAÍSOS FISCALES"** ..... 233

*Domingo Carbajo Vasco*

1. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 233
2. LAS CAUSAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL ..... 235
3. EL CONTEXTO DE LA LUCHA ACTUAL CONTRA LOS "PARAÍSOS FISCALES" Y LOS TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACIÓN ..... 236
4. LA REACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ..... 241
5. ALGUNAS MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LOS "PARAÍSOS FISCALES" ..... 249
6. CONCLUSIONES GENERALES ..... 254

BIBLIOGRAFÍA ..... 256

DOCUMENTACIÓN CITADA ..... 257

## VI.
## LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES

**FLUJOS MASIVOS DE POBLACIÓN, DERECHO DE REFUGIADOS Y DERECHOS HUMANOS. ¿INTERNACIONALIZACIÓN DEL MODELO ADOPTADO POR LA UNIÓN EUROPEA?** ..... 261

*Pablo Antonio Fernández Sánchez*

1. EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS FLUJOS DE POBLACIÓN ..... 261
2. FLUJOS MASIVOS COMO CONSECUENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO ..... 263
3. FLUJO MASIVO POR CAUSAS DISTINTAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ..... 264
4. DERECHOS PROTEGIBLES EN LOS FLUJOS MASIVOS DE POBLACIÓN ..... 265
5. EL DISEÑO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN LA UE ..... 265
6. EL PROBLEMA DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS ..... 268
7. CONCLUSIONES ..... 271

BIBLIOGRAFÍA ..... 272

**LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES COMO AMENAZA: UN MAL COMIENZO PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** ..... 275

*Fernando Flores Giménez*

1. Introducción ..... 275
2. LOS HECHOS: EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LA RESPUESTA EUROPEA ..... 276
3. ¿MERECE LA INMIGRACIÓN SER TRATADA COMO AMENAZA? ..... 283
4. LOS DERECHOS AFECTADOS POR EL ENFOQUE SECURITARIO ..... 284
5. CONCLUSIÓN ..... 287

BIBLIOGRAFÍA ..... 288

**LA DELIMITACIÓN ENTRE LA PESC Y EL RESTO DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE:MIGRACIÓN Y SEGURIDAD EN EL MARCO DE LA "PRIMAVERA ÁRABE"** ..... 289

*Paula García Andrade*

1. INTRODUCCIÓN ..... 289
2. LA PESC Y EL RESTO DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE: DOS MODOS DE RELACIONARSE CON EL EXTERIOR ..... 291
3. LAS REVUELTAS DE LA PRIMAVERA ÁRABE COMO ESCENARIO DE LA PUGNA ENTRE INTERGUBERNAMENTALISMO E INTEGRACIÓN ..... 296
4. CONCLUSIONES ..... 308

BIBLIOGRAFÍA ..... 309

**RETROSPECTIVA Y PREVISIBILIDAD DE LAS "MINORÍAS IMPROPIAS" EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA** .. 311

*María Lage Cotelo*

1. INTRODUCCIÓN ..... 311
2. SEGURIDAD E INMIGRACIÓN. CONCEPTOS Y CIFRAS ..... 312
3. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LAS MINORÍAS: CONSIDERACIONES ESTATALES, SUPERESTATALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS ..... 315
4. MINORÍAS IMPROPIAS: REPRESENTACIÓN E INCERTIDUMBRE SOCIO-JURÍDICA ..... 317

BIBLIOGRAFÍA ..... 323

DOCUMENTACIÓN ..... 323

## VII.
## EMERGENCIAS Y CATÁSTROFES

**LA RESPONSABILIDAD SOBERANA PARA FORTALECER LA SEGURIDAD CLIMÁTICA** ..... 327

*Susana Borrás Pentinat*

1. INTRODUCCIÓN: AMENAZAS Y REALIDADES CLIMÁTICAS ..... 327
2. LA NUEVA AMENAZA A LA SEGURIDAD HUMANA: EL CAMBIO CLIMÁTICO ..... 330
3. LA DOCTRINA R2P: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS ..... 333
4. LA EXTENSIÓN DE LA R2P AL ÁMBITO DE LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD CLIMÁTICA ..... 337
5. LA "SOBERANÍA COMO RESPONSABILIDAD" COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA R2P ..... 340
6. CONCLUSIONES: LA R2P COMO RESPUESTA JUSTA Y NECESARIA ... 347

BIBLIOGRAFÍA ..... 348

## VIII.
## LOS CONFLICTOS ARMADOS

**LA CRISIS UCRANIANA Y SUS PRINCIPALES DERIVADAS. PRINCIPIOS FRENTE A INTERESES, ACTORES FRENTE A ESPECTADORES. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL** ..... 353

*José Ángel López Jiménez*

1. INTRODUCCIÓN ..... 353
2. LOS ACONTECIMIENTOS Y SUS REPERCUSIONES ..... 358
3. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ..... 362
4. LAS FUENTES ENERGÉTICAS Y EL CONFLICTO ..... 367
5. CONCLUSIONES ..... 369

BIBLIOGRAFÍA ..... 371

INFORMES ..... 373

**REACCIÓN INTERNACIONAL INSTITUCIONALIZADA ANTE EL CONFLICTO EN MALÍ** ..... 375

*Mª Ángeles Cano Linares*

1. INTRODUCCIÓN ..... 375
2. DISTINTAS ETAPAS DEL CONFLICTO EN MALÍ ..... 376
3. LA RESPUESTA DE NACIONES UNIDAS ..... 379
4. CONSIDERACIONES FINALES ..... 384

BIBLIOGRAFÍA ..... 385

**EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD REGIONAL E INTERNACIONAL** ..... 387

*Antonio Manrique de Luna Barrios*

1. INTRODUCCIÓN ..... 387
2. EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y SEGURIDAD REGIONAL ..... 388
3. EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL ..... 392
4. CONCLUSIONES ..... 394

BIBLIOGRAFÍA ..... 395

# PRESENTACIÓN: HACIA EL ARRAIGO DE UNA CULTURA DE SEGURIDAD Y DEFENSA EN EL PANORAMA EDITORIAL ESPAÑOL.

Susana De Tomás Morales

*Directora de la Colección "Seguridad y Defensa"*

Mis primeras palabras son de bienvenida a esta una nueva colección lanzada al panorama editorial y de felicitación a la Editorial Dykinson por haber hecho realidad un ilusionante proyecto que, desde el panorama universitario español, veníamos demandando. Permítanme los lectores de esta nueva colección mostrar mi agradecimiento público por haber tenido a bien el depositar en mi persona su confianza y ofrecerme la dirección de esta nueva colección. Asumo este nuevo reto con ilusión y con el firme propósito de editar dos números anuales, tanto monografías como obras colectivas, que reúnan el rigor académico exigido por el Consejo Editorial y el Comité de Expertos que evaluarán los originales presentados para su publicación.

En una apuesta por las nuevas tecnologías y en pro de buscar la mayor difusión de la colección, todos los números serán editados en formato digital, lo que no impedirá que algunos números puedan, además, ser editados en el tradicional formato en papel.

Es innegable el hecho de que los Estados que cuentan con las más avanzadas democracias, las cuestiones de seguridad y defensa adquieren un lugar privilegiado en el panorama editorial. Como ya hemos indicado en otras ocasiones[1], para poder cimentar en la sociedad española un sólida cultura de seguridad y defensa, se requiere voluntad política; una importante reasignación presupuestaria destinada a proyectos de I+D+I en la materia; así como la difusión de los resultados de las rigurosas investigaciones que se están desarrollando en el panorama universitario español, tanto desde el ámbito jurídico como desde el campo de las relaciones internacionales. Si bien, LÓPEZ MORA, afirmaba que "[...] los estudios de seguridad y defensa conforman un dominio universitario

[1] Véase, De Tomás Morales, S., "Hacia una cultura de ciberseguridad: Capacitación especializada para un 'proyecto compartido'. Especial referencia al ámbito universitario", en *Revista ICADE,* nº 92, mayo-agosto 2014. pp. 13-47.

arraigado de alcance internacional y, muy especialmente, su presencia sobresale en los contextos académicos europeos y norteamericanos"[2], lo cierto es que la incipiente investigación de rigor realizada, desde hace ya unas décadas, en España no han encontrado un lugar privilegiado en el mundo editorial nacional. De esta forma, resulta dificultosa la labor de seguimiento de los trabajos publicados en la materia, pues ha de realizarse una ardua búsqueda de los mismos en las más variadas secciones editoriales, desde estudios sociológicos, estudios internacionales, estudios de género, etc., hasta llegar a encontrarse con el gran cajón de sastre denominado "derecho militar", cuando la ubicación de los mismos es ampliamente discutible y deberían situarse en secciones especializadas sobre estudios de Seguridad y Defensa. La corrección de estas y otras carencias editoriales, así como un compromiso firme por cimentar una sólida cultura de Seguridad y Defensa en el panorama editorial español, han llevado a tomar la valiente apuesta por lanzar, en época de crisis, una nueva colección que pueda ser fiel reflejo de las sólidas investigaciones que, tanto desde el ámbito jurídico como desde las relaciones internacionales, se están desarrollando en el ámbito universitario español. Con esta nueva Colección " Seguridad y Defensa" se mostrará el compromiso de los investigadores españoles por los valores y principios constitucionales que cimientan una sólida cultura de seguridad y defensa y que sitúan a España entre los Estados que gozan de una democracia avanzada.

En este contexto, se presenta el número 1 de esta Colección sobre Seguridad y Defensa. Si, como se indica en la *"Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido"* (En adelante, ESN), adoptada el pasado 31 de mayo de 2013, *"Una sociedad responsable y concienciada con su seguridad está en mejores condiciones para hacer frente a los desafíos actuales y ganar en términos de desarrollo y prosperidad [...]"*, resultaba necesario ofrecer una reflexión jurídica sobre los riesgos y amenazas que atenazan la seguridad nacional interna e internacional. Para ello, se ha invitado a participar en esta obra colectiva a expertos provenientes de los más variados ámbitos profesionales relacionados con la Seguridad y Defensa, aprovechando las sinergias resultantes tras la celebración, el pasado día 10 de septiembre, de la I Jornada sobre Derecho, Seguridad y Defensa: "Nuevos retos del Derecho ante las nuevas amenazas", celebrada en la Universidad Pontificia Comillas, contando con una subvención, en concurrencia competitiva (BOE, núm. 131, de 30 de mayo de 2014) de la Secretaría General de Política de Defensa, del Ministerio de Defensa y el copatrocinio de la Editorial Dykinson. Como se acaba de indicar, no se trata este primer número de la Colección de un libro de Actas que recoja las treinta intervenciones presentadas en la referida Jornada, sino que la misma constituyó un motor impulsor para el lanzamiento de esta Colección, contando con contribuciones solicitadas al efecto a algunos de los participantes en la misma, junto a otros especialistas que presentan sus estudios sobre algunos de los riesgos y amenazas objeto de atención.

[2] LÓPEZ MORA, F., "La cultura de la seguridad y defensa en el ámbito universitario", en *Cuadernos de Estrategia*, núm. 155, (Ejemplar dedicado a: *La Cultura de Seguridad y Defensa. Un proyecto en marcha)*, IEEE, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, p.95.

Para atender a los *"Retos del Derecho ante las Nuevas amenazas"*, la presente obra colectiva se ha estructurado en ocho partes, desde las que de forma transversal e interrelacionada se muestran las claves para dar respuesta a algunos de los efectos que muestran los doce riesgos y amenazas contenidos en la ESN. Debido, precisamente, al enfoque integral con el que han de ser atendidos los riesgos y amenazas contenidos en la ESN, ha resultado dificultosa la labor de estructurar en distintas partes los veinte capítulos que integran la obra que hoy presentamos, dado que, en la práctica, no pueden ser atendidos como compartimentos estancos.

## 1. VULNERABILIDADES Y SEGURIDAD NACIONAL INTERNA E INTERNACIONAL

Entre los riesgos y amenazas incluidos en la ESN, destaca la inclusión de tres grandes vulnerabilidades a la seguridad nacional interna e internacional: la vulnerabilidad del espacio marítimo; la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y la especial vulnerabilidad del sector energético. Ésta última, aunque no ha sido objeto de desarrollo pormenorizado, no ha dejado de ser atendida por varios autores, debido a la íntima interconexión existente con otros riesgos y amenazas, como tendremos ocasión de observar, especialmente, en relación con el análisis de algunos conflictos armados y de la vulnerabilidad de la infraestructuras críticas, entre otros. La primera parte del libro se ocupa de la vulnerabilidad del espacio marítimo y de la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas a través de tres capítulos.

La ESN incluye entre los riegos y amenazas a la seguridad nacional interna e internacional a la vulnerabilidad del espacio marítimo, al que se le confiere, en la actualidad "un gran valor estratégico", estableciéndose como objetivo "Impulsar un apolítica de seguridad en el espacio marítimo con la finalidad de mantener la libertad de navegación y proteger las infraestructuras marítimas críticas; proteger la vida humana en el mar; prevenir y actuar ante actividades criminales y actos terroristas que se desarrollen en este medio; proteger y conservar el litoral, los recursos del medio marino, el medioambiente marino y el patrimonio arqueológico sumergido; y prevenir y responder en caso de catrástrofes o accidentes en el medio marino". Este amplio objetivo muestra el carácter integral con el que ha de ser atendida la vulnerabilidad del espacio marítimo en su conexión con otros riesgos y amenazas y desde una visión global transfronteriza. Por otra parte, no debemos olvidar cómo, al igual que veremos en atención a otros sectores, "el uso de las TIC en el ámbito marítimo incrementan la probabilidad de que se realicen ciberataques contra elementos esenciales para el desenvolvimiento de las actividades propias de este medio", como se señala en la Estrategia de Seguridad Marítima Nacional[3], adoptada el 5 de diciembre de 2013.

[3] Los dos grandes grupos de riesgos y amenazas que son objeto de atención en la Estrategia de Seguridad Marítima Nacional son, por una parte. los derivados de los actos deliberados y de naturaleza delictiva y, por otra, los de naturaleza accidental o fortuita como consecuencia del contacto del hombre con el

La vulnerabilidad del espacio marítimo es objeto de un profundo análisis a cargo del Profesor Dr. José Manuel Sobrino Heredia, a través del Capítulo primero, titulado: ***"Vulnerabilidad del espacio marítimo en la UE: hacia una política de protección marítima en el marco de la política marítima integrada"***. De forma magistral, el Prof. Sobrino manifestará que "la prosperidad y desarrollo de la Unión Europea están ligados a la actividad en el mar y desde el mar. Para la Unión es vital la existencia de un entorno marítimo seguro que permita el tráfico marítimo fluido del comercio y las personas, así como el uso pacífico, legal, justo y sostenible de los recursos naturales y minerales existentes en los mares y océanos". En el proceso de construcción de una Política Marítima Integrada, que se inició en 2006, el Prof. Sobrino destaca cómo la Unión se viene planteando no sólo la cuestión de saber cómo salvaguardar el medio ambiente marino, esto es cómo avanzar en materia de seguridad marítima en sentido propio (sécurité, safety); sino, también, cómo proteger a las personas y a los bienes de los riesgos que en las actividades marítimas pueden surgir de actos ilícitos deliberados, es decir, cómo mejorar la protección marítima y la seguridad pública (protección, security, sûreté) . Esto es, cómo definir una estrategia o política de seguridad marítima, entendida como la combinación de medidas preventivas y correctivas dirigidas a proteger el entorno marítimo europeo frente a amenazas y actos ilegales deliberados. Y, todo ello, como acertadamente manifestará el Prof. Sobrino, justificado en un hecho: la inseguridad marítima o la percepción en la opinión pública europea de que esta inseguridad existe y ha aumentado, indicando que "La criminalidad en y desde el mar y en instalaciones conexas se ha multiplicado. Tal y como ocurre, por ejemplo, con la piratería, el terrorismo, la intensificación del tráfico ilegal de inmigrantes por vía marítima, la explotación ilegal o no regulada de los recursos marinos, la destrucción y degradación intencionada del medio marino, los actos contra el patrimonio cultural subacuático y otras formas de delincuencia organizada que afectan a los mares y océanos y ponen en peligro la seguridad marítima".

En el desarrollo del capítulo primero, el Prof. Sobrino se detendrá, en primer lugar, en la presentación de los intereses marítimos estratégicos de la UE, pasando a abordar, a continuación, los riesgos y amenazas que pueden afectar al espacio marítimo europeo. Finaliza su contribución a esta obra refiriéndose a "aquellas medidas e instrumentos que podría remediar o atenuar la vulnerabilidad de dicho espacio marítimo", llegando, entre otras, a la conclusión de que "[...] Es, en la voluntad de los gobiernos europeos, más que en los deseos de las instituciones europeas, donde reside la posibilidad de neutralizar hasta un nivel razonable las vulnerabilidades que afectan al espacio marítimo de la Unión Europea...".

La ESN indica cómo son múltiples los riesgos y amenazas que atenazan la seguridad de las infraestructuras críticas. La vulnerabilidad de las mismas será atendida a través de dos capítulos. El Excmo. Sr. D. Fernando Sánchez Gómez, a través del capí-

medio marítimo. Disponible en el sitio web: http://www.emad.mde.es/DOCUMENTOS-INTERÉS/documentos/documentosEMAD/140201-CIBERSEGURIDAD-SEGURIDAD-MARITIMA-RED.html.

tulo 2, bajo el título ***"Protección de las infraestructuras críticas: conceptos básicos"***, nos revela de forma exhaustiva qué debemos entender por los términos "infraestructura crítica", por constituir, tal y como señala este autor, "el concepto primario" del que hay que partir, pues en él confluye la consideración de la propia infraestructura en si mismo considerada como la funcionalidad de la misma. Desde esta premisa y tras analizar las características comunes de las infraestructuras críticas y los principios básicos de las políticas sobre protección de infraestructuras críticas (en adelante, PIC), se ofrece un interesante y detalladísimo análisis del proceso de implantación de las políticas sobre PIC, en el que se incluye la necesaria labor de identificación de las infraestructuras críticas; la determinación de las interdependencias; cómo han de gestionarse los riesgos y crisis relacionados con la PIC; la determinación de las escalas de planteamiento y ejecución en gestión de riesgos y crisis; la implantación de una metodología de valoración de riegos PIC; la participación de la PIC en la gestión de crisis; la edificación de un sistema PIC; así como, finalmente, el intercambio de información. Tras este pormenorizado análisis, se ofrecen unas sugerentes conclusiones que ponen de relieve la incipiente relevancia que está adquiriendo la protección de las infraestructuras críticas.

La reflexión sobre la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas se completa con un tercer capítulo, de la mano del Teniente de la Guardia Civil Oscar Manuel Flores Lecha, quien, bajo el título ***"Pasado, presente y futuro de las infraestructuras críticas y servicios esenciales"***, incorpora unas reflexiones en las que vincula la materia objeto de estudio con los denominados "factores potenciadores" del riesgo que son recogidos en la ESN.

## 2. LAS CIBERAMENAZAS Y OTROS POSIBLES USOS NOCIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

La segunda parte del libro tiene por finalidad el acercarse a las ciberamenazas y a otros posibles usos nocivos de las nuevas tecnologías. En relación con las primeras, contamos con dos capítulos, aunque la amenaza cibernética no dejará de ser objeto de atención en el análisis de otros riegos, a cargo de varios autores de esta obra. Las ciberamenazas requieren respuestas concretas desde el ámbito de Derecho, por lo que la Capitán Auditor Cristina Amich será la encargada, en el capítulo cuarto, de aproximarnos a ***"Los marcos legales aplicables a las amenazas y riesgos cibernéticos"***. Partiendo por interrogarse qué se entiende por ciberdelincuencia y cómo puede ser definido el cibercrimen, analiza la aplicación de la legislación penal y procesal al cibercrimen. Como indica la autora, "[...] se hace imprescindible no olvidar que muchas de las amenazas a la seguridad en este ámbito se han desarrollado debido a dos importantes factores: el primero de ellos, la vulneración o 'circunvalación' de las leyes de protección de datos [...]; el otro, la falta de una educación y cultura sólida en el uso de las tecnologías". A ambos factores dirigirá sus interesantes reflexiones la Capitán Auditor Amich, antes de adentrarse en el análisis del Derecho de los conflictos armados

como marco jurídico aplicable en una situación de apertura de las hostilidades. Una de las cuestiones más controvertidas a la que dirige su atención es la de la determinación de la existencia de un ataque armado y, a partir de entonces, la activación de la legítima defensa, tanto individual como colectiva, tal y como se recoge en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. La posibilidad de recurrir al uso de contramedidas como respuesta a ciberoperaciones maliciosas o al estado de necesidad, como otras posibles causas de exención de la ilicitud, será objeto de atención en sus reflexiones.

Por su parte, D. Olaf Bernárdez Cabello y D. Ignacio Ramos-Paúl de la Lastra, dedicarán el contenido del capítulo quinto al análisis de los ***"Retos de la tutela judicial efectiva frente a las ciberamenazas"***, atendiendo al derecho probatorio español, a través del análisis de la prueba documental y pericial en el marco de la informática forense. Para finalizar, estos autores ofrecen unas reflexiones finales dirigidas a analizar las prácticas seguidas en Estados Unidos y en España en relación con la informática forense.

El último capítulo de esta segunda parte se ha dedicado a la atención de otros posibles usos nocivos de las nuevas tecnologías, que no siendo considerados en sí mismos como un riesgo o amenaza, podrían propiciar o agravarlo, en su condición de "factor potenciador". Los avances tecnológicos han propiciado la creación de drones y de RPAS. Este avance tecnológico, en sí mismo, no debe ser considerado como un riesgo o amenaza para la seguridad nacional interna o internacional, pero su utilización maliciosa, en su conjugación con otros riesgos y amenazas puede agravar sus consecuencias. Resulta necesario, pues, establecer una regulación sobre los usos que pueden darse a este nuevo avance tecnológico. En el capítulo quinto, Dª Inés de Alvear Trenor analiza ***"Algunos retos del Derecho en relación con la regulación de la operación civil y militar de drones y RPAS"***. A pesar de que el uso de los drones en el contexto de los conflictos armados se está generalizando, su utilización, como acertadamente indica la autora, ha de ser respetuosa con el cumplimiento del ordenamiento jurídico internacional y con el conjunto normativo que integra el Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, esta nueva realidad no se encuentra ajena a situaciones polémicas sobre la licitud o ilicitud del uso de los mismos. Apuntada esta idea central, el análisis en profundidad se centra en los desafíos del Derecho en relación con el uso civil de las RPAS.

## 3. EL ESPIONAJE

La parte tercera del libro tiene por objetivo el análisis del espionaje. Como se establece en la ESN, "El espionaje se ha adaptado al nuevo escenario del mundo globalizado y aprovecha las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación". Atendiendo a que el ciberespacio ha añadido una nueva dimensión al espionaje tradicional, presentando nuevos retos a los que deben adaptarse los Servicios de Inteligencia y con un innegable impacto en el ámbito jurídico. En especial, se presentan como nuevos desafíos cuestiones tan relevantes como la determinación de la amenaza; la identificación de los autores; la aplicación del Derecho Internacional; la

responsabilidad de los Estados que alojan servidores de mando y control, redes de robots y otro hardware utilizado en las agresiones; o la determinación de la jurisdicción competente, presentan un significativo desafío. El capítulo séptimo se centra en una de estas transcendentales cuestiones con el título ***"Ciberespionaje y Derecho Internacional"***, bajo la coautoría de la Comandante Auditor Mª del Valle López Alfranca y el Comandante Auditor Mario Lanz Raggio. En primera instancia, cuestionan si el espionaje, en tiempo de paz, es lícito a luz del Derecho Internacional. A continuación, partiendo de los conceptos de ciberespionaje y ciberguerra, los podrán en conexión, a través de unas muy interesantes reflexiones.

## 4. EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA

En la cuarta parte del libro serán atendidos otros dos riesgos y amenazas contenidos en la ESN: El crimen organizado y la proliferación de armas de destrucción masiva. El primero de ellos ha sido objeto de análisis por parte del Profesor Dr. Javier Gómez Lanz, quien a través del capítulo octavo, titulado ***"Medidas conectadas con la lucha contra el crimen organizado en las recientes reformas del Código Penal"*** nos mostrará, con el rigor que caracterizan sus investigaciones, cómo aun cuando la criminalidad organizada no puede calificarse propiamente como una nueva amenaza, sí cabe afirmar que las transformaciones en la extensión y la intensidad de este fenómeno, favorecidas fundamentalmente por la globalización, lo dotan de una relevancia cualitativamente distinta como reto para el Derecho. En este contexto, como señala el Prof. Gómez Lanz, la modificación del Código Penal de 1995 operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, constituye un hito fundamental en el diseño de una política criminal de lucha sistemática contra la criminalidad organizada. Es ésta una reforma que, a juicio de este autor, acierta tanto en la resolución fundamental de incriminar de forma autónoma la dirección y participación en organizaciones criminales como en la atención prestada al comiso como instrumento imprescindible para la persecución eficaz de este fenómeno. Por el contrario, considera que son discutibles determinadas decisiones de corte tanto técnico (como el régimen innecesariamente intrincado de asignación de penas a las distintas conductas o la generación de un número excesivo de situaciones concursales de difícil resolución) como político-criminal (la extensión de la tipicidad del nuevo delito de integración en organizaciones y en grupos criminales es, en algún aspecto, excesiva).

La proliferación de armas de destrucción masiva es objeto de análisis a través de los dos siguientes capítulos. En primer lugar, nos encontramos con un interesante análisis de las ***"Iniciativas contra la proliferación de armas biológicas"***, llevado a cabo por el Teniente Coronel Auditor José María Sánchez Sánchez. En el capítulo noveno destacará que la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y su destrucción, de 1972, es el principal instrumento internacional en la lucha contra la proliferación de armas

biológicas. A ella se suman otros instrumentos internacionales como la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la denominada Iniciativa contra la Proliferación (PSI). En su estudio desciende al ámbito interno español, poniendo de manifiesto que España es parte activa en todos ellos -ha implementado adecuadamente en su Derecho interno las obligaciones derivadas de ellos- y reconoce el arma biológica como una de las principales amenazas en su Estrategia de Seguridad Nacional de 2013.

***"El programa nuclear iraní: una cuestión sensible para la seguridad internacional y el régimen de no proliferación"***, constituye el décimo capítulo, bajo la coautoría del Profesor Dr. Alfonso J. Iglesias Velasco y D. Anass Gouyez Ben Allal. Como señalan estos autores, las amenazas que supone el programa nuclear iraní son múltiples: dado que Irán es un Estado parte del TNP, el desarrollo de su programa nuclear militar debilitaría el régimen de no proliferación. Al estar paralizadas las negociaciones con Corea del Norte, la actitud del Gobierno iraní se ha convertido en la prueba clave para saber si la comunidad internacional es capaz de poner coto a la proliferación nuclear. Por otra parte, en opinión de los coautores de este capítulo, este programa obstaculiza el establecimiento de una zona libre de armas de destrucción masiva en Oriente Medio. Además, está generando inestabilidad en una zona problemática, sometida a su vez a una fuerte inestabilidad. El aumento de tensión entre Israel e Irán es permanente y puede desembocar en graves consecuencias; ambos se encuentran inmersos en un continuo enfrentamiento paramilitar con asesinatos selectivos y guerra cibernética. Concluyen con la presentación de unas sugerentes conclusiones que invitan a la reflexión.

Por último, de mano de la Profesora Dra. Rosario Domínguez Matés, se pone en conexión este riesgo y amenaza con la vulnerabilidad del espacio marítimo, a través de un exhaustivo análisis de la cuestión, que constituirá el undécimo capítulo de la obra. Bajo el título ***"El tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el espacio marino: respuesta desde la Organización Marítima Internacional"***, la Profª Domínguez analiza, por una parte, el proceso de institucionalización a nivel universal de la lucha contra la amenaza del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva en el mar y, por otra, la acción privada a través de la denominada "iniciativa contra la proliferación de armas de destrucción masiva".

## 5. INESTABILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA

La inestabilidad económica y financiera es considerada como "uno de los principales riesgos y amenazas" incluidos en la ESN, tanto por la conflictividad social que provoca como por impulsar y reforzar otros riesgos existentes, por lo que dedicamos la parte quinta de esta obra a su consideración. Como se indica en la ESN, son diversos los factores desestabilizadores del sistema económico y financiero, así como su origen. Entre estos factores desestabilizadores se señala la existencia de paraísos fiscales, que son objeto de análisis por el Dr. Domingo Carbajo Vasco, a través del capítulo duodécimo, cuyo sugerente título nos muestra ya el interés de su contenido: ***"Un 'agujero***

***negro' para la gobernanza mundial: 'los paraísos fiscales'"***. Tras analizar las causas del cambio de paradigma en el Derecho tributario internacional, manifestará que la presente crisis sistémica internacional ha revelado la importancia de la transparencia y las reglas de la buena gobernanza en el contexto de una economía globalizada, pues la posibilidad por parte de los agentes de la globalización, en especial, las empresas multinacionales, de trasladar sus bases económicas a cualquier país o jurisdicción fiscal de manera inmediata contrastan con las limitaciones que el principio de soberanía nacional impone a los Estados. En palabras del Dr. Carbajo, sin transparencia, acceso directo a la información financiera y cooperación entre Administraciones tributarias surgen, no sólo los desequilibrios sociales y económicos que minan la confianza social en la democracia; sino que la propia economía de mercado se torna en ineficiente, por la existencia de competencia imperfecta debido al impago de impuestos que caracteriza a unos "*free riders*" como son los paraísos fiscales.

## 6. LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES

A los flujos migratorios irregulares se dedicará la parte sexta del libro, en la que contaremos con cuatro capítulos dedicados a diversos aspectos vinculados con el tema objeto de análisis. El elevado volumen de los flujos migratorios irregulares, así como las dinámicas que han seguido en las últimas décadas son dos factores que se apuntan en la ESN como determinantes para su transformación como "un fenómeno con implicaciones para la política de seguridad". El primer capítulo de esta parte, bajo el título ***"Flujos masivos de población, Derecho de refugiados y Derechos Humanos ¿Internacionalización del modelo adoptado por la Unión Europea?"*** ha recaído bajo la responsabilidad del Profesor Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez, quien manifestará que el derecho internacional nunca se había enfrentado al reto descomunal de dar respuesta a los flujos masivos de población, como consecuencias de conflictos armados, de catástrofes naturales o industriales, etc. La reflexión llevada a cabo por el Prof. Fernández, en su magistral desarrollo del objeto de análisis, se centra en señalar las actuales reglas tibias existentes en el marco de los conflictos armados y en la ausencia de normas que regulen esos flujos masivos, más allá de las existentes a nivel regional, como las de la Unión Europea, en casos más complejos como el cambio climático, las alertas sanitarias, las catástrofes naturales o industriales, etc. Las normas europeas serán duramente criticadas por el Prof. Fernández, no tanto por su diseño normativo, que considera adecuado, sino porque jamás se ha hecho uso de estas normas, a pesar de la existencia de necesidades en los casos de flujos masivos de albaneses, sirios, iraquíes, etc. No ha habido reclamación estatal ni siquiera de los Estados afectados directamente, lo que, a su juicio, demuestra la falta de voluntad política para poner en marcha las medidas establecidas, por lo que su diseño jurídico, por muy importante que sea, deja sin valor la norma si no hay esa voluntad política.

El decimocuarto capítulo, a cargo del Profesor Dr. Fernando Flores Giménez dirige su mirada al ámbito de la protección de los Derechos humanos, bajo el título ***"Los***

***flujos migratorios irregulares como amenaza: un mal comienzo para los Derechos fundamentales"***. Tras atender a los datos estadísticos que apuntan a cómo el fenómeno de la globalización ha provocado un incremento de la inmigración irregular hasta alcanzar cifras nunca imaginables, el Prof. Flores muestra la respuesta de la UE ante este tipo de inmigración. Para ello atiende a la Estrategia Europea de Seguridad y, posteriormente descenderá al ámbito nacional español y su nueva ESN, en la que se incluye a los flujos migratorios irregulares como uno de los doce riesgos y amenazas para la seguridad nacional interna e internacional. Sin embargo, en opinión de este autor, "[...]su incorporación en la ESN como amenaza en sí misma no encaja muy bien en la naturaleza intrínsecamente dañina de otros fenómenos como el terrorismo, los conflictos armados o las ciberamenazas". Ello le llevará a plantear el siguiente interrogante: "¿Merece la inmigración ser tratada como amenaza?", para finalizar su interesante estudio, atendiendo a los derechos afectados por el enfoque securitario con el que es atendida la inmigración ilegal.

En el decimoquinto capítulo, bajo la autoría de la Profª Dra. Paula García Andrade, nos encontramos con un exhaustivo e interesante estudio sobre ***"La delimitación entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE: migración y seguridad en el marco de la "primavera árabe"***, en el que atiende de forma minuciosa a los dos modos en que la UE se relaciona con el exterior para, posteriormente, proceder al análisis de "Las revueltas de la primavera árabe como escenario de la pugna entre intergubernamentalismo e integración". Finaliza con la presentación de unas conclusiones, de las que podemos destacar el llamamiento que lanza, *in fine,* a que las instituciones europeas realicen los esfuerzos necesarios tendentes a "desarrollar una acción exterior lo más eficaz y coherente posible, sin que ello suponga, no obstante, reducir los avances que lo supranacional ha logrado imprimir a las relaciones exteriores de la Unión".

***"Retrospectiva y previsibilidad de las 'minorías impropias' en el contexto de la Unión Europea"*** es el título del decimosexto capítulo, redactado por Dª María Lage Cotelo. En él son atendidos la inmigración y las minorías desde las políticas públicas adoptadas tanto a nivel estatal como superestatal, dilucidando qué se entiende por minoría tanto desde el ámbito jurídico como desde el político. Desde esta premisa, se adentrará en las denominadas minorías impropias, en un interesante análisis vinculado con el fenómeno migratorio.

## 7. EMERGENCIAS Y CATÁSTROFES

Las emergencias y catástrofes son objeto de atención en la ESN como uno de los doce riesgos y amenazas a la seguridad nacional interna e internacional. Junto a las tradicionales catástrofes naturales, la ESN dirige también su mirada a los riesgos y amenazas que tienen su origen en catástrofes originadas por la actividad humana o cuyo origen se encuentra en una combinación de ambos tipos de emergencias. Ante ello, podemos pensar que en el cambio climático se encuentre el origen de emergencias y catástrofes que requieren una respuesta estatal, pues, no en vano, a modo de

ejemplo, se hace referencia expresa a que "la aceleración del calentamiento global podría [...] desencadenar otras catástrofes ecológicas" o que el hecho de que se estén produciendo continuos y devastadores incendios pueden ocasionar importantes perjuicios al medio ambiente.

Por otra parte, encontramos que junto a los doce riesgos y amenazas, la ESN recoge los denominados factores potenciadores del riesgo que bien pueden generar nuevos riegos o amenazas o bien pueden multiplicar o agravar sus efectos. Entre los factores potenciadores del riego se incluye al cambio climático que se presenta como "un elemento clave que se puede convertir en un multiplicador de amenazas". Parece, pues, que el cambio climático podría encontrarse en el origen de determinadas emergencias y catástrofes.

Sin embargo, ¿Podría ser considerado el cambio climático como un nuevo riesgo y amenaza que pueda presentarse en combinación con otros riesgos y amenazas como el que nos ocupa? En esta línea se sitúa el capítulo decimoséptimo, bajo el título ***"La responsabilidad soberana para fortalecer la seguridad climática"*** en el que la Profesora Dra. Susana Borrás Pentinat nos presenta el cambio climático como una nueva amenaza a la seguridad humana, en un completo análisis en el que vinculará esta nueva amenaza que origina catástrofes y provoca situaciones de emergencia con la doctrina de la responsabilidad de proteger. Con gran valentía, llevará a titular sus conclusiones con un concreto llamamiento : "La R2P como respuesta justa y necesaria".

## 8. LOS CONFLICTOS ARMADOS

En la última parte del libro hemos dejado al riesgo y amenaza que tradicionalmente ha ocupado un lugar destacado en todas las estrategias nacionales e internacionales: Los conflictos armados, "aun cuando la interdependencia global ha influido en su morfología y disminuido la probabilidad de confrontaciones clásicas entre Estados. La mayoría de los conflictos de carácter violento son de naturaleza interna", tal y como se indica en la ESN. Sin embargo, tal y como sigue señalando la ESN, "[...] A pesar de su carácter interno, las consecuencias de estos conflictos afectan a la comunidad internacional y, en algunos casos, a los intereses vitales y estratégicos españoles y, por ende, a la Seguridad Nacional". Por último, no debemos olvidar, como recuerda la ESN, que "España debe tener la capacidad de participar en crisis o conflictos por su calidad de socio solidario de las organizaciones internacionales a las que pertenece, así como en operaciones de mantenimiento de la paz, de protección de civiles u otras que afecten a nuestros valores compartidos y se deriven de compromisos adquiridos en organizaciones internacionales como la ONU". En esta última línea se centrarán los tres capítulos en los que se estructura esta última parte de la obra.

***"La crisis ucraniana y sus principales derivadas. Principios frente a intereses, actores frente a espectadores. Una visión desde la perspectiva de la nueva Estrategia de Seguridad Nacional"*** es el título del decimoctavo capítulo redactado por el

Profesor Dr. José Ángel López Jiménez. Con un exhaustivo análisis, se profundiza en las causas y consecuencias de la actual crisis sufrida en territorio ucraniano. Aspectos como la Seguridad y la Defensa Nacional se plantean partiendo de lo individual/estatal, pero remitiéndose a la búsqueda de respuestas globales, conectadas con los principales mecanismos internacionales-sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas, organizaciones internacionales de carácter regional, mecanismos preventivos (Unión Europea, OSCE, OTAN) y la aplicación de los instrumentos normativos del ordenamiento jurídico internacional.

En el decimonoveno capítulo, bajo la autoría de la Profesora Dra. Mª Ángeles Cano Linares, se analiza la ***"Reacción internacional institucionalizada ante el conflicto en Malí"***. Tras analizar las distintas etapas en las que fue discurriendo en conflicto en Malí, la Profª Cano mostrará con minuciosidad las respuestas ofrecidas desde el ámbito onusiano, que le llevará a concluir que "nos encontramos ante una nueva manifestación de la interdependencia y globalización de algunas cuestiones que requieren de una respuesta coordinada internacionalmente institucional".

El Profesor Dr. Antonio Manrique de Luna Barrios dedicará el vigésimo y último capítulo de la obra al análisis del papel que juega la Unión Europea, bajo el título: ***"El rol de la Unión Europea en el ámbito de la paz y de la seguridad regional e internacional"***, atendiendo de forma coherente e interesante la aportación de capacidades civiles y militares de la UE.

En definitiva, la obra colectiva que hoy presentamos constituye un primer acercamiento hacia algunos de los múltiples retos del Derecho ante el cada vez más complejo panorama de seguridad interno e internacional que se enfrenta a nuevos riesgos y amenazas, transfronterizos e interconectados entre sí. Sirva esta obra para alentar nuevas y rigurosas investigaciones en la materia.

Susana De Tomás Morales

*Directora de la Colección Seguridad y Defensa*

# I.
# VULNERABILIDADES Y SEGURIDAD NACIONAL INTERNA E INTERNACIONAL

# VULNERABILIDAD DEL ESPACIO MARÍTIMO EN LA UE: HACIA UNA POLÍTICA DE PROTECCIÓN MARÍTIMA EN EL MARCO DE LA POLÍTICA MARÍTIMA INTEGRADA

José Manuel Sobrino Heredia

*Catedrático de Derecho Internacional Público*
*Instituto Universitario de Estudios Europeos "Salvador de Madariaga"*
*Universidade da Coruña*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los mares y los océanos forman parte de la historia de Europa y de su futuro. La interacción entre Europa y el mar es intensa, variada y vital para su bienestar y prosperidad. La superficie de la UE, verdadera península marítima, es más mar que tierra, los espacios marítimos bajo su soberanía o jurisdicción, incluyendo las regiones ultraperiféricas, son los más extensos del mundo, casi 20 millones de Kilómetros cuadrados, y su ZEE la mayor del planeta.

Dos océanos y cuatro mares (los océanos Atlántico y Ártico y los mares Báltico, del Norte, Mediterráneo y Negro) bañan la UE, y 70.000 km de costa, pertenecientes a 23 de sus 28 Estados miembros, representan el litoral más extenso de la tierra, albergando al 40% de su población y a unas actividades económicas que representan casi la mitad de su PIB. 1.200 puertos contribuyen a ello, así como una de las flotas mercantes más grande del mundo y un sector pesquero que aún sigue estando entre los cinco más pujantes del planeta.

Por otro lado, como principal socio comercial internacional la UE genera un intenso tráfico comercial, buena parte del mismo se canaliza vía transporte marítimo (90% del comercio exterior y el 43% del comercio interior de la Unión pasan por el mar), en particular aquél que se refiere al tráfico de combustibles fósiles y nucleares del que tan dependiente es su economía[1].

[1] En diversos ámbitos la UE es la principal potencia marítima internacional, por ejemplo, en el transporte marítimo. Este transporte y los puertos por los que transita son fundamentales para el comercio

Estos y otros datos bien conocidos referidos a la construcción naval, a las actividades portuarias, a la producción de energía en el mar, al turismo costero y marítimo[2], o el mero, pero significativo hecho, de que más del 70% de las fronteras exteriores de la Unión sean marítimas, explican el por qué los mares y océanos son una fuente de riqueza, pero, al mismo tiempo, origen de múltiples conflictos y preocupaciones para la UE, algunos de ellos ligados a su seguridad y protección marítima.

La importancia del mar para la UE unido a la vulnerabilidad de los espacios marítimos consustancial a su naturaleza[3], acrecentada por una diversidad de riesgos y amenazas de muy variados orígenes pero, en todo caso, más fácilmente enmascarables en el mar que en la tierra, ha llevado a las autoridades europeas a introducir el tema de la seguridad y protección marítima en la agenda de su Política Marítima Integrada. En el fondo de ello late el convencimiento de que los riesgos y amenazas que afectan a la seguridad marítima pueden desbordar, en determinadas situaciones, las capacidades nacionales de los Estados miembros de la Unión, así como que la vigilancia de las costas, puertos y aguas comunitarias precisa de unos recursos muy considerables (medios aéreos, buques, satélites, sistema de búsqueda e identificación de navíos) no siempre al alcance de todos sus Estados miembros, y que la eficacia de los mismos se incrementaría si estos se integrasen en unas estrategias europeas.

A ello se une un hecho, y es que la inseguridad marítima o la percepción en la opinión pública europea de que esta inseguridad existe han aumentado. La criminalidad en y desde el mar y en instalaciones conexas se ha multiplicado. Tal y como ocurre, por ejemplo, con la piratería, el terrorismo, la intensificación del tráfico ilegal de inmigrantes por vía marítima, la explotación ilegal o no regulada de los recursos marinos, la destrucción y degradación intencionada del medio marino, los actos contra el patrimonio cultural subacuático y otras formas de delincuencia organizada que afectan a los mares y océanos y ponen en peligro la seguridad marítima europea.

---

europeo, en el sentido de que 90% del comercio exterior y 43% del interior utiliza la vía marítima. 40% de la flota mundial lleva pabellón de Estados miembros de la UE, 350 millones de personas transitan por los puertos marítimos europeos. Como se recoge en el Libro verde sobre la Política marítima la casi totalidad del comercio exterior de la CE y cerca de la mitad de los intercambios interiores pasan por los cerca de mil puertos repartidos en los veinte Estados miembros costeros de la Unión. No hay que olvidar, tampoco, al turismo que elige las costas europeas que es muy numeroso y una fuente económica esencial para muchas regiones europeas. El turismo de crucero conoce igualmente un crecimiento importante. En fin, el mar constituye un factor fundamental en la seguridad del aprovisionamiento energético de la Unión. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Europeo de las Regiones y al Comité Económico y Social: "Libro Verde. Hacia una futura política marítima de la Unión. Perspectiva europea de los océanos y de los mares", COM (2006) 0275 final, Bruselas, 7.6.2006.

[2] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Europeo de las Regiones y al Comité Económico y Social: "Una política marítima integrada para la Unión Europea", COM (2007) 575 final, Bruselas, 10.10.2007.

[3] Como dice el Parlamento Europeo, "(…) los espacios marítimos son abiertos, inmensos y sin más límites que las jurisdicciones marítimas; (…) los espacios marítimos resultan difíciles de controlar, en especial dado que el Derecho marítimo internacional tiene como objetivo principal facilitar el comercio y garantizar la libertad de circulación", PE: Informe sobre la dimensión marítima de la política común de seguridad y defensa, 2012/2318 (INI), 12 de junio de 2013, p.2.

Además, el escenario donde se producen estas conductas ilícitas, introduce un elemento más de complejidad a la hora de establecer mecanismos para prevenirlas y reprimirlas. En efecto, el régimen jurídico del mar difiere del de la tierra, en el sentido que salvo en una estrecha franja de aguas adyacentes a su costa (aguas interiores y mar territorial) el Estado ribereño, a diferencia de lo que ocurre en tierra, no posee soberanía, mientras que en otros espacios, o bien disfrutará de jurisdicción y de una soberanía limitada a la gestión de los recursos naturales, o ni siquiera de ello, pues son aguas libres en las que los Estados, salvo excepciones derivadas, esencialmente, del ejercicio de actividades de policía marítima, únicamente controlará los navíos que arbolan su pabellón. Estas circunstancias, unida a la amplitud de los espacios marítimos, hace que la respuesta a los actos ilícitos en el mar suponga un verdadero desafío, no sólo para los Estados ribereños sino para la Comunidad internacional en su conjunto.

Para el caso concreto de España, situada en la periferia marítima de la Unión Europea, con uno de los litorales más amplios de la Unión y con espacios marítimos bajo su soberanía y jurisdicción muy extenso, abordar correctamente los problemas ligados a la seguridad marítima resulta fundamental[4], tanto a nivel estrictamente nacional como europeo. Y, en este sentido, cabe observar cómo el Gobierno español, en desarrollo de su Estrategia de Seguridad Nacional de 2011[5], aprobó el 5 de diciembre de 2013 una Estrategia de Seguridad Marítima Nacional. Pero, además, ha sido España quién ha tenido, durante su Presidencia de turno del Consejo Europeo en 2010, la iniciativa de elaborar, dentro de la Política Marítima Integrada de la UE, una Estrategia Europea de Seguridad Marítima, a través de la cual se pretendía integrar aspectos civiles y militares de la seguridad marítima, de manera a tratar con eficacia y de forma global los desafíos a los que en este ámbito se enfrentan la Unión y sus Estados miembros, con la finalidad de poder, así, anticiparse a las amenazas y responder a ellas de manera adecuada con recursos suficientes y sostenibles[6].

---

[4] España es, evidentemente, una nación marítima, como se destaca en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013, en el caso de España, cerca del 90% de las importaciones y algo más del 60% de las exportaciones se realizaron por vía marítima… tiene derechos soberanos o ejerce jurisdicción sobre una superficie marina de un millón y medio de kilómetros cuadrados, área equivalente a tres veces el territorio nacional, donde se encuentran algunas de las grandes rutas del tráfico marítimo mundial, por lo que mantener la libertad de navegación y garantizar el continuo funcionamiento de las infraestructuras en tierra es primordial por su repercusión directa en la seguridad económica y energética. Sobre la seguridad en el espacio marítimo español puede consultarse el amplio análisis elaborado por la Escuela de Altos Estudios de la Defensa. AA.VV.: *Enfoque integral de la seguridad en el espacio marítimo español*, Monografía 135, Escuela de Altos Estudios de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, www.bibliotecavirtualdefensa.es.

[5] Se puede consultar un análisis de la misma en LABORIE IGLESIAS, M.: "La Estrategia de Seguridad Nacional (mayo 2013)", Documento de Análisis 34/2013, IEEE, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/ docs_analisis/2013/DIEEEA34-2013_EstrategiaSeguridadNacional-2013_MLI. pdf.

[6] RETUESTA BOTELLA, José Antonio: "La presidencia española de la UE: del concepto de seguridad marítima a la estrategia de seguridad global en el ámbito marítimo global", Real Instituto Elcano (ARI), nº 101,2010, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari101-010.

Este tipo de amenazas, a las que se refería el Proyecto de Estrategia Europea de Seguridad Nacional planteado por España, no encuentran freno en las fronteras nacionales, ni las terrestres ni tampoco las marítimas, y los Estados miembros de la Unión, difícilmente, pueden atajarlas de forma individual. Por lo que precisa, desde la óptica del principio de subsidiariedad, respuestas coherentes, integradas y a escala de la UE. Pero, además, generan problemas que tienen tanto una dimensión interna como externa, y un alcance transversal, afectando, entre otros, al transporte, las aduanas, la inmigración, el comercio, el desarrollo, la acción exterior o la seguridad y defensa de la UE. Ello requiere la atención de las políticas internas y de las políticas exteriores de la Unión, tanto de las "comunitarias" como de las "intergubernamentales" y su correcta articulación.

Son, además, cuestiones que exigen soluciones globales en un contexto mundial. De manera que la acción europea va a estar estrechamente condicionada por los avances que en materia de protección marítima se alcancen a escala internacional en el seno de las Organizaciones y organismos internacionales concernidos (ONU, OMI, OTAN, etc.).

Por otra parte, las medidas e instrumentos desarrollados o que se desarrollen para hacer frente a las amenazas marítimas se ven en la necesidad de hacer compatible la libertad de navegación con el logro de un adecuado nivel de protección, al objeto de amparar a los ciudadanos y salvaguardar los intereses nacionales, europeos e internacionales. Esto no siempre resulta fácil, pero, en todo caso, debe realizarse de conformidad con el derecho que, en particular, viene representado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, enriquecido con otros instrumentos normativos de tal carácter, que resultan imprescindibles en materia de seguridad, como los Convenios y Protocolos SUA, relativos a la lucha contra el terrorismo marítimo[7]; así como con el bagaje normativo internacional existente, en materia de represión de los tráficos ilícitos referido a la inmigración por vía marítima[8], de drogas y estupefacientes[9], o de lucha contra la Pesca ilegal, no declarada y no reglamentada[10].

---

[7] Convenio (SUA), de Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental y su Protocolo, de 10 de marzo de 1988. Tanto el Convenio como el Protocolo de 1988, fueron ratificados por España mediante Instrumento, siendo publicados ambos en el BOE núm. 99, de 24 de abril de 1992. El Convenio y el Protocolo SUA fueron objeto de importantes modificaciones, hechas en Londres, el 14 de octubre de 2005, ratificándose por España mediante Instrumento de fecha 31 de marzo de 2008, el Texto refundido del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y del Protocolo de 2005 relativo al mismo, publicado en el BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010.

[8] Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que contiene en su artículo 8, medidas específicas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar, ratificado por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003).

[9] Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que dedica su artículo 17 al tráfico ilícito por mar, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de julio de 1990 (BOE núm. 270, de 10 de noviembre).

[10] Acuerdo de la FAO de 2009 sobre las responsabilidades del Estado Rector del Puerto en la lucha contra la Pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

Este es el escenario jurídico en el que la UE y sus Estados miembros van a desplegar, como más adelante veremos, una batería de medidas e instrumentos de seguridad y protección marítima a través de la cual, amén de fomentar los valores y principios básicos recogidos en el art. 2 TUE y 21 TFUE, van a intentar reforzar el espacio marítimo europeo, garantizar la fluidez del tráfico por las vías marítimas y la protección de los bienes públicos mundiales, así como los intereses comerciales y medioambientales.

Es, precisamente, en este escenario y en el camino de construir una PMI iniciado en 2006[11], donde la Unión se viene planteando no sólo la cuestión de saber cómo salvaguardar mejor los mares y océanos, esto es cómo avanzar en materia de seguridad marítima en sentido propio (sécurité, safety); sino, también, cómo proteger a las personas y a los bienes de los riesgos que en las actividades marítimas pueden surgir de actos ilícitos deliberados, es decir, cómo mejorar la protección marítima y la seguridad pública (protección, security, sûreté)[12]. Esto es, cómo definir una estrategia o política de seguridad marítima, entendida como la combinación de medidas preventivas y correctivas dirigidas a proteger el ámbito marítimo frente a amenazas y actos ilegales deliberados[13].

De este modo y en este camino, la UE está intentado construir una Política de seguridad y protección marítima, donde se incluirían todas las acciones destinadas a la protección de las personas y de los bienes y equipos, así como de los espacios marítimos relacionados, directa o indirectamente, con cualquier tipo de actividad marítima

[11] Como es sabido, la PMI es una iniciativa de la Comisión que nace en 2006 y que ve la luz en 2007 bajo la forma de una Comunicación de la Comisión "Una Política Marítima Integrada para la Unión Europea", también conocida como el Libro Azul [COM (2007)0575]. La PMI, dirigida por la Dirección General de Asuntos Marítimos (DG MARE), tiene como objetivo crear un marco para que surjan sinergias entre todas las políticas de la UE relativas a los mares y océanos, y se eviten medidas ineficaces o incoherentes, gastos innecesarios y conflictos de utilización. Un análisis de esta Política se puede encontrar, entre otros, en nuestro trabajo: SOBRINO HEREDIA, J.M.: "La Politique maritime intégrée l'UE et les bassins maritimes européens », *Paix et Sécurité Internationales: Revue Maroco-Espagnole de Droit international et Relations Internationales*, Cádiz-Tanger, 2014, 13-33.

[12] Sobre esta cuestión, no exclusivamente semántica, puesto que afecta a responsabilidades y competencias concretas, he tenido la ocasión de pronunciarme en SOBRINO HEREDIA, J. M.: "La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 277, 2007. Otros autores abogan por una definición omnicomprensiva de seguridad marítima que aglutina tanto los riesgos y amenazas de naturaleza endógena al buque (inspección técnica y operativa, ordenación del tráfico marítimo, etc.), y al medio por el que se desplaza, es decir, los que afectan a la seguridad de la navegación y al medio ambiente marino; como aquéllos otros que tienen un origen exógeno, y que traen causa de la comisión de actos ilícitos deliberados.

[13] Este es el sentido que al concepto de seguridad marítima da también el Almirante F. del Pozo en su trabajo: Pozo, F.: "La mar nunca está en calma", Real Instituto Elcano, 2014. Por su parte la Armada española en el marco del Concepto de Seguridad Marítima de la Armada, publicado en 2007 y revisado en 2008 define la seguridad marítima como "Una actividad cívico-militar de prevención de riesgos y de lucha contra amenazas en el entorno marítimo, en permanente colaboración con la comunidad internacional, basada en el conocimiento del entorno marítimo y en la coordinación eficaz de todos los actores con capacidad de intervención, de acuerdo con las responsabilidades y competencias que legalmente tienen asignadas".

frente a tales amenazas. Y, además, iría dirigida a crear los mecanismos que posibiliten la vigilancia y el control del respeto de estas medidas. Todo ello, con la vista puesta en la creación de un "espacio europeo de seguridad marítima". Esta iniciativa, no siempre ha sido bien acogida ni entendida por los terceros Estados que denuncian situaciones al límite de lo permitido por el actual Derecho del mar, ni por los propios Estados miembros renuentes, a veces, a transponer, aplicar o financiar las propuestas europeas en esta materia. Ni por las Instituciones, Órganos y Agencias de la UE con responsabilidades y competencias en este ámbito, enfrascadas con frecuencia en una dinámica corporativa y compartimentadora[14].

Desde otra perspectiva, cabe, también, advertir cómo los riesgos derivados de estos actos ilícitos en y desde el mar, las medidas a adoptar para prevenirlos y combatirlos, tocan de cerca aspectos que como el control de fronteras e inmigración, la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo han ido incorporándose al acervo jurídico comunitario en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Ello implica que las medidas que pudieran adoptarse en sede de Política de seguridad marítima deberían conciliarse y articularse con las definidas y aplicadas en el ámbito de la Política de cooperación en seguridad interior y justicia de la UE. Igualmente, estos riesgos y amenazas que pueden acrecentar la vulnerabilidad del espacio marítimo europeo, pueden tener una dimensión exterior que afecte la paz y la seguridad internacional y, de este modo, precisar de medidas e instrumentos a adoptar o ya existentes en el marco de la Política de Seguridad y Defensa Común que, evidentemente, tiene también una dimensión marítima[15].

Por consiguiente, las cuestiones relacionadas con muchas de las amenazas que, procedentes de actos ilícitos deliberados, afectan a las actividades marítimas y repercuten en la seguridad de los ciudadanos europeos y de la propia UE, son poliédricas y están íntimamente conectadas con el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, la creación de un Mercado interior, y el papel de la UE en la vida internacional. Estas circunstancias convierte a los principios de coherencia, complementariedad y de articulación en tres pilares fundamentales en la elaboración y aplicación de las medidas comunitarias de seguridad y protección marítima y, en definitiva, de la propia Política Marítima Integrada de la UE.

Atenta a estas circunstancias, y enmarcada en el proceso de construcción de una Política Marítima Integrada, la UE está trabajando desde 2010 en la definición de una

---

[14] La complejidad de la organización institucional y administrativa de la Unión es evidente, en ella lo internacional se mezcla y entra en conflicto con lo supra-nacional, y hay diez direcciones generales y cinco agencias repartiéndose competencias en asuntos marítimos.

[15] PE: "Informe sobre la dimensión marítima de la política común de seguridad y defensa", . Una evidente manifestación de esta dimensión está siendo la operación ATALANTA. Acción común del Consejo sobre la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería frente a las costas de Somalia (ATALANTA), *DO L301*, de 12.11.2008, p. 33. O la Decisión del Consejo sobre la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades marítimas regionales en el Cuerno de África (EUCAP NESTOR), *DO L 187*, de 17.7.2012, p. 40

Estrategia de Seguridad Marítima[16]. La complejidad del tema, al estar afectadas, como veíamos, políticas comunitarias e intergubernamentales, así como diversas DG de la Comisión, el SEAE, y las políticas nacionales de los Estados miembros, ha comportado largas y dilatadas negociaciones, que poco a poco fueron concretándose en diversos textos, entre los que destacan: las Conclusiones del Consejo de 26 de abril de 2010, las Conclusiones del Consejo sobre la integración de la vigilancia marítima de 23 de mayo de 2011, la Declaración de Limassol de 7 de octubre de 2012, las Conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2013 y la Comunicación conjunta de la Comisión Europea y la Alta Representante de 6 de marzo de 2014. Finalmente, el documento sobre la Estrategia de Seguridad Marítima de la Unión Europea fue aprobado por el Consejo de Asuntos Generales de la Unión Europea el 24 de junio de 2014 y refrendado por el Consejo Europeo de 26 y 27 de junio de 2014, coincidiendo con el fin de la Presidencia de turno griega[17].

En las líneas que siguen trataré de presentar esta Estrategia, deteniéndome primero en los intereses marítimos estratégicos de la UE (epígrafe 2), para abordar posteriormente los riesgos y amenazas que pueden afectar al espacio marítimo europeo (epígrafe 3), y, finalmente, referirme a aquellas medidas e instrumentos que podría remediar o atenuar la vulnerabilidad de dicho espacio marítimo (epígrafe 4).

## 2. LOS INTERESES MARÍTIMOS ESTRATÉGICOS DE LA UE.

Como la potencia marítima internacional que es, los intereses de la UE en materia de seguridad marítima son muy amplios y variados. Algunos hacen referencia a su papel en las relaciones comerciales internacionales y de ahí la transcendencia que tiene para ella, entre otras cosas: la preservación de una red mundial de vías de navegación entre continentes que sea segura, la protección de las infraestructuras marítimas vitales como algunas zonas específicas de los puertos e instalaciones portuarias, las plataformas marinas, el abastecimiento de energía por mar, las canalizaciones submarinas, los cables submarinos, etc. Igualmente importante, desde esta perspectiva, son sus intereses en salvaguardar la libertad de navegación, la protección de la cadena mundial de suministros, el derecho de los buques al paso inocente y al paso en tránsito y la seguridad de su tripulación y sus pasajeros.

[16] Esta Estrategia, desarrolla lo avanzado con carácter general en la Estrategia Europea de Seguridad titulada "Una Europa segura en un mundo mejor", adoptada por el Consejo Europeo el 12 de diciembre de 2003.

[17] Los Gobiernos de la Unión Europea aprobaron el 22 de junio de 2014 una estrategia de seguridad marítima para responder de forma más eficaz a los desafíos y proteger sus intereses y las fronteras marítimas frente a riesgos y amenazas como el crimen transfronterizo y el crimen organizado, las amenazas para la libre navegación y el comercio y transporte, la proliferación de armas de destrucción masiva o los riesgos de contaminación medioambientales y la protección de la infraestructura crítica y de los recursos marinos. Consejo de la Unión Europea: "Estrategia de Seguridad Marítima de la Unión Europea", 11205/14, Bruselas, 24 de junio de 2014.

Pero, asimismo, la UE sigue siendo una potencia pesquera mundial, a fecha de hoy ocupa el quinto puesto en producción pesquera, siendo una parte muy importante de su actividad extractiva y transformadora la desarrollada en aguas y territorios de terceros Estados (pensemos en las empresas mixtas y los acuerdos de pesca) o en aguas internacionales (recordemos el destacado papel de la UE en el marco de las Organizaciones de Ordenación Pesquera), de ahí el interés estratégico en la explotación sostenible de los recursos naturales y marinos en las distintas zonas marítimas y en alta mar, el control de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (pensemos al respecto la destacada participación de la UE en la elaboración de los textos internacionales destinados a combatir esta lacra o el desarrollo, también, importante de su legislación interna en la materia), la seguridad de las flotas pesqueras de los Estados miembros y la delimitación de las zonas marítimas, como la zona económica exclusiva, que presentan un potencial para el crecimiento y el empleo (pensemos en su firme rechazo de las prácticas expansionistas de los Estados con grandes fachadas oceánicas, a impulso de la llamada jurisdicción rampante, o la oposición a la práctica de algunas potencias emergentes denegando el acceso de terceros Estados para afirmarse en ciertas zonas marítimas regionales o mundiales con delimitaciones cuestionadas y disputadas).

También, debido a la extensión de su litoral, 70% de las fronteras exteriores de la UE son marítimas, miles de personas llegan a sus puertos y a sus costas, por ello el interés de la Unión por una gestión efectiva de estas fronteras y de sus diferentes espacios marítimos, con el objetivo de combatir e impedir la delincuencia organizada transnacional y transfronteriza, de los que el tráfico ilegal de personas y de sustancias psicotrópicas por vía marítima son dos de las más importantes, pero no únicas, manifestaciones de estas actividades ilegales.

Cambiando de preocupación, qué duda cabe que el litoral europeo y las aguas bajo la soberanía y jurisdicción de los Estados miembros de la UE, sufren el impacto del cambio climático. En este escenario, vemos cómo la preservación del medio ambiente marino constituye una inquietud generalizada en la sociedad y en la opinión pública europea, sacudida cada cierto intervalo por episodios de catástrofes marinas frente a sus costas, de aquí el interés marítimo estratégico en la protección del medio ambiente y la gestión del cambio climático en las zonas marítimas y las regiones costeras, así como la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad para evitar riesgos futuros.

El mar, aunque jurídicamente lo hayamos compartimentado en diversas zonas marítimas bajo la soberanía o jurisdicción de los Estados, lo cierto es que, desde múltiples perspectivas, constituye un todo que exige respuestas multilaterales y no sólo nacionales o individuales; de ahí, también, que un interés estratégico prioritario de la Unión sea desarrollar la cooperación marítima internacional con todos los socios y organizaciones internacionales pertinentes, en particular con las Naciones Unidas, la OTAN y la OMI, así como la coordinación con los foros internacionales y regionales en el ámbito marítimo. A través de esta cooperación, fundamentada en el respeto del derecho internacional, los derechos humanos y la democracia, así como en el pleno cumplimiento de la CNUDM y de los acuerdos multilaterales y bilaterales existentes,

la Unión tiene un interés estratégico en mejorar la buena gobernanza del mar y, con ello, facilitar el comercio marítimo y el crecimiento y desarrollo sostenibles, en un entorno marítimo internacional seguro.

Ahora bien, estos intereses marítimos estratégicos se ven amenazados por un abanico de riesgos de distinto origen, naturaleza y alcance, que pasamos a describir.

## 3. LOS RIESGOS QUE AMENAZAN LOS INTERESES MARÍTIMOS ESTRATÉGICOS DE LA UE

La UE y sus Estados miembros, véase España, se ven frecuentemente confrontados a una serie de riesgos y amenazas que afectan a las actividades marítimas, ponen en peligro su seguridad y sus intereses esenciales y revelan la vulnerabilidad de su espacio marítimo. La mayoría de estos riesgos son de naturaleza no convencional y se aprovechan de las dificultades en el control de la aplicación de las normas jurídicas en las zonas marítimas y las áreas costeras, resultado, por lo general, de la inconsistencia o fragilidad del Estado o de la falta de control estatal.

Así, el incremento de las acciones de piratería contra buques de Estados miembros de la UE es una realidad. El tráfico ilegal de personas no cesa de incrementarse. La protección del patrimonio cultural subacuático es fuente, también, de inquietud para algunos Estados miembros de la Unión. En fin, episodios de terrorismo marítimo siempre pueden repetirse, sobre todo en la actual coyuntura política internacional[18].

Ciertamente, no siempre las cuestiones de seguridad marítima y la atención a estos riesgos suscitaron el interés que ahora tienen, no sólo en Europa sino en todo el mundo. Ha sido, con el incremento de la inseguridad marítima manifestado de manera aguda tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en general y con el incremento de los actos de piratería y de tráfico ilegal de personas por vía marítima en la primera década del presente Siglo, que estas preocupaciones han entrado en la agenda de las negociaciones internacionales y en las perspectivas de la UE.

El abanico de los riesgos que amenazan la seguridad marítima, y que están siendo tenidos en cuenta en estos foros internacionales, es muy amplio, a título de ejemplo podemos mencionar, entre otros, los siguientes:

[18] Según el PE "(…) una de las principales amenazas a la seguridad marítima de la UE es el aumento de las actividades de terrorismo marítimo en todo el mundo, que amenazan directamente a buques civiles y militares, puertos e instalaciones energéticas de la UE, y que aprovechas el mar para atacar e infiltrar objetivos en tierra; (…) estos actores interactúan con redes transnacionales de delincuencia organizada que participan en actividades ilegales en el mar, como el contrabando, la trata de personas, la inmigración ilegal, el tráfico de drogas y de armamento, incluido el tráfico de armas de pequeño calibre y armamento ligero, así como componentes de ADM; (…) este tipo de actividades ilícitas agravan las crisis políticas y humanitarias, entorpecen el desarrollo económico y social, la democracia y el Estado de Derecho, agravan las situaciones de precariedad y provocan movimientos migratorios, desplazamientos de poblaciones y grandes sufrimientos humanos", PE: Informe sobre la dimensión marítima…, cit., punto 15.

- daños o destrucción de una instalación portuaria o de un buque (por ejemplo, mediante artefactos explosivos, incendio provocado, sabotaje o vandalismo);
- secuestro o captura de un buque o de las personas a bordo (el incremento de actos de piratería y robo a mano armada);
- manipulación indebida de la carga, del equipo o sistemas esenciales del buque o de las provisiones del buque; acceso o uso no autorizados, lo que incluye la presencia de polizones;
- contrabando de armas o de equipo, incluidas las armas de destrucción masiva; utilización del buque para el transportes de quienes tengan la intención de causar un suceso que afecte a la protección marítima y su equipo;
- utilización del propio buque como arma o como medio destructivo o para causar daños; bloqueo de entradas al puerto, esclusas, accesos, etc.;
- y, ataque químico, biológico o nuclear.

A los que se debe añadir, claro está, toda la delincuencia transnacional organizada en torno al tráfico ilegal de personas o de sustancias prohibidas por vía marítima, así como a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada[19].

Por otro lado, existen una serie de factores potenciadores de tales riesgos, como la pobreza, la desigualdad, los extremismos ideológicos o religiosos, los desequilibrios demográficos, el cambio climático y el uso nocivo de las nuevas tecnologías. El incremento de estos riesgos refleja, además, un hecho y es que ciertos terceros países, muchos de ellos vecinos de la UE, no poseen la capacidad o la voluntad de aplicar las reglas internacionales en la materia y prevenir estas amenazas.

Ello se hace más palpable en una Sociedad internacional como la actual caracterizada por una apertura cada vez mayor de las fronteras a los flujos humanos, a las corrientes comerciales y de inversión, por una mayor interdependencia y dependencia en ámbitos como el transporte, la energía, los recursos naturales (el agua, en particular)[20]. Ahora bien, este proceso globalizador no siempre es sinónimo de desarrollo y cooperación en todas las partes del mundo, sino que, al contrario, puede ser y es fuente de conflicto, de inseguridad y pobreza, favorecedora de movimientos migratorios y disturbios, pudiendo degenerar en extremismo, terrorismo y descomposición del Estado. Todo ello ofrece oportunidades a la delincuencia organizada, al

[19] Sobre la delincuencia transnacional organizada en el ámbito de la pesca ilegal, puede consultarse nuestro trabajo: SOBRINO HEREDIA, J.M.: "Una nueva manifestación de delincuencia organizada transnacional: las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada", *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo (JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. Dirs.)*, Valencia, 2014, pp. 147-174

[20] Los efectos de la globalización en el ámbito marítimo -referidos a EEUU pero extrapolables a otros países- son, entre otros: incremento del tráfico y comercio marítimo; aumento de la presencia militar, incluida la naval/marítima, e intervención en lugares no considerados previamente de vital interés; y nuevos, impredecibles efectos en alianzas y coaliciones-formaciones y sus componentes marítimos.

terrorismo, en fin, a la intervención de grupos no estatales en los asuntos internacionales, acciones, todas ellas, que pueden encontrar en las actividades marítimas un medio idóneo para actuar.

Estados, vecinos geográficamente de Europa o cercanos en donde la flota y el comercio marítimo europeo faena o transita, padecen problemas graves de estancamiento económico, descontento social y conflictos no resueltos. Algunos son Estados débiles en los que prolifera la delincuencia organizada, las sociedades disfuncionales o las explosiones demográficas, algunos son ribereños de "mares fallidos". El imán del espacio europeo, tanto positiva como negativamente, es considerable. Lugar hacía donde ir para asegurarse un futuro en paz[21], o lugar que hay que aprovechar o destruir por representar modelos y valores sociales que se perciben como muy negativos.

Junto a ello, el espacio marítimo de la UE se ve, también, afectado por amenazas convencionales a su seguridad, en particular desde que el surgimiento de nuevas potencias marítimas ha propiciado la aparición de rivalidades interestatales por el control de zonas marítimas (disputas por la jurisdicción, reclamaciones territoriales, licencias de exploración y explotación de zonas de alta mar) y, asimismo, desde que ciertos países emergentes han desarrollado sus capacidades marítimas (armadas, submarinos) y que, al mismo tiempo, tienden a poner en cuestión la libertad de navegación y la jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón. Máxime, si estos Estados cuentan con una posición geográfica que les permite bloquear las rutas comerciales.

Por otro lado, la perpetuación de los conflictos enquistados en varias zonas marítimas (el sur del Cáucaso, el Mediterráneo sudoriental, el Golfo de Guinea, el Golfo de Adén o el mar de China) constituye uno de los principales focos de inestabilidad marítima en el mundo, afectando directamente la seguridad marítima europea, al poner en peligro las rutas de transporte y energía, fomentar el comercio de armas y facilitar las actividades de grupos no estatales, como redes delictivas y células terroristas.

Este fenómeno, por razones evidentes, acaba perturbando las actividades marítimas y pone en evidencia la vulnerabilidad de Europa, que se enfrenta a la necesidad de abordar los riesgos que afectan a su entorno marítimo próximo y, también, al más lejano. En efecto, los mares y océanos que bañan Europa, sus zonas costeras e islas, el transporte marítimo europeo, están siendo zonas y actividades castigadas no sólo por problemas medioambientales (la carrera incontrolada por la obtención de recursos marinos, naturales y minerales), sino también por otras amenazas, derivadas de conductas delictivas que cuestionan la seguridad humana en el mar, la seguridad de la navegación y la protección del medio marino.

[21] La inmigración irregular por vía marítima seguirá fluyendo hacia la UE, presionando sus fronteras marítimas debido a la evolución política y económica en la vecindad meridional y oriental y de las predicciones sobre la continua inestabilidad en el Norte de África, el Sahel, el Cuerno de África, el África Subsahariana, Oriente Medio, Irak…

Pues bien, a la hora de concretar los riesgos que amenazan el espacio marítimo europeo, el Documento sobre la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE identifica los siguientes:

- Las amenazas o uso de la fuerza contra los derechos y la jurisdicción de los Estados miembros sobre sus zonas marítimas.
- Las amenazas a la seguridad de los ciudadanos europeos y a los intereses económicos de Europa en el mar tras actos de agresión exterior, entre otros los relativos a controversias marítimas, las amenazas a los derechos de soberanía de los Estados miembros o los conflictos armados.
- La delincuencia transfronteriza y organizada, que incluye la piratería y el robo a mano armada en alta mar, el tráfico de seres humanos y la trata de migrantes, las redes de delincuencia organizada que facilitan la migración ilegal, el tráfico de armas y estupefacientes, el tráfico de bienes y productos y el contrabando.
- El terrorismo y otros actos ilícitos deliberados cometidos en alta mar y en los puertos contra los buques, la carga, la tripulación y los pasajeros, los puertos y las instalaciones portuarias y las infraestructuras marítimas y energéticas vitales, incluidos los ciberataques.
- La proliferación de armas de destrucción masiva, incluidas las amenazas químicas, biológicas, radiológicas y nucleares (QBRN).
- Las amenazas a la libertad de navegación, como la denegación de acceso a mares y estrechos y la obstrucción de rutas marítimas.
- Los riesgos medioambientales, entre ellos la explotación no sostenible y no autorizada de los recursos naturales o marinos, las amenazas a la biodiversidad, la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, la degradación medioambiental por vertidos ilegales o accidentales y la contaminación química, biológica y nuclear, en particular la munición química y los artefactos sin explotar arrojados al mar.
- El posible impacto para la seguridad de las catástrofes naturales o antropogénicas, de fenómenos extremos y del cambio climático en el sistema del transporte marítimo y, en particular, en la infraestructura marítima.
- Las exploraciones arqueológicas ilegales y no reguladas y el saqueo de objetos arqueológicos.

Para prevenir estos riesgos, para hacer frente a estas amenazas, para reprimir las conductas ilegales que dañan la seguridad marítima de la UE, las autoridades europeas han ido definiendo una serie de medidas e instrumentos, a los que también se refiere la Estrategia de Seguridad Marítima Europea, como veremos a continuación.

## 4. LAS MEDIDAS E INSTRUMENTOS PARA HACER FRENTE A LAS AMENAZAS QUE AFECTAN LA SEGURIDAD MARÍTIMA EUROPEA

Tal y como adelantábamos, hay unos intereses marítimos que son estratégicos para la seguridad de Europa, que se ven sujetos a riesgos provenientes de actividades ilícitas deliberadas en y desde el mar. Ante tal estado de cosas, la lógica normativa comunitaria se orienta hacia una intervención y una sanción de estas conductas ilícitas desarrolladas en aguas sometidas a la soberanía y jurisdicción de los Estados miembros pero también en aguas libres, esto es, en alta mar cuando dichos actos puedan tener repercusiones sobre personas o bienes europeos. Ahora bien, esta lógica normativa no corresponde, siempre, con lo previsto en el Derecho del mar actualmente vigente, donde, la ley del pabellón sigue ocupando un lugar predominante, de manera que esta actuación europea se integra en una perspectiva de transformación de este Derecho, en la línea de dar mayores competencias al Estado del puerto, lo que, lógicamente, incide sobre la libertad de navegación provocando críticas dentro y fuera de la Unión Europea.

Como es sabido, de conformidad con el Derecho del mar la responsabilidad de crear condiciones que hagan posible la navegación marítima de los buques corresponde principalmente al Estado del pabellón. Ocurre que no todos los Estados del pabellón están en condiciones o quieren garantizar la seguridad y protección marítima de los buques que lo enarbolan. La falta de una definición del vínculo real, la base eminentemente económica del delicado equilibrio entre los derechos de navegación del Estado del pabellón y los derechos del Estado ribereño, obstaculizan actuaciones destinadas a mejorar la prevención y protección de las actividades ilícitas en el mar. Resulta obvio que la falta de un control efectivo por el Estado del pabellón, la existencia de pabellones de conveniencia, puede dejar al sector naviero en situación de vulnerabilidad con respecto a terroristas o criminales, lo que a la postre significa incrementar la inseguridad de los propios países.

Ante tal estado de cosas, la Comisión insistía en su Libro Verde sobre Política marítima[22] sobre la conveniencia de examinar determinados mecanismos que permitieran derogar o suavizar la aplicación de tales principios en cualquier circunstancia. En esta línea, adelantaba la posibilidad de introducir técnicas de delegación o autorización mutua de controles, el establecimiento de acuerdos bilaterales en materia de apresamiento de buques, la conveniencia de poner en marcha mecanismos de actuación coordinada de las operaciones en estos ámbitos entre los Estados miembros, en razón del coste elevado de las mismas, y, todo ello, se intentaría aplicar y hacer operativo en el incipiente ámbito de la seguridad y protección marítima europea.

Pero, ello, a todas luces, aunque importante no es suficiente. Las amenazas y riesgos derivados de conductas ilícitas no son, obvio es decirlo, ni locales ni siquiera re-

[22] Libro Verde de la Comisión, de 7 de junio de 2006, titulado "Hacia una futura política marítima de la Unión Europea: perspectiva europea de los océanos y los mares", *COM (2006)0275*.

gionales, sino mundiales. Ello, explica la razón por la que el Libro Verde sobre Política marítima, así como el Libro Azul sobre la PMI, y, en fin, la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE sitúen esta actuación de la Unión dentro del contexto internacional y aboguen por una gestión de los mares y océanos hecha en cooperación con los restantes sujetos internacionales en el seno de foros internacionales. En este sentido, las medidas comunitarias de protección marítima se inspiran en las elaboradas en los foros y organizaciones internacionales competentes, especialmente, la OMI, la OIT y la ODM. Al tiempo que, también, y a la inversa, iniciativas europeas han servido, tanto como campo de experimentación de las medidas adoptadas en los foros internacionales, como modelo y referencia a la hora de plantearse, en estos foros, respuestas internacionales.

A título de ejemplo, qué duda cabe que las enmiendas aprobadas por la Conferencia Diplomática de la OMI el 12 de diciembre de 2002, al Convenio SOLAS de 1974 para la seguridad de la vida humana en el mar, así como la elaboración de un Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), han propiciado la actividad legislativa comunitaria en este sector y la adopción de una batería de normas que incluso van más allá de lo exigido a nivel internacional.

Ahora bien, como acabamos de señalar, el fenómeno no es en una sola dirección sino que es recíproco, en el sentido de que la actuación comunitaria, también, acaba afectando a la propia regulación internacional. En efecto, a pesar del débil papel institucional de la UE en estas Organizaciones y organismos internacionales (salvo en la FAO y en las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera), lo cierto es que progresivamente se va sintiendo la influencia comunitaria, tanto a la hora de proponer y elaborar las normas como, sobre todo, en el momento de su aplicación, pues en este caso el factor de integración que une a los 28 Estados miembros actúa como catalizador de una aplicación armonizada y controlada y, en algunos casos, con medidas reforzadas o más avanzadas que las previstas a escala internacional, produciéndose un fenómeno de interrelación entre el Derecho internacional y el Derecho comunitario, similar al que se da en otros ámbitos que afectan al mar, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho de la pesca o en el de la seguridad marítima en sentido propio.

Atento a estas realidades, la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE define cinco ámbitos prioritarios para reforzar la respuesta de la UE a los riesgos y amenazas que afectan la seguridad marítima y acrecientan la vulnerabilidad de los espacios marítimos europeos.

El primero de ellos lo constituye la **Acción exterior.** La buena gobernanza del mar pasa, reconocen los responsables europeos, por la asunción de responsabilidades por los distintos actores internacionales, Estados y Organizaciones internacionales en particular. La UE, sujeto dotado de personalidad internacional, disfruta de competencias diversas que le permiten participar activamente en la escena marítima internacional y a través de esta actuación contribuir a la seguridad marítima mundial a escala inter-

nacional y regional. Varias de sus políticas civiles tienen una dimensión internacional que le permiten intervenir en las relaciones marítimas internacionales, como sucede con la Política Pesquera Común, la Política de Transporte, la Política del Medio Ambiente, o la Política de Cooperación para el Desarrollo, entre otras.

Otras capacidades las encuentra la Unión en su Política de Seguridad y Defensa Común que le permite llevar a cabo acciones civiles y militares y, entre ellas, operaciones de seguridad marítima que posibilitan que las fuerzas marítimas europeas puedan contribuir a la disuasión, la prevención y la lucha contra las actividades ilícitas. Y, en particular, la desplegada por actores no estatales en el marco de la delincuencia transfronteriza, el terrorismo o la piratería marítima. La historia reciente nos ofrece ejemplos evidentes de ello, entre los que destaca, obviamente, la Operación EUNAVFOR-ATALANTA contra la piratería marítima en el Océano Índico. En este sentido, parece necesario que la lucha contra las amenazas no convencionales deberían utilizar toda la gama de instrumentos que ofrece la PSDC, incluidos los militares, ya que las intervenciones tienen lugar con frecuencia en zonas muy difíciles, en las que las partes tienen a su disposición una gran variedad de armamento peligroso, pero, además deberían ir acompañadas de otros instrumentos de acción exterior de la Unión, con vistas a abordar las causas sociales, económicas y políticas de las crisis y garantizar la seguridad sostenible de las regiones afectadas[23].

En el documento sobre Estrategia de Seguridad Marítima de la UE, las autoridades europeas, al examinar el ámbito de la Acción Exterior, parte de la constatación de la diferente organización de los Estados miembros para proteger sus intereses marítimos, observando como algunos de ellos recurren a autoridades civiles, como la Guarda Costera, para la vigilancia y la aplicación de la ley, otros utilizan la Marina u otras fuerzas marítimas, y algunos otros combinan la responsabilidad entre administraciones civiles y militares. Destacando la necesidad de una cooperación en el mar entre todos ellos.

Por lo que se refiere a las fuerzas armadas de los Estados miembros, se subraya la importancia del papel que podría desempeñar al ofrecer un alcance, una flexibilidad y un acceso mundiales que permitirían a la Unión y a sus Estados miembros hacer frente a sus responsabilidades internacionales en este ámbito. En concreto esta actuación debería apoyar la libertad de navegación sustentada en el principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón en alta mar y la inmunidad funcional del personal que desempeñe funciones oficiales en el mar, y contribuir a la buena gobernanza mediante la disuasión, la prevención y la lucha contra las actividades marítimas ilícitas.

[23] Una línea a reforzar, en mi opinión, sería es la contenida en el programa de la Comisión sobre el Golfo de Guinea (CRIMGO) que contiene un proyecto de Rutas Marítimas Sensibles para el afianzamiento de la seguridad en las aguas en el Golfo de Guinea con acciones de formación para las guardias costeras y la creación de una red para el intercambio de información entre las autoridades de siete países de la costa del África Occidental, financiado con cargo al Instrumento de Estabilidad.

Junto a la actuación militar se precisa fortalecer los foros de cooperación civil diferenciados sobre cuestiones policiales, de seguridad de las fronteras, de aduanas, de pesca y de medio ambiente, donde la seguridad marítima interior y exterior se interrelacionan.

Ambas actuaciones, militar y civil, deberían desplegarse no sólo de manera autónoma sino en cooperación con otros socios internacionales y regionales de forma complementaria y coordinada.

Y estas actuaciones, según el documento examinado, deberían centrarse en lo siguiente:

- Trabajar para conseguir un planteamiento coordinado sobre aspectos de seguridad marítima en los foros internacionales, los organismos regionales y terceros países.
- Reforzar la visibilidad de la UE en el ámbito marítimo mundial.
- Reforzar la coherencia entre todos los instrumentos y las actuaciones civiles y militares de la UE, la coordinación entre servicios de la UE, incluyendo sus agencias, y los Estados miembros implicados, tanto en el mar como en tierra, aplicando un planteamiento de aprovechamiento común y compartido de los recursos disponibles cuando sea apropiado, y respetando al mismo tiempo la organización interna de los Estados miembros, y las políticas y la legislación nacionales y de la UE.
- Mejorar la preparación ante futuros imprevistos en materia de seguridad marítima e integrar la seguridad marítima en la agenda de la Política Común Exterior y de Seguridad, en estrecha cooperación con todos los intervinientes pertinentes de la UE, en línea con el planteamiento global de la UE.
- Llevar a cabo actividades de mejora de la capacidad de seguridad marítima con terceros países y organizaciones regionales para reforzar sus capacidades en los aspecto de 1) gobernanza marítima y Estado de Derecho con inclusión de la justicia penal y la aplicación del Derecho del mar; 2) seguridad portuaria y del transporte marítimo en relación con las normas internacionales acordadas; 3) capacidad de gestionar sus propias fronteras; 4) lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR). Por lo tanto, han de respetarse plenamente las normativas internacionales, nacionales y de la UE existentes en materia de control de las exportaciones.
- Promover, en los diálogos políticos de la UE con terceros países y organizaciones internacionales, los mecanismos de resolución de controversias conformes a la CNUDM, entre ellos el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

El siguiente ámbito de actuación donde se deberían reforzar las capacidades de la UE para hacer frente a los riesgos y amenazas que afectan a sus intereses marítimos

estratégicos, es, según la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE, el representado por el *conocimiento de la situación marítima, vigilancia e intercambio de información*.

En este sentido, cabe señalar cómo los distintos actores que han participado en el desarrollo de esta Estrategia marítima vienen apostando por mejorar la alerta y vigilancia marítima integral (destinada tanto a la detección de riesgos y amenazas convencionales contra la seguridad nacional, como aquellos que ponen en peligro la seguridad marítima), a partir del desarrollo de un marco de intercambio de información común y del fortalecimiento de las capacidades marítimas, incluido a través de la mutualización de capacidades y apoyando el desarrollo de tecnologías de uso dual, para su uso civil y militar, en cuyo marco una de las áreas de mayor interés serían los aviones no tripulados o drones para labores de vigilancia[24].

Este interés y preocupación, compartido por todos los interlocutores europeos y nacionales, parte del hecho de que plantearse una seguridad marítima requiere en primer lugar, sobre todo y ante todo, un profundo control del conocimiento del entorno marítimo (entendido como el espacio físico formado por los océanos, mares, zonas costeras y puertos, y el espacio conceptual determinado por las actividades que tienen lugar en él). Lo que a su vez precisa crear las condiciones para que todas las autoridades encargadas de la vigilancia puedan intercambiarse datos en tiempo real y así mejorar las operaciones de rescate y la lucha contra la delincuencia. En este sentido, el objetivo que en este ámbito marca la Estrategia examinada es garantizar que la información sobre vigilancia marítima recabada por una autoridad civil o militar y considerada necesaria para las actividades operativas de otras autoridades pueda compartirse y someterse a usos múltiples, en lugar de recabarse y elaborarse varias veces.

Se trata en última instancia de compartir la información de vigilancia de las autoridades civiles y militares en su conjunto, desde guardacostas, las Armadas, las autoridades de transporte, medioambientales y las autoridades de control fronterizo y responsables del control de pesca para evitar duplicaciones innecesarias como vigilar la misma zona marítima dos veces, recoger la misma información varias veces o llevar a cabo operaciones que se solapen en alta mar, a la vez que se reducen las amenazas y riesgos de seguridad.

Ahora bien, tal objetivo no es fácilmente alcanzable, puesto que uno de los factores de complejidad que definen el actual escenario marítimo es el gran número de agencias y organismos que ejercen sus competencias en el mar. Estas pueden ser civiles

[24] En este ámbito se enmarca el Proyecto europeo "CLOSEYE, cuyo objetivo es incorporar a los sistemas de vigilancia nuevas herramientas como aviones no tripulados, satélites y aerostatos, entre otros dispositivos, para la mejora de la seguridad en las fronteras exteriores marítimas. Se trata del primer proyecto europeo de innovación conducido y liderado desde el principio por un Cuerpo de Seguridad (la Guardia Civil española, con el apoyo de la Guardia Nacional Republicana Portuguesa y la Marina Militar Italiana, y contará con la ayuda de otros organismos con peso en el sector, como la Agencia Espacial Italiana, el Centro Europeo de Satélites y la empresa consultora ISDEFE ), lo que permitirá que los medios que formen parte del programa se adecuen por completo a las necesidades de vigilancia". http://www.closeye.eu.

o militares, subestatales, nacionales, europeas o internacionales, públicas o privadas; de ahí, la necesidad de integrar y compartir la información, favorecer la interoperabilidad entre agencias civiles y militares, evitar solapamientos, de manera a que esta tupida red de responsables no haga imposible o difícil actuar eficazmente frente a los riesgos derivados de actividades ilícitas y criminales en o desde el mar.

La compartimentación entre administraciones suele dar lugar a duplicaciones. Por ejemplo, los organismos de vigilancia marítima que controlan el tráfico comercial no son los mismos que los que investigan el tráfico ilegal. En este sentido, la Unión viene desarrollando soluciones técnicas que están ya mejorando el flujo de información entre las autoridades marítimas [a través, por ejemplo, del entorno común de intercambio de información con fines de vigilancia del ámbito marítimo de la Unión (CISE)[25]], al tiempo que previenen a su vez el acceso no autorizado. Ello permite compartir la información necesaria en tiempo real para las agencias y operadores intervinientes ante las situaciones concretas, mejorando la fusión, correlación y análisis de la información sobre el entorno marítimo, lo que está intentando desarrollar, por ejemplo, en el Mediterráneo con el Sistema de vigilancia de fronteras EUROSUR[26].

Si esto se refiere a la información, pensamos que otro tanto pasa con la vigilancia marítima, donde también se produce una concentración de diversas autoridades con

[25] El Entorno Común de Intercambio de Información (CISE) fue lanzado en 2010 a petición de los Estados miembros y ha sido incorporado a la recién adoptada Estrategia de Seguridad Marítima Europea. El CISE permitirá integrar los sistemas y redes de vigilancia de los Estados miembros y hacerlos más interoperables gracias a tecnología puntera y su objetivo fundamental es reforzar el intercambio de información entre las autoridades de vigilancia marítima de los Estados miembros y de sistemas ya en marcha a nivel europeo como el Sistema de Información Marítima e Intercambio SafeSeaNet, el Sistema Común de Comunicación de Emergencias (CECIS), el Sistema Europeo de Vigilancia Fronteriza (EUROSUR) y los sistemas de la Agencia de Control de Fronteras Externas (Frontex) y de la Oficina de Cooperación Policial europea (Europol). Ello permitiría mejorar la coordinación en operaciones de vigilancia y de respuesta. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un proyecto de hoja de ruta para la creación del entorno común de intercambio de información con fines de vigilancia del ámbito marítimo de la UE (*COM(2010)584 final*).

[26] EUROSUR se concibe como un marco común para el intercambio de información y la cooperación entre los Estados miembros y la Agencia destinado a mejorar el conocimiento de la situación y aumentar la capacidad de reacción en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión («fronteras exteriores») con el fin de permitirles detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, y contribuir a garantizar la protección y salvamento de las vidas de los inmigrantes. Sin duda en su creación influyo la tragedia de Lampedusa (naufragio de un buque de inmigrantes en 2013 que dejó más de 300 cadáveres en las aguas cercanas a esta isla italiana) que evidenció la falta de coordinación de los equipos de salvamento marítimo en el Mediterráneo y la necesidad de coordinar la vigilancia de las fronteras marítimas europeas. Ello llevo a la creación de EUROSUR que intenta evitar otras situaciones similares. Se trata de una herramienta de intercambio de información entre la agencia de control de fronteras (Frontex) y los puestos de vigilancia nacionales que hay en cada Estado miembro de la Unión. De él forman parte todos los Estados europeos, salvo Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. En su funcionamiento, si una patrulla identifica a un buque tiene que informar a su centro de coordinación nacional y este se pondrá en contacto con Frontex para que sea informada a su vez toda la red europea. Se trataría de compartir datos en tiempo real. Reglamento (UE) nº 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur), *DO L núm. 295*, de 6 de Noviembre de 2013

competencias y responsabilidades no siempre fácilmente individualizables: la armada, el servicio de aduanas, la guardia civil o la gendarmería, la policía, los efectivos procedentes de los gobiernos subestatales o autonómicos, etc. De ahí, que reconociendo las dificultades de su constitución, debido entre otras razones a interés corporativos, la vigilancia marítima mejoraría, pensamos, con la creación de una guardia costera europea, basada en la experiencia ya acumulada por FRONTEX y la Red Europea de Vigilancia, a las que diferentes organismos y entidades gubernamentales deberían proporcionar capacidades, inserta ya en el marco de Justicia y Asuntos de Interior, destinada a proteger las fronteras de la UE, a los ciudadanos europeos y las vidas de las personas que se encuentren en peligro en aguas costeras de la Unión.

De este modo, y con la finalidad de lograr una imagen común y válida del conocimiento de la situación marítima, contribuyendo a un uso más coordinado de los sistemas espaciales disponibles y de las tecnologías más avanzadas[27], y mejorar la labor de vigilancia marítima, el Documento sobre la Estrategia de Seguridad Marítima, propone una serie de actuaciones centradas en:

- Seguir mejorando la cooperación intersectorial y la interoperabilidad a escala nacional y de la UE en lo que se refiere a la vigilancia marítima integrada, dentro del marco de la autoridad y responsabilidad respectivas de los Estados miembros y la UE.
- Reforzar la cooperación transfronteriza y el intercambio de información para optimizar la vigilancia de la zona marítima de la UE y sus fronteras marítimas.
- Un planteamiento coherente para respaldar la vigilancia de la UE y el ámbito marítimo mundial, y la planificación y realización de operaciones y misiones de la PSDC. Y
- Desarrollar el entorno común de intercambio de información (CISE).

Estas medidas para neutralizar o reducir las amenazas que hacen más vulnerable el espacio marítimo europeo serían poco operativas sí la UE y sus Estados miembros careciesen de las capacidades necesarias para ello o dichas capacidades no fueran interoperables. De ahí, que la Estrategia de Seguridad Marítima Europea, recoja como tercer ámbito de actuación prioritario el *reforzamiento de las capacidades marítimas europeas,* mediante el apoyo al desarrollo de las tecnologías de doble uso y la cooperación en materia de normalización y certificación, lo que permitiría mejorar la inte-

[27] En esta línea se integran el proyecto sobre vigilancia marítima de la AED (MARSUR), Copernicus -Programa Europeo de Observación de la Tierra (antes, GMES: Vigilancia del Medio Ambiente y la seguridad) para servicios marinos y de seguridad, o la labor de la AESM en el ámbito de la supervisión marítima. O el Proyecto piloto de la Comisión europea para la integración de los sistemas de vigilancia marítima en el Mediterráneo y sus aproximaciones atlánticas (Proyecto BLUEMASSMED: que contó con la participación de España, Francia, Grecia, Italia, Malta y Portugal y cuyo objetivo era definir la arquitectura d la futura red de vigilancia europea a nivel europeo para optimizar la eficacia y uso de los medios de patrulla y vigilancia marítima).

roperabilidad civil-militar y la competitividad industrial, con el bien entendido, que las capacidades militares, hoy por hoy, pertenecen y son utilizadas por los Estados miembros.

Con esta finalidad y con el objetivo de desarrollar las capacidades necesarias, sostenibles, interoperativas y rentables, el Documento analizado, señala como ámbitos concretos donde la actuación de la Unión debería fijarse, los siguientes:

- Promover la puesta en común y compartida de iniciativas y proyectos, de formación y educación, que interesen a los Estados miembros, entre otros medios con la AED y otros actores civiles y militares pertinentes. Manteniendo en este ámbito una necesaria buena coordinación con la OTAN y un refuerzo mutuo para garantizar la complementariedad y una mayor coherencia.
- Definir áreas de capacidades y tecnologías que podrían beneficiarse de las inversiones adicionales y mejorar la armonización para optimizar la interoperabilidad, la normalización y la certificación.
- Desarrollar capacidades de doble uso y polivalentes y explorar las opciones para darles el mejor uso.
- El aprovechamiento óptimo y la creación de sinergias entre las capacidades de información y los sistemas gestionados por autoridades civiles y militares que puedan servir para misiones polivalentes y multinacionales.
- Promover una puesta en común más intensa de las prácticas idóneas, de los análisis de riesgos y de la información sobre amenazas, así como de la formación y la educación, entre todos los foros civiles y militares competentes, como el Foro europeo de vigilancia costera y los Jefes de las Fuerzas Navales Europeas, teniendo en cuenta los planes operativos marítimos en vigor entre los Estados miembros y los acuerdos regionales en la UE.

Por otro lado, en materia de seguridad marítima prevenir es, obviamente, mejor que reparar, por ello no debe extrañar que la Estrategia de Seguridad Marítima Europea haga de esta cuestión otro de los ejes fundamentales de actuación. De este modo, *mejorar la capacidad para prevenir conflictos* y para responder ante las crisis, prevenir conflictos e incidentes, reducir el riesgo y mejorar la protección del medio marino de la UE y la seguridad de sus fronteras exteriores así como de su infraestructura marítima crítica, siguen constituyendo objetivos fundamentales para alcanzar un espacio de seguridad marítima europeo.

En este sentido, Consejo, Comisión, Alta Representante y Estados miembros coinciden en la necesidad de reforzar la gestión de riesgo, la protección de las infraestructuras marítimas críticas y la respuesta a crisis y plantean acciones como lograr un análisis común de los riesgos para desarrollar la gestión compartida de los riesgos de seguridad marítima, reforzar la cooperación transfronteriza en respuesta a crisis marítimas y evaluar la resistencia de las infraestructuras de transporte marítimo a

desastres naturales o provocados por el ser humano y adoptar medidas para mitigar sus riesgos.

El logro de tales objetivos depende de la preparación, anticipación y capacidad de respuestas de los Estados miembros, así como de la interrelación de tales acciones, tanto a escala europea como a escala mundial. Y, para mejorar estas capacidades y la interrelación de las actuaciones, la Estrategia examinada considera que las actuaciones deberían centrarse en:

- El logro de un análisis de riesgo común para desarrollar una gestión de riesgo para la seguridad marítima compartida y, cuando proceda, complementar los requisitos ya establecidos para el análisis de riesgos para la seguridad marítima internacional y de la UE
- La mejora de la cooperación intersectorial, así como la cooperación transfronteriza, a efectos de respuesta a las crisis marítimas y a la planificación de contingencias de seguridad marítimas en relación con amenazas definidas para la seguridad, teniendo en cuenta asimismo la Decisión del Consejo relativa al establecimiento de las modalidades de aplicación de la cláusula de solidaridad.
- La evaluación de la resiliencia y la adaptación de las infraestructuras de transporte marítimo ante las catástrofes naturales y antropogénicas, incluido el cambio climático, la adopción de las medidas de adaptación apropiadas y el intercambio de mejores prácticas a fin de atenuar los riesgos correspondientes.
- La promoción de una comprensión mutua para aumentar la interoperatividad entre los agentes de la seguridad marítima.

Finalmente y en quinto lugar, la Estrategia de Seguridad Marítima de la UE, plantea la necesidad de *reforzar la investigación, innovación, educación y formación en materia de seguridad marítima* y el entrenamiento, incluido a través de módulos de entrenamiento conjuntos. Con este propósito pretende que se refuercen las sinergias de los programas de investigación de la UE con los programas desarrollados por los Estados miembros, así como la de los instrumentos de financiación de la UE, como los Fondos Estructurales y el apoyo a la agenda de "crecimiento azul". Para ello, las actuaciones de la Unión deberían focalizarse en:

- Reunir las oportunidades de formación disponibles en relación con la seguridad marítima en módulos comunes de formación marítima.
- Establecer un programa civil-militar de investigación en materia de seguridad marítima, incluido el desarrollo de capacidades de doble uso y polivalentes.
- Establecer nuevas redes de conocimiento y desarrollo de competencias para los institutos de enseñanza, centros y academias, civiles y militares, y seguir desarrollando las redes ya existentes.

- Crear una red de agentes de investigación y desarrollo a nivel mundial.
- Considerando que las actividades de investigación e innovación como las derivadas de Horizonte 2020 están centradas en aplicaciones civiles, proseguir de forma activa la interacción con las actividades de la AED en el ámbito de la seguridad marítima.
- Promover asociaciones entre el sector público y el privado.
- Promover la realización de ejercicios conjuntos entre varios servicios.

## 5. CONCLUSIONES

La prosperidad y desarrollo de la Unión Europea están, en definitiva, ligados a la actividad en el mar y desde el mar**.** Para la Unión es vital la existencia de un entorno marítimo seguro que permita el tráfico marítimo del comercio y las personas y el uso pacífico, legal, justo y sostenible de los recursos naturales y minerales existentes en los mares y océanos. El crecimiento económico durable en el sector marítimo sólo se podrá garantizar si los océanos y mares son seguros. Pero, este entorno marítimo se ve amenazado por muy diversos y variados riesgos y peligros que resaltan la vulnerabilidad del espacio marítimo europeo.

La Estrategia de Seguridad Marítima de la Unión Europea constituye, en la actualidad, el paso más adelantado dado por la UE en esta materia, aunque aún está a la espera de un Plan de acción que la haga realmente operativa. Su objetivo fundamental es garantizar los intereses de seguridad marítima de la UE frente a los riesgos y amenazas en el ámbito marítimo mundial. En este sentido, vendría a completar e integrarse en la ejecución de las estrategias regionales europeas ya existentes, como las del Cuerno de África o el Golfo de Guinea.

A fecha de hoy, y a falta de este Plan de acción, la mencionada estrategia sigue sin establecer prioridades ni plazos de ejecución, que permita guiar su ejecución práctica y operativa. Tampoco se hace referencia a los medios y recursos disponibles para atender las posibles acciones que se emprendan. Los Estados miembros todavía tienen que identificar "zonas estratégicas" donde se podrían implementar la estrategia "global" como el Mediterráneo o el Golfo de Guinea u otras zonas que se consideren de "interés estratégico" para la UE. Todo ello, obviamente, lastra esta incipiente política pública europea y se corre el riesgo de que no se concrete y se reduzca a un conjunto de acciones, actuaciones y medidas inconexas y dispersas. De manera, que sigue pendiente su adecuado desarrollo normativo y operativo.

Pero este desarrollo no es fácil: 28 Estados miembros amén de las propias Instituciones europeas con responsabilidades en este terreno, con estructuras administrativas y políticas en la materia muy variopintas. A lo que se añade, la existencia en el seno de muchos de estos Estados de procesos de descentralización, desconcentración y autonomía. Ello, así como la defensa a ultranza de intereses corporativos, facilitan

la compartimentación y proliferación de los ámbitos competenciales concernidos, agravado por la insuficiencia de estructuras y procedimientos de coordinación para afrontar problemas complejos, con la consiguiente indefinición de responsabilidad en muchos casos.

En este sentido, parecen percibirse, en los documentos examinados, ciertas dosis de voluntarismo respecto al objetivo más teórico que real, de conseguir una actuación coordinada y cooperativa entre las distintas Administraciones públicas (europeas, nacionales y subestatales), tanto mediante la suscripción de acuerdos interdepartamentales, como a través de la interoperabilidad entre los distintos sistemas de comunicaciones. Ahora bien, aunque se venga avanzando en la última década en una estrategia integrada, lo cierto es que la práctica nos muestra cómo siguen persistiendo divergencias entre los Estados miembros en cuanto a las medidas, prioridades e inversiones en equipamiento y recursos destinadas a combatir tales amenazas y a garantizar la protección de la Unión y de sus ciudadanos.

Ahora bien, esta realidad político administrativa que dificulta los avances en la construcción de un espacio europeo de seguridad marítima, no debería frenar el desarrollo de una Estrategia de Seguridad Marítima Europea de alcance integrador, máxime si se tiene en cuenta las amenazas y riesgos que se ciernen sobre el espacio marítimo de la UE y la vital importancia de un entorno marítimo seguro para la misma. De ahí, la necesidad de que, en esta nueva fase, se adopte un adecuado Plan de Acción que ponga concreción en todas esas acciones definidas en la Estrategia, asigne responsabilidades y establezca un calendario de ejecución, que compense lo declarativo y genérico de aquélla con un carácter más prescriptivo y detallado.

Este Plan debería, en definitiva, identificar las medidas conducentes a alcanzar una eficaz gobernanza marítima, definir las "zonas estratégicas" donde aplicar una estrategia global e integral, permitir tomar las medidas adecuadas para reducir el número de agencias con competencias marítimas, eliminar los solapamientos competenciales, obligar a compartir datos, dotar, en fin, de consistencia orgánica e infundir un propósito común a los dispersos medios con que la UE y sus Estados miembros cuentan. Además, tal Plan debería fomentar la colaboración con el sector privado necesitado, hoy en día, de una concienciación previa sobre la importancia de desarrollar una cultura de seguridad marítima nacional, que se traduzca en alianzas y acciones prácticas y proactivas desde las esferas pública y privada.

Evidentemente, la UE es una Organización internacional y los avances en la concreción de este Plan de Acción y la ambición de su alcance, es responsabilidad, hoy por hoy, de sus Estados miembros. Es, en la voluntad de los gobiernos europeos, más que en los deseos de las instituciones europeas, donde reside la posibilidad de neutralizar hasta un nivel razonable las vulnerabilidades que afectan el espacio marítimo de la UE, y, asegurar que la UE pueda participar en el uso pacífico, sostenible y responsable de los mares y océanos.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Enfoque integral de la seguridad en el espacio marítimo español*, Monografía 135, Escuela de Altos Estudios de la Defensa, Ministerio de Defensa, Madrid, 2013, www.bibliotecavirtualdefensa.es.

LABORIE IGLESIAS, M.: "La Estrategia de Seguridad Nacional (mayo 2013)", Documento de Análisis 34/2013, IEEE, http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA34-2013_EstrategiaSeguridadNacional-2013_MLI. pdf.

POZO, F.: "La mar nunca está en calma", Real Instituto Elcano, 2014.

RETUESTA BOTELLA, J.A.: "La presidencia española de la UE: del concepto de seguridad marítima a la estrategia de seguridad global en el ámbito marítimo global", Real Instituto Elcano (ARI), nº 101,2010. Disponible en la siguiente página web: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari101-010.

SOBRINO HEREDIA, J.M.: "Una nueva manifestación de delincuencia organizada transnacional: las actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada", *Derecho del mar y sostenibilidad ambiental en el Mediterráneo (JUSTE RUIZ, J. y BOU FRANCH, V. Dirs.)*, Valencia, 2014, pp. 147-174.

—, "La Politique maritime intégrée l'UE et les bassins maritimes européens », *Paix et Sécurité Internationales: Revue Maroco-Espagnole de Droit international et Relations Internationales*, Cádiz-Tanger, 2014, 13-33.

—, "La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 277, 2007.

# PROTECCIÓN DE INFRAESTRUTURAS CRÍTICAS: CONCEPTOS BÁSICOS

Fernando J. Sánchez Gómez

*Director del Centro Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (CNPIC)*

## 1. INTRODUCCIÓN

> «*Pues un ejército puede compararse con una corriente de agua, porque así como el caudal que fluye evita las alturas y corre presuroso hacia las tierras bajas, así un ejército evita la fortaleza y ataca los objetivos más débiles*»
>
> Sun Tzu - El Arte de la Guerra

Ante la dependencia que la sociedad tiene de los sistemas de infraestructuras que aseguran el mantenimiento de los servicios esenciales, su protección se ha convertido en una prioridad para las diferentes naciones, situación en la que España no es una excepción.

En el ámbito de la Unión Europea tal preocupación se materializó en:

— Programa Europeo de Protección de Infraestructuras Críticas (PEPIC).

— Directiva 2008/114 del Consejo de la Unión Europea, de 8 de diciembre.

En el ámbito nacional:

— Plan Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas (2007).

— Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas (2007).

— Acuerdo sobre Protección de Infraestructuras Críticas (2007).

— Creación del Centro Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas (2007).

Nuestro Sistema de Protección de Infraestructuras Críticas, uno de los más avanzados del mundo, constituye la mejor respuesta para que nuestro bienestar no se resienta por el colapso, la neutralización o la interrupción de servicios esenciales.

Está compuesto elementos normativos, organizativos y operativos que se caracterizan por:

— Disponer de una estructura de dirección permanente liderada por el Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior y asistida por el CNPIC.

— Mantener un catálogo nacional actualizado en el que están identificadas, designadas y priorizadas nuestras infraestructuras estratégicas.

— Haber conseguido, más allá de la figura del operador crítico, una implicación colaborativa del sector privado, basada en el concepto de la cooperación público-privada y en el intercambio de información sensible.

— Disponer de un modelo de planificación escalonado en cuya cúspide se mantiene el Plan Nacional de Protección de las Infraestructuras Críticas.

— Promover la capacidad de resiliencia y redundancia, para sobreponerse y recuperarse con celeridad ante las perturbaciones sufridas.

— Estar alineado con el modelo de protección de la Unión Europea, garantizando su interoperabilidad internacional con los de países de nuestro entorno.

— Preservar, garantizar y promover la existencia de una cultura de seguridad de las infraestructuras críticas en el ámbito de las Administraciones públicas.

— Estar subordinado a la Estrategia Nacional de Seguridad como principal responsable de alcanzar el objetivo estratégico formulado en ella para "robustecer las infraestructuras que proporcionan los servicios esenciales para la sociedad".

## 2. ¿QUÉ ES UNA INFRAESTRUCTURA CRÍTICA?

El concepto primario, el aspecto clave desde el que hay que partir, no es tanto la infraestructura en sí, sino la función que ésta desempeña o el servicio que presta. Es decir, son determinados servicios los que, a tenor del servicio que proporcionan a la sociedad, merecen el calificativo de Servicios Esenciales y, a partir de ahí, mediante el estudio de las instalaciones, las redes y los procesos de trabajo por los que se desarrollan estas funciones, se puede determinar si alguna de las infraestructuras sobre las que operan reúne las características precisas para ser considerada de una manera especial.

Los servicios esenciales para la sociedad son proporcionados en su mayor parte por instalaciones, redes o sistemas que se han dado en llamar por la comunidad internacional Infraestructuras Críticas (IC), y que han pasado en un escaso espacio de

tiempo a tomar un protagonismo extraordinario, en el marco de la gestión de los riesgos y de las crisis. En consecuencia, la mayoría de gobiernos, al menos en los países de nuestro entorno, han ido poniendo en práctica en los últimos años determinadas medidas, estrategias y políticas, con el fin de procurar un mayor nivel de seguridad a estos servicios esenciales para la sociedad, de cara a preservar la vida, la economía y las funciones de gobierno de las naciones y sus ciudadanos frente a ataques deliberados o eventos de carácter catastrófico.

El concepto que se tiene hoy en día de lo que es una Infraestructura Crítica varía dependiendo de los países y gobiernos. No obstante, de manera más o menos formal, la definición que está internacionalmente reconocida por la mayoría de los Estados que tienen en marcha políticas de seguridad en este ámbito hace referencia a:

> "*aquel elemento, sistema o parte de éste cuyo funcionamiento resulta indispensable para el mantenimiento de las funciones sociales vitales, la salud, la integridad física, la seguridad y el bienestar social y económico, y cuya perturbación o destrucción tendría graves consecuencias*"

De esta definición se deducen varios aspectos fundamentales que determinan el carácter de una infraestructura para que pueda tener la consideración de crítica:

1. La condición de que las funciones que realizan presten un servicio, medible mediante parámetros objetivos. El "catálogo" de posibles servicios viene recogido en muchos casos en una taxonomía que contempla una serie de sectores estratégicos, desglosados a su vez, en países como España, en subsectores, ámbitos y segmentos.

2. La afección real sobre la sociedad, en el caso de que los servicios no puedan ser prestados, o como consecuencia de la destrucción de la infraestructura en cuestión.

3. La necesidad de que estas consecuencias sean graves, esto es, que no se limiten a una mera alteración o molestia, sino que supongan un perjuicio que debe ser también ponderable conforme a una serie de criterios valorativos del impacto sobre:

— La salud o la integridad física de las personas.

— El bienestar social y económico.

Las funciones sociales vitales, abarcando desde la calidad de vida ciudadana, hasta la seguridad pública y las tareas de gobierno, pasando por aspectos tan subjetivos como la confianza y la moral de la población.

## 3. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS

Al margen de los aspectos fundamentales que determinan la posible criticidad de una infraestructura, las IC tienen en común otra serie de aspectos "técnicos" que las caracterizan:

1. Globalidad: Las IC dan servicio a amplias extensiones de territorio y a un número muy elevado de personas, empresas e industrias. Por lo tanto, el impacto de la caída de una de ellas debe ser necesariamente global y extenso, por definición.
2. Responsabilidad distribuida: La configuración industrial y societaria de los países desarrollados ha llevado a que la titularidad y la gestión de muchas de estas infraestructuras esté repartida entre los gobiernos y las compañías privadas. En países como España, la participación de la empresa privada en la gestión de las infraestructuras de servicios está por encima del 80%, en la media de las naciones de nuestro entorno. El accionariado de estas instalaciones se encuentra de la misma forma muy repartido entre empresas de diferente perfil e intereses, razón por la cual es extremadamente difícil atribuir una responsabilidad singularizada de las administraciones públicas, y mucho menos de empresas individualizadas.
3. Complejidad de las amenazas: Los riesgos que pueden afectar a las infraestructuras críticas no proceden de una misma fuente, sino que frecuentemente están enlazados entre sí, siendo prácticamente imposible disociarlos. De cualquier manera, las amenazas, como ya se ha dicho, son múltiples cuando, por el contrario, las consecuencias suelen ser idénticas: la pérdida o interrupción de un servicio esencial que afecta de forma decisiva a la población. Entre las amenazas que pueden provocar estos resultados adversos encontramos desde las de carácter natural o catastrófico, hasta aquellas provocadas por errores humanos o fallos tecnológicos. Sin embargo, son las amenazas de carácter deliberado, ya sean éstas provocadas por una agresión de carácter físico o por un ataque cibernético, las que suponen el mayor riesgo de ocasionar un grave daño. Es esencial abordar la protección de las IC con un enfoque integral (es decir, tener una visión única de las amenazas sobre las mismas y diseñar e implementar una estrategia de protección que integre medidas físicas, lógicas, operativas y del personal).
4. Interdependencias: Dependencia es la relación entre dos productos o servicios en la cual un producto o servicio es necesario para la generación del otro producto o servicio. En este caso, las dependencias incluyen servicios esenciales e infraestructuras que los soportan. De esta manera, para que las infraestructuras funcionen de manera adecuada se necesita de los servicios suministrados por otras infraestructuras o segmentos del mismo sector o de otros sectores diferentes: es lo que se conoce como interdependencias.

Lo que sí es cierto es que, ya sea a través de la conectividad, las políticas y procedimientos directos o la proximidad geoespacial, los sistemas críticos de infraestructuras interactúan, y de forma cada vez más acusada.

Estas interacciones crean a menudo complejas relaciones, que se cruzan entre sí. Sin embargo, el modelado y el análisis de las interdependencias entre las infraestruc-

turas y sus elementos críticos es un fenómeno relativamente nuevo y tremendamente complejo.

Los propietarios y gestores de infraestructuras, históricamente interesados en el correcto funcionamiento de sus propias instalaciones, a menudo muy bien acotadas, deben ahora lidiar con los problemas provocados por la ilimitada conectividad de las redes y de la tecnología.

Hay una necesidad creciente de analizar y comprender mejor la influencia que tienen entre sí múltiples sectores, que pueden inducir efectos secundarios potencialmente imprevistos sobre los demás, ya sea directa o indirectamente, y que pueden derivar, en casos extremos, en la generación de efectos cascada, o dominó, de consecuencias difícilmente previsibles.

## 4. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LAS POLÍTICAS SOBRE PIC

Las características analizadas anteriormente, podrían resumirse en una sola palabra, mediante el término multiplicidad (multiplicidad de consecuencias, actores, amenazas y dependencias). Por ello, el abordaje de esta problemática ha de efectuarse de una manera global e integrada. Los países industrializados ya están diseñando políticas sobre Protección de Infraestructuras Críticas (en adelante, PIC) a las que nuestro país no es ajeno. Para España:

> *"La Protección de las Infraestructuras Críticas es el conjunto de actividades destinadas a asegurar la funcionalidad, continuidad e integridad de las infraestructuras críticas con el fin de prevenir, paliar y neutralizar el daño causado por un ataque deliberado contra dichas infraestructuras y a garantizar la integración de estas actuaciones con las demás que procedan de otros sujetos responsables dentro del ámbito de su respectiva competencia"*

En nuestro país, las políticas sobre PIC se sustentan en cinco principios básicos, que dotan de cohesión y coherencia a todo el sistema:

> *"Coordinación; Responsabilidad compartida y Cooperación público - privada entre los diferentes agentes; Equilibrio y Eficiencia; Planificación escalonada; y Resiliencia"*

### 4.1. Coordinación

Las políticas sobre PIC deben estar presentes en todas las fases (preparación, respuesta y recuperación) de la gestión de crisis a nivel gubernamental y, a su vez, deben estar coordinadas entre sí. Pero todo ello ha de basarse en una serie de conceptos fundamentales que han de presidir la actuación de los poderes públicos en todo momento. Estos son:

### *1. La seguridad como valor superior a proteger*

Las necesidades de sentirse seguro y protegido son las que condicionan, por tanto, el desarrollo de las relaciones en las sociedades complejas y, obviamente, el también complejo entramado de los bienes puestos por nuestras infraestructuras al servicio de las personas.

### *2. La intervención del Estado y la competencia departamental.*

El papel del Estado en la PIC debe ser el de asegurar o elevar a niveles considerados deseables y económicamente razonables, la seguridad de las infraestructuras críticas nacionales, con vistas a garantizar la prestación de servicios fundamentales para el país, sean éstos en situación de explotación normal, sea en situaciones de crisis.

## 4.2. Responsabilidad compartida y cooperación público-privada.

En España, la mayoría de las infraestructuras críticas pertenecen o están operadas por compañías privadas, como ya se ha apuntado. Esta situación hace imprescindible que tanto las Administraciones Públicas como los operadores privados trabajen, asumiendo la responsabilidad que a cada uno les corresponda y de forma coordinada, en la protección de las infraestructuras críticas antes, durante y después de un eventual evento negativo.

### *1. La responsabilidad compartida*

La ya comentada intervención necesaria del Estado debe tener una contrapartida que, además, garantice el derecho a la propiedad privada y la capacidad de decisión de los legítimos propietarios de infraestructuras y de los proveedores de bienes y servicios.

Sin embargo, frente a estos derechos, la responsabilidad compartida también contrapone el deber de estos mismos actores no estatales (empresas y ciudadanos) de colaborar en la seguridad común, al más puro estilo del concepto de defensa civil, de tanta raigambre en los países anglosajones.

### *2. La cooperación público-privada*

Como ya se ha visto, las infraestructuras críticas se desarrollan en un ámbito multisectorial y son sumamente interdependientes, a la vez que en ellas intervienen multitud de actores. Su protección, por tanto, debe incluir de forma necesaria la participación, entre otros, de:

— Los operadores, gestores y propietarios de las infraestructuras (bajo la premisa de ser los responsables principales).

— El Estado (Departamentos Gubernamentales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, instituciones públicas).

— La cooperación internacional.

La cooperación público - privada puede definirse, en este sentido, como la colaboración entre una organización de la Administración y una entidad privada con el objetivo de garantizar la continuidad de los servicios esenciales y de las infraestructuras críticas a nivel nacional y local, basada sobre presupuestos de confianza y respeto mutuos e interés común, y sobre la existencia de un marco regulatorio claro y neutral.

### 4.3. Equilibrio y Eficiencia

Los diferentes sistemas, activos y funciones dentro de un mismo sector de servicios no son igualmente importantes. Tampoco todas las infraestructuras pueden ser críticas ni necesitan el mismo grado de protección. El tratamiento de la PIC debe apoyarse sobre una perspectiva amplia y global que permita dar un enfoque integral del problema; más tarde, es necesario aplicar una metodología homogénea que permita concentrar los esfuerzos sobre las áreas más vitales, catalogando las infraestructuras de manera priorizada y permitiendo una racionalización en la asignación de recursos (que, por definición, siempre son limitados), sean éstos de las Administraciones Públicas o del sector privado.

#### *1. Enfoque integral*

El común de las infraestructuras conforma una cadena cuya protección global tiene la protección del eslabón más débil, por lo que el trabajo debe realizarse de forma coordinada e integrada, abarcando todos los sectores, y al mismo tiempo previniendo cualquier modalidad de amenaza.

Una respuesta integral a las diferentes amenazas existentes requiere la aplicación coordinada de medidas de seguridad, tanto físicas como lógicas y del personal.

#### *2. Metodología homogénea*

Las políticas sobre PIC deben proporcionar a los diferentes actores con responsabilidad de unas herramientas y de un marco regulatorio común y homogéneo, en los que las acciones que se lleven a cabo puedan apoyarse para que sumen y vayan en la misma dirección.

Los elementos regulatorios, organizativos, metodológicos y tecnológicos que se pongan a disposición de las políticas sobre PIC deben ser lo suficientemente uniformes y homogéneos como para coadyuvar al objetivo común de forma eficiente y equilibrada.

### 4.4. Planificación escalonada

Para robustecer las infraestructuras que proporcionan los servicios esenciales para la sociedad, que es el fin último de las políticas sobre PIC, es preciso contar un sistema de planificación escalonada que permita identificar, evaluar, prevenir y mitigar los riesgos a los que nos enfrentamos, desde la perspectiva más global y estratégica, hasta aquellos activos que se encuentren bajo la responsabilidad de un operador u organización. Todo ello se debe abordar partiendo de un enfoque integral multirriesgo y homogeneizador como el que se ha visto en el anterior apartado.

El planeamiento en la PIC, sobre la base de la existencia de un marco regulatorio específico, debe abarcar desde el nivel estratégico hasta los aspectos tácticos y operativos, de manera que el sistema resultante, siendo homogéneo y cohesionado, responda a las diferentes necesidades y asigne claramente las responsabilidades de ejecución, decisión y control.

### 4.5. Resilencia

La Estrategia de Seguridad Nacional española de 2013 (ESN) considera como uno de sus principios informadores a la resiliencia, o capacidad de resistencia y recuperación. De acuerdo con la ESN la resiliencia es, así, el principio relativo a la aptitud de los recursos humanos y materiales para afrontar con flexibilidad y fortaleza las situaciones de crisis y sobreponerse a ellas, minimizando y absorbiendo sus consecuencias negativas.

Relativo al campo objeto de estudio, la clave se halla en la disponibilidad del servicio que las diferentes infraestructuras puedan proporcionar en un momento determinado, puesto que ésta, y no otra, es la razón de ser de dichas infraestructuras. Podemos definir entonces como resiliencia[1], en el ámbito PIC, a *"la capacidad de una infraestructura para proporcionar de forma continuada un servicio, asumiendo con flexibilidad situaciones límite y sobreponiéndose a ellas"*.

## 5. IMPLANTACION DE LAS POLÍTICAS SOBRE PIC

Alcanzado este punto, en el que se ha definido el objetivo final de la protección de las infraestructuras críticas sobre los principios sobre los que se han de fundamentar las políticas a tal efecto, llega el momento de su implantación en acciones concretas.

Para ello, es bueno conocer cuáles son los diferentes elementos que componen cualquier política que se desarrolle sobre la PIC; elementos que, de forma secuencial, deben ponerse en funcionamiento y que pueden resumirse en:

[1] Para mayor información sobre el origen de esta acepción, se puede consultar el informe de John D. MOTEFF. Critical Infrastructure Resilience: The Evolution of Policy and Programs and Issues for Congress. (Washington: Congressional Research Service, August 23 2012), p. 2 y ss.

"Identificación de las infraestructuras que son críticas; Determinación de las dependencias existentes entre sí; Capacidad para gestionar los riesgos; y Capacidad para gestionar las crisis.

*Y, todo ello, sobre dos componentes básicos que deben ser comunes a este proceso: la edificación de una cooperación público - privada eficaz, sobre la base de un adecuado intercambio de información*"

## 5.1. Identificación de las infraestructuras críticas

La condición primordial de toda infraestructura es, como ya se ha visto, la de proporcionar un servicio esencial. En cada uno de los países que llevan a cabo acciones en torno a la PIC, estos servicios se corresponden con una serie de sectores, que en España se han dado en llamar estratégicos. En nuestro país, se considera sector estratégico a:

*"cada una de las áreas diferenciadas dentro de la actividad laboral, económica y productiva nacional, que proporciona un servicio público esencial o que garantiza el ejercicio de la autoridad del Estado o de la seguridad del país"*

De la misma manera, el listado de sectores estratégicos varía según la nación de que se trate, pero coinciden básicamente en su estructura y función. En el caso español, según determina la Ley PIC, 8/2011, los sectores estratégicos son doce, que se corresponden con los siguientes:

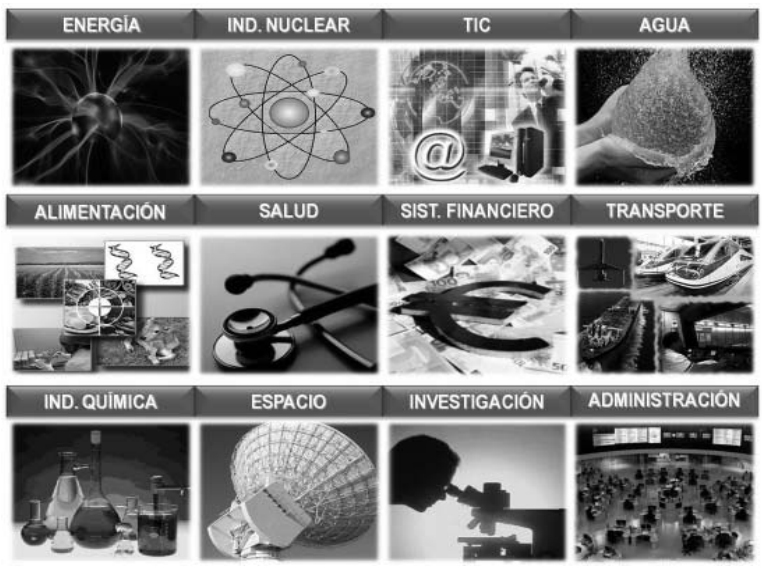



*FIGURA 1 - Sectores Estratégicos en España*

Estos doce sectores se hallan, a su vez, divididos en subsectores, ámbitos y segmentos, que configuran la taxonomía completa del sistema PIC.

Como ya se ha podido observar en las páginas anteriores, la implantación de las políticas sobre PIC requiere, en primer lugar, poder contar con la *base material* sobre la cual estas políticas se van a ejercer. Es por ello por lo que es fundamental tener una definición clara del concepto de infraestructura crítica, con el fin de diferenciarlas del resto de infraestructuras que componen el tejido industrial y de servicios de cualquier país. Sin embargo, es importante resaltar que el hecho de que una determinada infraestructura no tenga el carácter de crítica no quiere decir que no sea importante; simplemente con la clasificación de las infraestructuras en diferentes niveles lo que se procura es priorizar la asignación de recursos a aquellas cuyos efectos pudieran ser potencialmente más adversos, lo que no quita que las otras no deban ser tenidas muy en cuenta y que los parámetros exigidos a las primeras no puedan ser implantados en las segundas. Consciente de todo esto, la Ley introdujo en España una doble figura[2]; por un lado, el concepto de infraestructura estratégica:

> *"las instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales"*

Y, por otro, el de infraestructura crítica:

> *"las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales"*

Sobre este modelo doble, diferenciado de la mayoría de patrones de nuestro entorno (en el que únicamente existe el concepto de infraestructura crítica, pero sin profundizar en él en la mayoría de casos), el Legislador establece precisamente un elemento diferenciador entre las infraestructuras estratégicas, como base sustantiva de la producción de los servicios esenciales, y las infraestructuras críticas, como aquel subconjunto del primero cuya protección es necesario priorizar.

En España, la determinación de la criticidad de una infraestructura viene dada, como ya se avanzó, en función del cumplimiento (o no) de una serie de criterios objetivos, o criterios horizontales[3],

> *1. El número de personas afectadas, valorado en función del número potencial de víctimas mortales o heridos con lesiones graves y las consecuencias para la salud pública.*
>
> *2. El impacto económico en función de la magnitud de las pérdidas económicas y el deterioro de productos y servicios.*
>
> *3. El impacto medioambiental, degradación en el lugar y sus alrededores.*

[2] Ley 8/2011 PIC, artículo 2.
[3] Ley 8/2011 PIC, artículo 2.

*4. El impacto público y social, por la incidencia en la confianza de la población en la capacidad de las Administraciones Públicas, el sufrimiento físico y la alteración de la vida cotidiana, incluida la pérdida y el grave deterioro de servicios esenciales.*

El dimensionamiento de la criticidad de una infraestructura se lleva a cabo en base a los criterios arriba reflejados, sobre los que se añaden una serie de parámetros objetivos, de carácter complejo, cuyo fin es determinar el posible impacto potencial que, en cada uno de los diferentes criterios, puede causarse sobre la población.

A estos efectos, el CNPIC ha elaborado una serie de tablas que determinan la posible criticidad de una infraestructura estratégica, desglosándolas en tres diferentes tipos: Críticas (CR), Esenciales (ES) y Complementarias (CO). Todo ello, en base a seis diferentes categorías posibles de impacto, contadas del 0 al 5, evaluadas sobre tres parámetros:

— Daños a las personas (primera columna).

— Impacto económico y/o medioambiental, evaluado en pérdidas económicas (segunda columna).

— Incidencia sobre el servicio (tercera columna).

De estas, las dos primeras columnas son comunes a todos los subsectores y sectores identificados, mientras que la tercera es concreta para cada uno de ellos.

| CATEGORÍA | CLASIFICACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA | DAÑOS A LAS PERSONAS * | IMPACTO ECONÓMICO Y/O MEDIO-AMBIENTAL** | INCIDENCIA SOBRE EL SERVICIO |
|---|---|---|---|---|
| 5 | CRÍTICA | **MUY GRAVE** pérdida de vidas y/o daños a la salud (>X víctimas mortales y/o Y de heridos) | **MUY GRAVES** daños sobre la economía nacional, de X millones de € (> millones) | Pérdida o interrupción **MUY GRAVE** de los Servicios Básicos a la población. |
| 4 | | **GRAVE** pérdida de vidas y/o daños a la salud (> víctimas mortales y/o de heridos) | **GRAVES** daños sobre la economía nacional, de de millones de € (> millones) | Pérdida o interrupción **GRAVE** de los Servicios Básicos a la población. |
| 3 | ESENCIAL | **MUY IMPORTANTE** perdida de vidas, y/o daños a la salud (> víctimas mortales y/o de heridos) | Daños **MUY IMPORTANTES** sobre la economía nacional, de de millones de € (> millones de €) | Pérdida o interrupción **MUY IMPORTANTE** de los Servicios Básicos a la población. |
| 2 | | **IMPORTANTE** perdida de vidas, y/o daños a la salud (> víctimas mortales y/o de heridos) | Daños **IMPORTANTES** sobre la economía nacional, de más de millones de € (> millones de €) | Pérdida o interrupción **IMPORTANTE** de los Servicios Básicos a la población. |
| 1 | COMPLEMENTARIA | **MODERADA** pérdida de vidas, y/o daños a la salud (< víctimas mortales y/o de heridos) | Daños **MODERADOS** sobre la economía nacional, de más de millones de € (> millones de €) | Pérdida o interrupción **MODERADA** de los Servicios Básicos a la población. |
| 0 | NO SE CONSIDERA | **NULA** pérdida de vidas, y/o daños a la salud | Daños **ESCASOS** sobre la economía nacional, de hasta millones de € (< millones de €) | Pérdida o interrupción **ESCASA** de los Servicios Básicos a la población. |

*FIGURA 2 - Tabla general de impacto*

La tercera columna, como se ve, tiene en la mayor parte de los sectores analizados su desarrollo en una tabla específica *ad hoc*, donde se estudian y se tienen en consideración una serie de parámetros y valoraciones de afección única para dicho sector (en algunos de ellos se considera el número de personas o el territorio afectados, los tiempos de reposición, la condición de insularidad o extraterritorialidad, las infraestructuras de otros sectores afectados, etc.).

En cualquier caso, la medición y clasificación de las diferentes infraestructuras se lleva a cabo conjugando complejas fórmulas objetivas y valoraciones subjetivas en un proceso que, al hallarse clasificado, sólo puede detallarse hasta el nivel que se puede observar en el presente texto.

Nos encontramos, así, con la siguiente clasificación de las infraestructuras estratégicas:

> *- Crítica (CR): Cuando cuenta con algún valor de 4 ó 5 dentro de las Categorías de la Tabla General de Criticidad, en cualquiera de los tres parámetros del daño, o bien cuando su funcionamiento se considera indispensable y no permite soluciones alternativas.*
>
> *- Esencial (ES): Cuando la suma numérica de los valores de las Categorías de la Tabla General de Criticidad es mayor de 5, o bien cuando su funcionamiento, se considera indispensable, pero permite soluciones alternativas.*
>
> *- Complementaria (CO): Cuando la suma numérica de los valores de las Categorías de la Tabla General de Criticidad es igual o menor a 5, o bien cuando su funcionamiento, no siendo indispensable, es conveniente, pero no permite soluciones alternativas.*

Como se puede comprobar, la existencia de un valor 4 ó 5 en alguno de los tres parámetros analizados (daños a las personas, impacto económico o medioambiental, o incidencia sobre el servicio), automáticamente clasifica a una infraestructura como crítica, independientemente de la valoración existente en las restantes columnas. Para la condición de infraestructura esencial o complementaria, si entran en juego ya la suma de valores de las diferentes columnas.

De esta forma, dentro de cada tipificación de criticidad de las infraestructuras, existen a su vez los siguientes niveles:

Nivel -5 Aquellas infraestructuras críticas (CR) que cuenta al menos con un valor 5 dentro de las categorías de la Tabla General de Criticidad.

Nivel -4 Aquellas infraestructuras críticas (CR) que cuenta al menos con un valor 4 dentro de las categorías de la Tabla General de Criticidad.

Nivel -3 Aquellas infraestructuras Esenciales (ES) cuya suma numérica de los valores es 8 ó 9 dentro de las a Categorías de la Tabla General de Criticidad.

Nivel -2 Aquellas infraestructuras Esenciales (ES) cuya suma numérica de los valores es 6 ó 7 dentro de las a Categorías de la Tabla General de Criticidad.

Nivel -1 Las infraestructuras de carácter complementario (CO).

### 5.2. Determinación de las interdependencias

El fenómeno de las interdependencias, a pesar de la dificultad técnica y la complejidad propia del mismo, constituye un problema que está comenzando a analizarse de manera exhaustiva. Según un estudio efectuado por científicos norteamericanos[4], las interdependencias pueden ser de diferentes tipos, en función de sus relaciones:

1. Interdependencia física: Que se refiere a menudo a la ingeniería de los componentes (por ejemplo, un árbol cae sobre una línea de alta tensión durante una tormenta; esto resulta en una pérdida de la alimentación a un edificio de oficinas y a todos los equipos del interior).
2. Interdependencia lógica: En relación a un requisito de información o de control entre componentes (por ejemplo, un sistema SCADA, que supervisa y controla los elementos de la red de energía eléctrica. Una pérdida del SCADA no podrá por sí mismo efectuar un corte de red, pero se pierde la capacidad de controlar de forma remota y operar los interruptores).
3. Interdependencia geoespacial: Referido a la proximidad de los componentes (por ejemplo, una inundación o un incendio pueden afectar a todos los bienes que se encuentren en un edificio o área).
4. Interdependencia política o procedimental: Que existe debido a las medidas políticas o al procedimiento que se relaciona a un cambio de estado o evento en uno de los componentes, causando un efecto subsiguiente en otro componente (por ejemplo, después del 11S contra el *World Trade Center*, todo el transporte aéreo de EE.UU. fue paralizado durante más de 24 horas, y los vuelos comerciales no se reanudaron durante tres o cuatro días).
5. Interdependencia societal: La influencia que un evento sobre una infraestructura puede tener en factores sociales como la opinión pública, la confianza, el miedo y la cultura. Aunque no existe ninguna vinculación o relación física, las consecuencias de eventos en una infraestructura puede afectar a otras (por ejemplo, el tráfico aéreo tras el 11S descendió de manera significativa, al evaluarse la falta de de los viajes. Esto dio lugar a despidos dentro de la industria aérea y la quiebra de algunas de las aerolíneas más pequeñas).

[4] D. D. Dudenhoeffer, M. R. Permann, y M Manic. Critical Infrastructure Interdependency Modelling. (Idaho National Laboratory, 2006), p. 3 y ss.

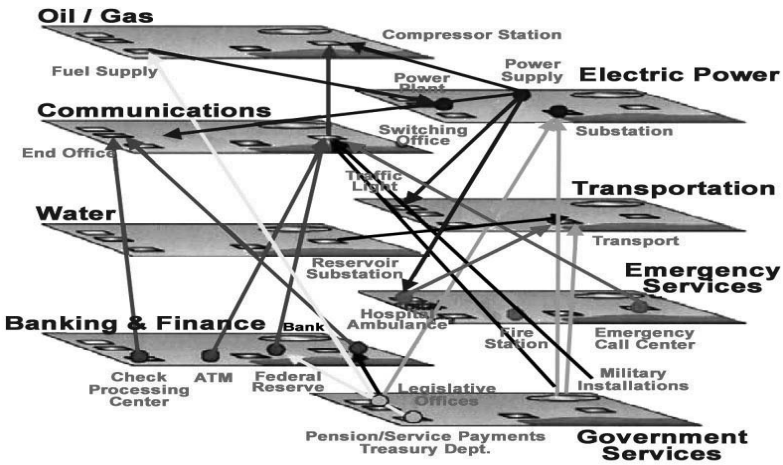



*FIGURA 3 - Esquema básico de interdependencias, Homeland Security, USA*

De manera más práctica, y directamente relacionado con las infraestructuras críticas se puede considerar que las interdependencias están a su vez constituidas en:

1. Dependencias propias (dependencia de entrada), son aquellos servicios que una infraestructura recibe de otras infraestructuras.
2. Dependencias ajenas (dependencia de salida), son aquellos servicios que se proporcionan a otras infraestructuras.

Y ambas dependencias pueden identificarse, a su vez, de acuerdo con el nivel al que se efectúe el estudio en interdependencias:

— Entre sus propias instalaciones o servicios.

— Con servicios esenciales prestados por otros operadores del sector.

— Con servicios esenciales prestados a otros operadores de distinto sector.

— Con servicios esenciales prestados por operadores de otros países.

— Con sus proveedores dentro de la cadena de suministros.

— Con otras infraestructuras críticas del propio operador.

— Con otras infraestructuras críticas de otros operadores.

— Con otras infraestructuras estratégicas que soportan el servicio esencial.

Esto lleva a una conclusión de base, cuando se trata de delimitar el estudio de las diferentes interdependencias:

> *"el estudio de las dependencias de entrada y de salida, esto es, de las interdependencias, deberá llevarse a cabo a nivel estratégico, entre los diferentes sectores; a ni-*

*vel operador, entre los sistemas propios del mismo y de los servicios que pueda tener contratados; y a nivel infraestructura, entre las instalaciones y los componentes que forman parte de ella*"

## 5.3. Gestión de riesgos y crisis relacionados con la PIC

La gestión de riesgos es el proceso clave utilizado globalmente para definir unas medidas de protección adecuadas y equilibradas. Este proceso debe estar focalizado a identificar los diferentes escenarios de riesgo posibles, que tan sólo pueden ser evitados parcialmente mediante la puesta en marcha de medidas preventivas. Por ello, es también preciso extender las medidas de colaboración e intervención al área de la gestión de crisis, en el caso de que alguno de los escenarios previstos llegue a materializarse.

El fin último de la protección de las infraestructuras críticas es fortalecer la resiliencia de las infraestructuras que proporcionan los servicios esenciales a la sociedad. Por ello, es extremadamente importante saber exactamente cuál es el funcionamiento de estos servicios y de los elementos que los sostienen, conociendo cómo y dónde pueden ser interrumpidas sus actividades, con el fin de disponer las medidas precisas para evitar o minimizar potenciales consecuencias negativas sobre la población.

### *5.3.1. Escalas de planeamiento y ejecución en gestión de riesgos y crisis*

La identificación de vulnerabilidades y sus posibles consecuencias, para posteriormente reducir el riesgo a niveles aceptables es precisamente el núcleo de las metodologías de análisis de riesgos. Sin embargo, este proceso es posible efectuarlo - y se debe efectuar - en tres diferentes niveles de gestión:

1. A escala nacional/gubernamental: La gestión de riesgos a nivel nacional o estatal, tiene como objetivo básico evaluar el riesgo desde el punto de vista de impacto sobre la sociedad. Por ello, debe considerar hipótesis que en los dos siguientes niveles no se consideran o han sido descartadas, bien porque exceden las capacidades de conocimiento o de decisión, bien porque el riesgo potencial es asumido al considerarse como de "baja probabilidad". La puesta en marcha de iniciativas a este nivel implica, en primer lugar, el llevar a cabo esfuerzos coordinados centralizados al más alto nivel y, segundo, la necesidad de un impulso político que facilite la imprescindible cooperación entre organizaciones de carácter dispar y distintos objetivos. En todo este sistema, la protección de las infraestructuras críticas se configura como una pieza esencial que debe, entre otras cosas, proporcionar las herramientas necesarias para clarificar de qué manera están interconectados los diferentes servicios esenciales y sus infraestructuras, ejercicio que sólo puede llevarse a cabo desde un nivel estratégico.

2. A escala sectorial: Que se enfoca fundamentalmente a lograr la resiliencia del propio sector, desde el punto de vista de la prestación de servicios a los usuarios. En

este plano, intervienen ya activamente las instituciones públicas competentes y las asociaciones de empresas que proporcionan un mismo tipo de servicio, siendo común encontrar legislación sectorial dirigida principalmente a regular la calidad y la continuidad del servicio que se comercializa. Por todo esto, los organismos públicos y las asociaciones sectoriales suelen tener igualmente un alto conocimiento del nivel de resiliencia del sistema, así como de las vulnerabilidades y las amenazas principales que pueden afectar el sector de forma genérica.

3. A escala compañía/operador: Las empresas utilizan distintas metodologías de gestión de riesgos, fundamentalmente con el fin de evaluar aquellas amenazas que puedan dañar sus objetivos corporativos. Por lo tanto, su interés primordial es proteger únicamente la propia compañía, razón por la cual los esfuerzos están dirigidos a lograr la continuidad del negocio. De cualquier manera, a través de este proceso primario, las empresas proveedoras de servicios esenciales tienen, por lo general, un alto conocimiento de las vulnerabilidades, impactos y riesgos a los que se enfrentan a nivel corporativo, aunque no todos ellos sean abordados, en base al principio "*Riesgo considerado vs. Probabilidad de ocurrencia*".

> *"la gestión de los riesgos y las crisis derivadas de la PIC debe hacerse a tres niveles de planeamiento y ejecución: Nivel estratégico, propio de los estados y gobiernos; nivel sectorial, responsabilidad de las instituciones públicas y las asociaciones empresariales; y nivel operativo, que ha de abarcar tanto los sistemas y estructuras en los que se basan las organizaciones como los activos concretos que los forman, y que debe ser ejecutado por las empresas"*

### *5.3.2. Implantación de una metodología de valoración de riesgos PIC*

La función principal de las autoridades reguladoras en el campo de la PIC en el ámbito de la gestión de riesgos es la de identificar y prevenir aquellos riesgos que amenazan a la sociedad de manera global, siendo por tanto una tarea más compleja y exigiendo establecer unos umbrales de impacto superiores a existentes a nivel infraestructura u organización. Concretamente, se trata de identificar aquellos escenarios que supongan una interrupción severa de los servicios esenciales y/o un grave perjuicio para la sociedad, según los parámetros que ya se vieron.

Esta valoración, al nivel estratégico que se exige, debe ser multirriesgo, esto es, debe considerar todos los tipos de amenaza, independientemente de si éstas son de tipo natural, humano, técnico o deliberado: de lo que se trata es de prevenir un impacto negativo severo fruto de la interrupción o destrucción de los servicios esenciales. El resultado del método debe ser un diagrama de riesgos en el que se planteen, de forma razonada y consistente, cuáles son los principales escenarios a los que nos enfrentamos.

Al mismo tiempo, a nivel sectorial y de organización, el Estado debe ser capaz de prestar apoyo administrativo y técnico a las empresas y operadores de infraestructu-

ras para que éstos desarrollen, a su nivel, sus procesos de gestión de riesgos a través de herramientas y metodologías.

De esta manera, las claves para que una metodología de valoración de riesgos sea eficaz, a nivel estratégico y a nivel operativo, pueden resumirse en:

— Contar con la colaboración y apoyo de la mayor parte de las organizaciones involucradas, esto es, los departamentos gubernamentales y de la Administración, los operadores y los técnicos o expertos.

— Poner en marcha una metodología a nivel nacional es un proceso, no una decisión unilateral. Se debe estar dispuesto a '*negociar*' los términos de aplicación y el método a emplear. Una vez conseguido, es necesario que el organismo competente (gobiernos) le dé carta de legitimidad a través de la promulgación de normativa legal o de estrategias.

— Cerciorarse de la transparencia del método (y del uso que se vaya a hacer de él) es un elemento importante para su aceptación por todas las partes. Las metodologías deben ser, además, lo suficientemente sencillas y flexibles como para adaptarse a las que las compañías puedan tener ya en marcha.

— Definir claramente cuáles son las organizaciones incluidas en el ámbito de la legislación, en su caso, así como establecer métodos de control para evaluar su grado de cumplimiento.

— Imponer procedimientos concretos debe hacerse con sumo cuidado, ya que implican inversiones económicas y pueden encontrar una fuerte oposición en el sector, además de no ajustarse exactamente a todas sus necesidades. Es preferible, por tanto, establecer requisitos evaluables de seguridad que marquen un nivel mínimo sobre el que los afectados deberán situarse.

— Evaluar a los operadores respecto al seguimiento de las medidas exigidas implica un esfuerzo importante por parte de la Administración. Esto conlleva la necesidad de contar con organismos de control especializados y lo suficientemente fuertes; o bien con la implicación y coordinación de los diversos departamentos gubernamentales con conocimiento y competencia en la materia.

— Proporcionar a aquellas organizaciones afectadas por la regulación otra serie de incentivos de todo tipo que puedan compensarles por el esfuerzo realizado y, de paso, fortalecer la cooperación requerida, es una forma complementaria de coadyuvar al éxito de la implantación.

— Actualizar periódicamente la metodología debe ser una preocupación constante del responsable gubernamental en la materia. Sus resultados pueden ser instrumentos muy poderosos para el planeamiento de estrategias políticas a largo plazo (como las Estrategias Nacionales de Seguridad, por ejemplo).

*"la implantación de una metodología de valoración de riesgos PIC, que integra los niveles estratégico, sectorial y operativo, ha cristalizado en el modelo español en el Sistema de Planificación consagrado por la Ley 8/2011 en su Título III, que consta de cinco instrumentos de planificación diferentes, con responsabilidad compartida entre todos los actores"*

### *5.3.3. Participación de la PIC en la gestión de crisis*

Pese a todos los esfuerzos que se puedan realizar, las medidas preventivas nunca podrán eliminar completamente todos los riesgos existentes contra los países y sus ciudadanos, razón por la cual siempre existirán situaciones de crisis. La gestión de crisis a nivel gubernamental organiza todas las tareas, responsabilidades y recursos existentes en el ámbito territorial de que se trate. Una buena gestión de crisis, tanto a nivel internacional, como a nivel nacional o regional, debe sin embargo tener en cuenta las infraestructuras críticas como parte integrante en las fases de preparación, respuesta y recuperación, por una serie de razones:

— Las consecuencias de una interrupción prolongada de los servicios esenciales proporcionados por las infraestructuras críticas pueden ser muy graves. Por lo tanto, la gestión de crisis debe tener siempre en consideración la posible pérdida de dichos servicios y las potenciales consecuencias de ello.

— Los operadores de infraestructuras no sólo son responsables, como ya se ha visto, de implantar las medidas de prevención adecuadas, sino también de conseguir una rápida recuperación de los servicios cuando éstos se pierdan. Una adecuada cooperación entre operadores y Administraciones Públicas es básica, como ya se vio en el aspecto preventivo de la gestión de riesgos.

— En la misma línea, la puesta en práctica de ejercicios y simulacros comunes en los que participen todas las partes debe contribuir a obtener un mayor nivel de preparación en la gestión de crisis.

— Muy frecuentemente, la continuidad de los servicios esenciales (agua, energía, transporte, comunicaciones…) es imprescindible para dirigir las operaciones necesarias para dar respuesta a una crisis. Esto incluye tener capacidad de operar, tanto desde los principales Centros de Control de Crisis existentes a nivel nacional o regional, como en aquellos de carácter operativo que se creen sobre el terreno.

— De cara a la fase de recuperación, el conocimiento detallado de los servicios esenciales, de las infraestructuras que los soportan y de las funciones societarias que desempeñan, pueden ser claves para priorizar de forma correcta la restauración de los servicios a las zonas afectadas.

La utilización de los conocimientos de los operadores y expertos como apoyo en la gestión de crisis se puede llevar a cabo con diferentes aplicaciones:

— En el planeamiento de escenarios de crisis, con el fin de diseñar mecanismos de prevención y coordinación, o de elaborar regulaciones y políticas. A estos efectos, es imprescindible conocer con el mayor grado de detalle posible los procedimientos de funcionamiento de los servicios esenciales desde el punto de vista técnico, actividad para la que se requiere una especial cualificación y conocimiento.

— En la preparación de las emergencias. Es fundamental para ello un conocimiento mutuo que facilite la coordinación entre operadores de servicios y organizaciones de gestión de riesgos. Por ejemplo, la realización de simulacros y ejercicios conjuntos donde participen las autoridades públicas, los operadores de servicios y expertos en infraestructuras críticas es básico para crear un adecuado nivel de adiestramiento y concienciación. Los ejercicios pueden ejecutarse a nivel estratégico, operacional o táctico.

— En la respuesta a las situaciones de crisis que se planteen. En el curso de una crisis, los expertos en protección de infraestructuras críticas (entre los que se pueden incluir los operadores de los servicios y representantes de las administraciones públicas) pueden asesorar a los órganos competentes sobre las posibles líneas de acción a seguir en su campo de experiencia. Es importante tener en cuenta que las interdependencias existentes entre los diferentes servicios e infraestructuras pueden ser muy diferentes en período normal y durante las crisis.

— En la fase de recuperación de una crisis. El conocimiento y las capacidades de los expertos PIC y de los operadores puede ser crucial para restaurar ordenadamente y con las prioridades adecuadas los servicios básicos para la población y/o territorios afectados por una catástrofe o emergencia.

*"la inclusión de la PIC y de los actores que en ella intervienen en la dirección y coordinación de las situaciones de crisis es esencial para lograr un sistema de gestión de crisis equilibrado y dinámico. La Estrategia de Seguridad Nacional de junio de 2013, que contempla la PIC como una de las 12 líneas de acción, y la creación del Consejo de Seguridad Nacional coadyuvará a este fin"*

### 5.4. Edificación de un sistema PIC

En un escenario tan globalizado como el actual, con una participación tan extensa de actores de diferentes perfiles e intereses, en su mayor parte pertenecientes al sector privado, la clave para conseguir implantar las políticas sobre PIC se encuentra en la construcción de un sistema sólido donde los diferentes agentes se encuentren representados y tengan una cierta capacidad de decisión a la hora de definir dichas políticas.

La piedra angular sobre la que debe basarse la edificación de un Sistema PIC no es otra que la cooperación público - privada, cuyas características fundamentales ya han

sido relacionadas en las páginas anteriores, y que deben ser reproducidas en el sistema que se cree.

La forma de promocionar un Sistema PIC por los gobiernos responde, en todo caso, a un delicado equilibrio en el que, por una parte, se requiere acceder a la cooperación mediante procesos de diálogo y colaboración genuina y, por otra, es preciso marcar una serie de reglas, de cumplimiento más o menos obligatorio, a las que todos los participantes deben acogerse. El modelo de Sistema PIC español, impulsado por la Ley 8/2011 y el RD 704/2011, y que se estudiará en capítulos posteriores, favorece precisamente esta metodología con la creación de una serie de comités y grupos de trabajo que, en todo caso, procura mantener el siguiente equilibrio de tipologías:

***- Reglamentación e incentivos. Con la emisión de:***

— Regulación específica que marque las "reglas del juego" y la hoja de ruta que se pretende seguir, definiendo la participación de cada uno de los actores de manera clara y detallada (leyes, reglamentos, instrucciones, otra normativa…).

— Metodologías y contenidos mínimos que los diferentes agentes involucrados deben llevar a cabo, con el auxilio y, en su caso, supervisión, de las autoridades competentes.

— Guías, estándares o buenas prácticas, de cumplimiento voluntario, que se ponen a disposición de los agentes para ayudarles en sus procesos.

***- Medidas de diálogo y colaboración. Que incluyen:***

— El intercambio de información, que debe ser útil para ambas partes, y basados en protocolos de confianza y confidencialidad y a través de mecanismos oficiales, previamente establecidos. Todo esto se desarrollará con mayor profundidad en el siguiente punto, dedicado a este aspecto, que es la base de todo el proceso.

— La existencia de puntos de contacto singularizados y bien identificados por todas las partes, y muy especialmente entre los actores del sector privado y las autoridades públicas. La clave de la eficacia de esta metodología estriba en la designación de las personas delegadas, que deben tener la autoridad necesaria como para poder tomar decisiones en nombre de su organización, de manera que sean algo más que meros transmisores de información.

  La confianza se adquiere más fácilmente en reuniones cara a cara, donde asistan tan sólo un pequeño número de representantes designados a nivel individual, por lo cual es deseable que exista una continuidad en las personas que representan a cada una de las partes.

— La participación en ejercicios y/o simulacros, donde se pongan en común, no sólo información relevante de cada una de las organizaciones, sino también procesos y metodología propios que puedan enriquecer al Sistema.

En cualquier caso, debe procurarse que ambas tipologías sean compatibles con los estándares globales existentes a nivel internacional, respetando en la medida de lo posible aquellos que muchas de las empresas puedan tener implantados en el seno de sus propias organizaciones y los procedimientos de gestión que les son propios.

> *"la construcción de un Sistema PIC que englobe todas las organizaciones con responsabilidad en la materia ha de efectuarse sobre una cooperación público - privada donde se equilibren las medidas regulatorias y el diálogo y la colaboración genuinas"*

### 5.5. Intercambio de información

El intercambio de información entre organizaciones públicas y privadas es el fundamento de cualquier Sistema PIC y de la cooperación público - privada, ya que proporciona la base necesaria de cara a un mejor conocimiento mutuo de las amenazas, riesgos, dependencias y contramedidas que pueden afectar de manera común a ambas partes. Posibilita, por tanto, una mejor protección de las infraestructuras, tanto a nivel corporativo y organizacional como a nivel nacional e internacional. La clave de ello es, una vez más, la confianza.

> *"el intercambio de información sobre PIC se lleva a cabo de tres maneras principales: mediante contactos directos bilaterales, con la constitución de grupos de trabajo sectoriales y con la creación de plataformas digitales de intercambio de información"*

Cualquiera sea el procedimiento que se adopte, deberá tener en común las siguientes características:

— Estarán gestionados y mantenidos por la(s) organización(es) pública(s) competente(s) en materia PIC, que deben salvaguardar la confidencialidad de la información compartida, actuar con transparencia con las partes que tienen acceso a la misma y asegurarse de que todos los intervinientes se benefician del modelo de intercambio de información.

— Su acceso estará limitado a aquellas organizaciones que forman parte del Sistema PIC, tanto por ser operadores de infraestructuras críticas como por tener algún tipo de responsabilidad en la gestión, dirección o seguridad de aquéllas.

— Su funcionamiento estará basado en la confianza mutua, por lo que el acceso y participación es de carácter voluntario. Ahora bien, el coordinador del sistema (órgano gubernamental competente) tendrá la facultad de autorizar el acceso a nuevos usuarios o darlos de baja del mismo si su participación no reúne los requisitos necesarios en cuanto a su compromiso y la información volcada en el sistema.

— La información objeto de tratamiento puede ser de los siguientes tipos:

- Amenazas, vulnerabilidades y factores de riesgo: Permite una mejor comprensión del riesgo al que nos enfrentamos de forma tanto particular como general. En este capítulo puede incluirse información sobre nuevas amenazas y tendencias de ataque de los que tengan conocimiento organismos oficiales de seguridad e inteligencia. Obviamente, todo ello requiere una protección de la información que puede exigir protocolos de muy altos de seguridad y la clasificación de la misma.
- Medidas a implantar y buenas prácticas: El intercambio de información sobre posibles contramedidas y buenas prácticas fortalece el nivel de protección de las IC. Esta información puede ser tanto de carácter técnico como de tipo organizativo.
- Datos sobre incidentes: De manera que los organismos del Gobierno y los cuerpos policiales y de inteligencia compartan información entre sí y con los operadores involucrados sobre incidentes realmente ocurridos. Este tipo de información es únicamente compartida en un entorno de seguridad y, sobre todo, de confianza.
- Información no contrastada: Los operadores de infraestructuras pueden en ocasiones detectar signos de anormalidad demasiado vagos o débiles como para iniciar procedimientos de reacción y alerta. Compartiendo este tipo de información es posible a veces reconocer patrones o actividades que pueden convertirse en amenazas a corto-medio plazo.
- nformación abierta: Este tipo de información, obtenida en fuentes abiertas o de carácter genérico, puede ponerse a disposición pública para crear una conciencia de prevención y una mejor información de los ciudadanos, que beneficie el fin último de mejorar nuestra cultura de seguridad.

— En lo que se refiere a las plataformas digitales de intercambio de información, éstas han de tener, como funciones principales:

- Incrementar el grado de concienciación sobre estas materias y el nivel de educación/conocimiento de los ciudadanos en general, y de los agentes responsables en particular. Normalmente, se ponen a disposición diferentes plataformas con accesos individualizados a niveles de información de distinta clasificación. No obstante, es común la existencia también de páginas Web, con información abierta al público en general, que proporcionan una pasarela a mayor nivel a aquellos que tienen los permisos de acceso necesarios, bajo el precepto de *necesidad de conocer*.
- Constituir un conducto para tener informado al Gobierno de las sensibilidades y preocupaciones del sector privado y de la población en general,

así como un medio para transmitir información o puntos de vista de las autoridades públicas a las empresas y ciudadanos.

- Facilitar información operativa necesaria para constituir una comunidad de inteligencia en el ámbito PIC y para el desarrollo de simulacros y ejercicios necesarios para la mejor protección de las instalaciones estratégicas.

## 6. CONCLUSIONES

En los países desarrollados, las infraestructuras están muy interconectadas y son sumamente interdependientes, basándose cada vez más en las tecnologías de la información (TIC), como Internet, la radionavegación y la comunicación por satélite. Los problemas que pueden desencadenarse en cascada a través de estas infraestructuras interdependientes tienen la posibilidad de ocasionar fallos inesperados, generalizados y cada vez más graves de los servicios básicos.

La alta tecnificación de la mayoría de nuestras infraestructuras las hacen por ello, paradójicamente, muy vulnerables a la interrupción o a la destrucción. Es un hecho probado por los acontecimientos ocurridos en los últimos años, tanto en España como en otros países, que los ataques terroristas están dirigiéndose de forma preferente contra instalaciones nacionales de carácter estratégico, tanto por la rentabilidad de un daño que puede afectar potencialmente a grandes sectores de la población, como por la repercusión mediática y moral que la neutralización de una infraestructura clave puede tener sobre la imagen y capacidad de la acción de gobierno de cualquier país.

La fuerte ofensiva del terrorismo internacional a raíz de los atentados del 11 de septiembre y el carácter masivo e indiscriminado de sus acciones terroristas, ha cambiado absolutamente el escenario de seguridad mundial, y ha puesto de manifiesto la enorme vulnerabilidad a las que las sociedades modernas están sujetas por su dependencia de una serie de servicios considerados esenciales (agua, alimentación, sanidad, energía, telecomunicaciones, transportes, etc.).

De esta manera, se ha configurado un panorama en el que determinados objetivos, por la mayor repercusión que su destrucción o alteración podrían producir sobre la vida, la salud o el bienestar de los ciudadanos o de los propios Estados, se convierten en baluartes de nuestra sociedad y del propio Estado del Bienestar y, por tanto, requieren un tratamiento completamente opuesto del que venían recibiendo, especialmente en materia de seguridad. Esto pone de relieve la gran importancia que la protección de las infraestructuras tiene en nuestra sociedad hoy día.

Diferentes gobiernos han desarrollado recientemente estrategias nacionales de seguridad para la PIC, o bien promulgado leyes específicas en esta materia. Algunas de las primeras iniciativas clave fueron planteadas por la Comisión Europea, con el lanzamiento en 2004 del Programa Europeo de Protección de Infraestructuras Críticas (EPCIP) y la aprobación posterior de la Directiva 2008/114, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la necesidad de evaluar su protección.

En nuestro país se efectuó una primera aproximación al problema en 2007, con la firma por parte del Secretario de Estado de Seguridad del Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (PNPIC), en mayo, y la creación del Centro Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas (CNPIC), en noviembre de ese mismo año. Desde entonces, dicho Centro ha venido trabajando en la arquitectura de un sistema de protección de las infraestructuras críticas nacionales que se adapte a las necesidades específicas de nuestro país y permita dar respuesta a los desafíos de seguridad que tenemos planteados en esta materia.

Parte de esos esfuerzos cristalizaron, en 2011, con la promulgación de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y de su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 704/2011, de 21 de mayo. Estos cuerpos legales, más conocidos como la *Normativa PIC*, han significado un hito importante para nuestro país en esta materia, marcando una "hoja de ruta" que persigue la participación y la involucración de un número ingente de actores con responsabilidad en este campo y que ha puesto a España en la vanguardia mundial en esta materia.

Sin embargo, esto no es más que el punto de partida de un proceso más ambicioso y complejo, que debe culminar con el diseño y definición de un nuevo modelo de seguridad que afronte los retos y demandas de este siglo en el que ya estamos bien entrados.

El Sistema de Protección de las Infraestructuras Críticas debe ser, de esta forma, una de las piezas esenciales en la que descanse la propia seguridad nacional. De esta manera, la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) aprobada en junio de 2013 recoge, entre otras, la protección de las infraestructuras críticas como una de las 12 líneas de acción estratégicas sobre las que se basa la seguridad de España y de los españoles.

A la hora de redactar estas líneas, acaban de ser aprobados los primeros Planes Estratégicos Sectoriales de la Electricidad, el Petróleo, el Gas, el Sector Nuclear y el Sistema Financiero. Con la puesta en ejecución de dichos planes y con la aprobación de las estrategias de segundo nivel que deben derivar de la ESN, el ecosistema de la seguridad en España quedará mucho mejor definido, y nuestro país en una posición mucho más ventajosa para hacer frente a las amenazas actuales y futuras. En este ecosistema, la protección de infraestructuras críticas tiene, como se verá en los próximos años, un papel capital.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación y Normativa Nacional

Ley 2/1985, de Protección Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 22 de 25 de enero de 1985.

Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas. Boletín Oficial del Estado, núm. 102 de 29 de abril de 2011.

Real Decreto 407/1992, Norma Básica de Protección Civil. Boletín Oficial del Estado, núm. 105 de 1 de mayo de 1992.
Real Decreto 393/2007 por el que se regula la Norma Básica de Autoprotección de Centros y Establecimientos. Boletín Oficial del Estado, núm. 72 de 24 de marzo de 2007.
Real Decreto 399/2007 Por el que se establece el Protocolo de Intervención de la Unidad Militar de Emergencias. Boletín Oficial del Estado, núm. 131 de 1 de junio de 2007.
Real Decreto 1468/2008 por el que se modifica el R.D. 393/2007. Boletín Oficial del Estado, núm. 239 de 3 de octubre de 2008.
Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas. Boletín Oficial del Estado, núm. 121 de 21 de mayo de 2011.
Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas de la Secretaría de Estado de Seguridad de 7 de mayo de 2007. No publicado.
Estrategia de Seguridad Nacional. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado. Gobierno de España, junio de 2013.
Estrategia de Ciberseguridad Nacional. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado. Gobierno de España, diciembre de 2013.
Resolución de 15 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establecen los contenidos mínimos de los planes de seguridad del operador y planes de protección específicos conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de infraestructuras críticas. Boletín Oficial del Estado, núm. 282 de 23 de noviembre de 2011
Resolución de 16 de mayo de 2012, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se publican las Guías de Buenas Prácticas para la elaboración de los planes de seguridad del operador y planes de protección específicos. www.cnpic.es.

## Publicaciones

Centre for the Protection of National Infrastructure (CPNI). http://www.cpni.gov.uk/
DUDENHOEFFER, D. D. et Al (2006): "Critical Infrastructure Interdependency Modelling", Trabajo publicado para el Idaho National Laboratory, ref. INL/EXT-06-11464.
MOTEFF, John D (2012): "Critical Infrastructure Resilience: The Evolution of Policy and Programs and Issues for Congress". Trabajo publicado por el *Congressional Research Service*, Washington.
PÉREZ-CHIRINOS, César: Critical Financial Institutions: Business Continuity Scenarios and Costs, en European CIIP Newsletter, Agosto-Septiembre 2009, Volumen 5, número 2.
SÁNCHEZ, Fernando J. et Al (2013): "Marco legal y de gestión de las infraestructuras críticas". Madrid, Editorial McGraw-Hill.

# PASADO, PRESENTE Y FUTURO EN LA PROTECCIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS[1] Y SERVICIOS ESENCIALES[2]

Oscar Manuel Flores Lecha

*Teniente de la Guardia Civil*
*Responsable del Área de Investigación/Calidad del Centro Universitario de la Guardia Civil (CUGC)- Aranjuez (Madrid).*

## 1. INTRODUCCIÓN

Puedo imaginar que uno de los mayores temores a los que se enfrenta un escritor, periodista, analista o modesto relator, como es el que humildemente aquí suscribe, es

[1] ¿Son lo mismo las infraestructuras estratégicas que las infraestructuras críticas? La respuesta es que no. Según la Ley 8/2011, las infraestructuras estratégicas son "*las instalaciones, redes, sistemas y equipos físicos y de tecnología de la información sobre las que descansa el funcionamiento de los servicios esenciales*", mientras que las infraestructuras críticas son "*las infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales*". Se podría concluir diciendo que todas las infraestructuras críticas son infraestructuras estratégicas, pero no todas las infraestructuras estratégicas son infraestructuras críticas; por lo que estas últimas se encontrarían en un nivel superior de importancia.

¿Cómo se clasifica una infraestructura como estratégica y, en su caso, como crítica? Lo primero de todo es necesario su inclusión en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas, para lo cual estas infraestructuras deben cumplir al menos uno de los cuatro criterios horizontales de criticidad previstos en el artículo 2, apartado h) de la Ley 8/2011 como son: el número de personas afectadas, el impacto económico, el impacto medioambiental y el impacto público y social. La Directiva 2008/114/CE del Consejo cuando enumera estos criterios horizontales, y al referirse en concreto al impacto medioambiental, lo incluye dentro del impacto económico. No obstante, no considero que sea un matiz relevante para la caracterización de los mismos.

[2] ¿Qué diferencia existe entre servicio esencial y sector estratégico? Para la Ley 8/2011 el servicio esencial es "*el servicio necesario para el mantenimiento de las funciones básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas*". El sector estratégico, en cambio, lo constituye "*cada una de las áreas diferenciadas dentro de la actividad laboral, económica y productiva, que proporciona un servicio esencial o que garantiza el ejercicio de la autoridad del Estado o de la seguridad del país*". Como sectores estratégicos la citada Ley menciona estos doce: la administración, el espacio, la industria nuclear y química, las instalaciones de investigación, el agua, la energía, la salud, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), el transporte, la alimentación y el sistema financiero y tributario. Sin embargo, la Directiva 2008/114/CE del Consejo, únicamente contempla dos sectores, el energético (electricidad, petróleo y gas) y el de transportes (por carretera, ferrocarril, aéreo, por vías navegables interiores y finalmente, el marítimo y puertos). En este sentido, la regulación nacional ha sido mucho más exhaustiva que la europea, pero por lo que aquí más interesa, hay que decir que en definitiva, el sector estratégico engloba a los servicios esenciales.

la página en blanco. Esa primera página, en este caso de un artículo de análisis, donde hay que ir construyendo un lienzo de letras que tenga sentido para los oyentes o lectores.

Hasta hoy, mucho y bien se ha escrito sobre el sector de las infraestructuras críticas, así que una vez vencida esa resistencia a las primeras palabras, mi idea siempre estuvo dirigida en primer lugar a aportar un toque de originalidad a lo hasta ahora escrito.

En segundo lugar, si se me permite el término médico, quería "diseccionar" el actual marco legal de las infraestructuras críticas. Una disección que fuera productiva y de utilidad, no solo para versados en la materia, sino también para los que se aproximan por primera vez. Es complicado intentar conectar con un amplio sector de la población, pero no quería dejar de lado a las personas que no están familiarizadas con un campo tan específico, porque al fin y al cabo, y como dice la Estrategia de Seguridad Nacional, "*Garantizar la seguridad es una responsabilidad del Gobierno, pero es también una tarea de todos*[3]". Pues si eso es así, permitamos que también sean los ciudadanos partícipes.

Por otro lado, no quería dejar pasar la ocasión de dar respuesta a algunos interrogantes que se les plantea a los profesionales del sector de la seguridad en relación a las infraestructuras críticas, finalizando con unas conclusiones que animen al lector al debate y a la reflexión.

Finalmente, la idea que debe estar presente en todo momento en el lector es que ante la necesidad de seguridad que demanda el ciudadano, su "derecho a sentirse seguro", la hipótesis que se plantea en esta comunicación es que "*si se está preparado para el peor de los escenarios posibles, se estará preparado igualmente para escenarios menos complejos y/o devastadores*".

## 2. MARCO LEGAL

### 2.1. Ámbito europeo

El punto de inflexión tras el cual se disparó la normativa en la protección de las infraestructuras críticas, lo constituyeron los atentados perpetrados en marzo del 2004 en Madrid. El Consejo Europeo, en junio de ese mismo año, instó a la Comisión Europea a elaborar una estrategia global para mejorar la protección de infraestructuras críticas.

El 20 de octubre de 2004, como respuesta a esa solicitud, la Comisión adoptó una Comunicación sobre protección de las infraestructuras críticas en la lucha contra el

[3] España, Consejo de Ministros (31 de mayo de 2013). Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido. Recuperado el 8 de junio de 2013, del sitio web: http://lamoncloa.gob.es (pág. iii)

terrorismo, en la que se formulan propuestas para mejorar la prevención, preparación y respuesta de Europa frente a atentados terroristas que afecten o puedan afectar a infraestructuras críticas.

Ya en diciembre del mismo año, en las conclusiones del Consejo sobre prevención, preparación y respuesta a los ataques terroristas y en el Programa de solidaridad de la UE sobre las consecuencias de las amenazas y ataques terroristas, adoptado por el Consejo, se respalda el propósito de la Comisión de lanzar un Programa Europeo de Protección de Infraestructuras Críticas (PEPIC) y se aprueba la creación por la Comisión de una red de información sobre alertas en infraestructuras críticas (Critical Infraestructures Warning Information Network - CIWIN).

El 17 de noviembre de 2005, la Comisión adoptó el Libro Verde sobre un Programa Europeo para la Protección de Infraestructuras Críticas, en el que se exponían las posibilidades de actuación para el establecimiento del Programa y de la Red de información sobre alertas en infraestructuras críticas (CIWIN).

En diciembre de 2005, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) pidió a la Comisión que elaborara una propuesta para un Programa Europeo de Protección de Infraestructuras Críticas (PEPIC) y se decide que, aunque debería basarse en un planteamiento que tuviera en cuenta todo tipo de riesgos y amenazas, se diera preferencia a la lucha contra las amenazas terroristas[4].

La Comunicación de la Comisión COM (2006) 786 de 12 de diciembre de 2006 establece los principios, procesos e instrumentos propuestos para llevar a la práctica el PEPIC.

En abril de 2007 el Consejo adoptó las conclusiones sobre el PEPIC, en las que reiteró que correspondía en última instancia a los Estados miembros gestionar las disposiciones de protección de infraestructuras críticas dentro de sus fronteras nacionales.

Finalmente, la entrada en vigor de la Directiva 2008/114, del Consejo, de 8 de diciembre (Diario Oficial de la UE de 23 de diciembre de 2008), sobre la identificación y designación de Infraestructuras Críticas Europeas (ICE) y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección, constituye un importante paso en la cooperación en esta materia en el seno de la Unión europea[5].

---

[4] De esta forma, los riesgos producidos por amenazas tecnológicas, así como por catástrofes naturales, o las ocasionadas de forma fortuita por el hombre, se deberían tener en cuenta en todo el proceso de protección de las infraestructuras críticas, aunque dando siempre preferencia a la amenaza terrorista.

[5] En dicha Directiva se establece que la responsabilidad principal y última de proteger las infraestructuras críticas corresponde a los Estados miembros y a los operadores críticos de las mismas. Igualmente, esta Directiva se concentra en los sectores de energía y de los transportes, aunque su revisión será conveniente con el fin de evaluar su implementación, así como por la necesidad de incluir en su ámbito de aplicación a otros sectores como son el de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). Los planes bilaterales de cooperación entre Estados miembros en materia de protección de infraestructuras críticas constituyen un medio eficaz y bien establecido para ocuparse de las infraestructuras críticas transfronterizas, pero no es suficiente. El PEPIC debe basarse en esa cooperación, pero debe avanzar aún más. Por otro lado, el planteamiento comunitario debe fomentar la plena participación del sector privado,

### 2.2. El caso particular de España

Seguramente en España, debido a la lacra del terrorismo nacional que hemos padecido durante décadas, hemos estado más sensibilizados y concienciados y, por ende más avanzados en esta materia que el resto de los países de la Unión Europea. Pero que nadie cometa la temeridad de pensar que tenemos todo el camino recorrido. Vamos en la línea correcta, pero aún tenemos margen de mejora.

El Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo <BOE> núm. 72 de 24 de marzo de 2007, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia; viene a desarrollar los preceptos relativos a la autoprotección, contenidos en la Ley 2/1985 sobre Protección Civil, y a dar cumplimiento a lo establecido en la sección IV, del capítulo I, del Real Decreto 2816/1982 por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Público y actividades Recreativas.

Ya el 7 de mayo de 2007, la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior aprobó el primer Plan Nacional de Protección de las Infraestructuras Críticas, así como la elaboración de un primer Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas con la calificación de SECRETO, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de secretos oficiales.

Seguidamente, con fecha de 2 de noviembre de 2007, el Consejo de Ministros aprobó un Acuerdo sobre Protección de Infraestructuras Críticas, que entre otras cuestiones acordaba la designación de la Secretaría de Estado de Seguridad como organismo responsable de la dirección, coordinación y supervisión de la protección de infraestructuras críticas nacionales; el desarrollo del Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas; la clasificación y actualización del Catálogo Nacional de Infraestructuras estratégicas; la creación del Centro Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (CNPIC), así como la dotación de recursos humanos y materiales.

Con la Ley 8/2011, de 28 de abril <BOE> núm. 102 de 29 abril de 2011, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, se incorpora al Derecho español la Directiva 2008/114/CE del Consejo, por la que se hacía necesario elaborar una norma cuyo objetivo fuera, por un lado, regular la protección de las infraestructuras críticas contra ataques deliberados de todo tipo y, por otro lado, la definición de un sistema organizativo de protección de dichas infraestructuras que aglutinara a las Administraciones Públicas y entidades privadas afectadas. Pieza básica en este sistema, es la creación del Centro Nacional para la Protección de Infraestructuras Críticas, como órgano de asistencia al Secretario de Estado de Seguridad[6].

---

a través de los operadores críticos principalmente. La experiencia de este sector en el control y gestión de riesgos, en la planificación de la continuidad de las actividades tras una interrupción y en la posterior recuperación después de una catástrofe, son activos que no se puede permitir nuestra sociedad despreciar.

[6] La finalidad de esta norma era el establecimiento de medidas de protección de las infraestructuras críticas que proporcionaran una base adecuada sobre la que se asentase una eficaz coordinación de las

No había transcurrido ni tan siquiera un mes desde la publicación de la Ley 8/2011, cuando se publicó el Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo <BOE> núm. 121 de 21 de mayo de 2011, por el que se aprobaba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas. Y es que, aunque la citada Ley marcaba un plazo máximo de 6 meses para dictar su correspondiente Reglamento, la temática era de tal importancia como para no agotar los plazos máximos; circunstancia que se agradece.

En el Consejo de Ministros del día 24 de junio del 2011, con el gobierno socialista en el poder, fue aprobada la Estrategia Española de Seguridad, "una responsabilidad de todos". Aunque entre las nueve amenazas y riesgos, con sus correspondientes líneas de actuación para hacerles frente que se enumeran en su resumen ejecutivo, no se encontraba la seguridad de las infraestructuras críticas; no es menos cierto que se hacía una mención especial de las mismas en su página 14 al decir que "*De especial importancia es la seguridad de las infraestructuras, suministros y servicios críticos. Es preciso garantizar su funcionamiento y capacidad de resistencia y recuperación ante posibles amenazas. La colaboración con el sector privado - gestor ya de muchas de ellas- debe ser potenciada*". No obstante, en el capítulo 4 *"Amenazas, riesgos y respuestas",* si había un epígrafe específico dedicado a las "*infraestructuras, suministros y servicios críticos*"; prueba evidente de que el asunto en cuestión preocupaba y mucho.

En el Consejo de Ministros de 31 de mayo de 2013, ya con el Partido Popular en el poder, fue aprobada la "*Estrategia de Seguridad Nacional: un proyecto compartido*", que actualiza y revisa la anterior Estrategia del 2011, para adaptarse al vigente panorama estratégico con nuevos y complejos riesgos y amenazas que pueden afectar a la seguridad nacional.

Entre los doce riesgos y amenazas que contempla, esta vez sí y sin que quepa la menor duda, se incluye la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y servicios esenciales, así como una serie de factores potenciadores de las mismas. En la protección de las infraestructuras críticas, dicho documento define un ámbito prioritario de actuación, con el objetivo de robustecer las infraestructuras que proporcionan los servicios esenciales para la sociedad, y siete líneas de acción estratégicas como son: responsabilidad compartida y cooperación público-privada, planificación escalonada, equilibrio y eficiencia, resiliencia, coordinación, cooperación internacional y finalmente, garantía en la seguridad de las infraestructuras críticas conforme a lo expuesto en el Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (PNPIC).

---

Administraciones Públicas y de las entidades y organismos gestores o propietarios de las infraestructuras que presten servicios esenciales para la sociedad, con el fin de lograr una mejor seguridad para aquéllas. Sobre esta base se tiene que sustentar el Catálogo Nacional de Protección de Infraestructuras Estratégicas y el Plan de Protección de Infraestructuras Críticas, como principales herramientas en la gestión de la seguridad de nuestras infraestructuras.

## 3. LÍNEAS DE ANÁLISIS

### 3.1. De qué manera afectan los factores potenciadores

En la protección de las infraestructuras críticas he considerado únicamente como factores potenciadores la pobreza y la desigualdad, los extremismos ideológicos y el uso nocivo de las nuevas tecnologías.

#### *3.1.1. Pobreza y desigualdad*

Ceuta y Melilla son las dos únicas fronteras terrestres de la Unión Europea con el continente africano, donde el PIB español es superior a la suma de la riqueza de los 53 Estados de África. Ni siquiera la brecha entre Estados Unidos y México es tan amplia. Las diferencias económicas provocan más narcotráfico, más racismo y más reclamaciones territoriales en el paso más transitado de África[7].

Ya en el 2004, el economista Iñigo Moré[8] midió las diferencias económicas de todos los países con una frontera terrestre común. Tras estudiar todos los límites fronterizos del planeta, este especialista del Magreb descubrió que, a nivel económico, los países vecinos tienen un funcionamiento parecido al de los vasos comunicantes. «*Un país* -asegura Moré- *puede ser muchas más veces más rico que otro. Pero ningún país puede ser especialmente más rico que su vecino*».

Para Moré, la conclusión está clara: «*Si tu vecino es pobre no puedes enriquecerte comerciando con él*». Esa diferencia económica entre vecinos, que Moré bautiza como «*escalón económico*», impide que un país se despegue económicamente de su vecino. La pobreza «*acaba influyendo negativamente en su vecino más rico y lastra su desarrollo*». Moré estudió las 189 fronteras del planeta para conocer los denominadores comunes de esas diferencias y aplicarlas al escalón económico entre España y Marruecos.

Que España sea casi 14 veces más rica que Marruecos supone un riesgo para la economía española. «*El fracaso de un vecino pobre se refleja en la vida cotidiana del país rico por muchas vías: un comercio escaso, migraciones masivas o conflictos bélicos*». El caso hispano-marroquí ya ha sufrido esos tres efectos[9].

---

[7] Otero, J., Ceuta y Melilla, la frontera entre ricos y pobres más desigual del mundo. Recuperado el 12 de julio de 2014 del sitio web: http://www.publico.es/actualidad/503334/ceuta-y-melilla-la-frontera-entre-ricos-y-pobres-mas-desigual-del-mundo.

[8] Baquero, A., La brecha con Marruecos. Recuperado el 12 de julio de 2014, del sitio web: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/502f5f804f0183eab4b2f43170baead1/reportaje019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=502f5f804f0183eab4b2f43170baead1

[9] La presencia de inmigrantes marroquís se ha multiplicado; el comercio entre ambos países es escaso y una disputa territorial, la isla de Perejil, desencadenó una intensa crisis diplomática y un roce militar. Moré insiste en la teoría de los vasos comunicantes y afirma que ese escalón económico «es un lastre» para

### *3.1.2. Extremismos ideológicos*

Cuando se habla de extremismos ideológicos, se debería hacer desde una visión global que permitiera ver más allá de nuestras fronteras. A lo largo de la historia, muchos han sido los abusos cometidos en nombre de religiones o creencias. Actualmente, el terrorismo internacional de corte integrista, si se me permite el término, ocupa numerosas portadas en los medios de comunicación. Un terrorismo internacional que lidera Al Qaeda y que no hay que confundir con el Islam. Occidente está en lucha contra el terrorismo y contra Al Qaeda, pero no contra el Islam. En este sentido, encontramos patrones comunes de comportamiento con otros procesos de radicalización como son los de las extremas izquierda y derecha, movimientos antiglobalización o antisistema y nacionalismos, entre otros.

En el caso español, el barómetro del CIS publicado en enero de 2013 revelaba que, en una escala del 1 (extrema izquierda) al 10 (extrema derecha), el 2,1% de los encuestados se ubicaban ideológicamente en la ultraderecha (9-10), mientras que los españoles de extrema izquierda (1-2) aumentan hasta el 7,8%.

Los actos de violencia protagonizados por grupos de ultraderecha o de extrema izquierda se han hecho más notorios en los últimos tiempos, en muchos casos aprovechando manifestaciones pacíficas para hacerse notar. Este fenómeno ha provocado una gran alarma social, por el miedo a que estos sucesos se vuelvan más frecuentes y aún más violentos[10].

No cabe la menor duda de la importancia que la prevención de la radicalización y el extremismo violento adquieren en la lucha contra el terrorismo, así como evitar la financiación y el reclutamiento de personas para cometer actos violentos.

### *3.1.3. Uso nocivo de las nuevas tecnologías*

El Ministerio del Interior activó por primera vez un dispositivo de ciberseguridad para contribuir al normal desarrollo de los actos de proclamación del nuevo Rey de España que se llevaron a cabo el pasado mes de junio. Su misión principal fue la protección de las infraestructuras críticas nacionales que proporcionan los servicios esenciales necesarios para la sociedad y para el buen desarrollo de los actos.

La especial relevancia de este evento y la creciente evolución de las tendencias delictivas y de las amenazas hacia el terreno virtual más propio de las tecnologías de la información y las comunicaciones aconsejaban la adopción de una medida como ésta.

---

España. «Si no se ponen en práctica estrategias para fomentar el crecimiento de Marruecos, España se expondrá a riesgos económicos y políticos»

[10] Recuperado el 18 de julio de 2014, del sitio web: http://www.elconfidencialdigital.com/te_lo_aclaro/crecen-extremismos-Espana_0_2142385756.html

Las infraestructuras críticas, dependientes en gran medida de las nuevas tecnologías, requieren que se adopten mecanismos de protección no solo física sino también específica de ciberseguridad tanto desde el punto de vista preventivo como desde la reacción, la mitigación y la respuesta[11].

El uso nocivo de las nuevas tecnologías y las consecuencias devastadoras que las mismas podrían ocasionar en la seguridad de las infraestructuras críticas, ponen de manifiesto la especial atención que se debe prestar a la seguridad de la información y de las comunicaciones (TIC). La actual amenaza terrorista ya no es únicamente de carácter físico, sino que existe una verdadera amenaza cibernética debido a la gran dependencia que las propias infraestructuras críticas tienen de las tecnologías de la información.

La reciente publicación de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional[12], así como la creación por las Secretarías de Estado de Seguridad y de Telecomunicaciones de un Centro de Respuesta a Incidentes de Seguridad (CERT[13]) para emergencias informáticas en infraestructuras críticas, ponen de relieve la preocupación por la "*amenaza ciber*".

Como comenta MIGUEL ÁNGEL ABAD ARRANZ, Jefe del Servicio de Ciberseguridad del CNPIC,

> "*este Servicio ha contribuido a que el concepto de seguridad integral que defiende el CNPIC como paradigma de la seguridad en las organizaciones (y por ende, en las infraestructuras críticas) esté presente en la estructura y contenidos de los Planes Estratégicos Sectoriales (PES). Asimismo, gracias al conocimiento adquirido sobre los distintos sectores estratégicos, se ha permitido que los análisis de amenazas/riesgos reflejados contemplen la 'perspectiva cibernética' en cada uno de ellos a través de un mejor entendimiento del uso que se da a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y, respecto a estas, poner de manifiesto el impacto que tendría su mal funcionamiento.*
>
> *En general, los operadores propietarios, o gestores de las infraestructuras estratégicas/críticas, con los que el CNPIC ha trabajado en la elaboración de los planes, presentan un grado de madurez avanzado en lo relativo a la integración de la ciberseguridad en sus planes generales de protección. Es cierto que hay algunas organizaciones, las menos, que deben replantearse determinados aspectos de su política de inversión en seguridad en el ámbito cibernético, comenzando con la concienciación top-down (desde el nivel directivo hasta el más operativo)"*[14].

---

[11] http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/6651829/portada/activado-un-dispositivo-de-ciberseguridad-por-la-proclamacion-del-rey#.Ttt1caglGHJ07VP

[12] Recuperado el 19 de julio de 2014 del sitio web: http://www.cnpic-es.es/Biblioteca/Legislacion/Generico/20131205_ESTRATEGIA_DE_CIBERSEGURIDAD_NACIONAL.pdf

[13] Para más información consultar la página web del CNN-CERT: https://www.ccn-cert.cni.es/

[14] Entrevista a Miguel Ángel ABAD ARRANZ, *Seguritecnia.es*. Recuperado el 11 de julio de 2014 del sitio web: http://www.seguritecnia.es/seguridad-publica/administraciones-publicas/algunas-organizaciones-deben-replantearse-aspectos-de-su-politica-de-seguridad-en-el-ambito-cibernetico

### 3.2. Líneas de acción estratégicas

¿Existen más líneas de acción estratégicas en la protección de las infraestructuras críticas que las enumeradas en la vigente Estrategia de Seguridad Nacional? Mi opinión personal es que se han recogido todas las líneas de acción estratégicas más importantes. Lo fundamental a partir de ahora, es que no queden únicamente en el papel y se trasladen a la práctica, como actualmente se viene haciendo. En este sentido, la hoja de ruta que supone el sistema organizativo de protección de infraestructuras críticas invita a ser optimista.

### 3.3. Colaboración público-privada

La visión tradicional de la seguridad en relación a la protección de las infraestructuras críticas ha cambiado profundamente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Hasta ese momento la seguridad era competencia exclusiva del Estado y por ello pública, sin embargo, las infraestructuras críticas se encontraban en su mayoría en el sector privado. Es por ello que hay que hacer copartícipe a este sector en la consecución y mejora de la seguridad de las infraestructuras críticas.

Por otro lado, la seguridad de las infraestructuras críticas exige contemplar actuaciones que van más allá de la mera protección física contra ataques deliberados, razón por la cual resulta inevitable implicar a otros actores como es el sector privado. En este sentido, es fundamental el papel que debe protagonizar la Seguridad Privada como colaboradora de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

### 3.4. Cultura de seguridad

La actual Estrategia de Seguridad Nacional 2013 dice que "*Una sociedad responsable y concienciada de su seguridad está en mejores condiciones para hacer frente a los desafíos actuales y ganar en términos de desarrollo y prosperidad*". Por otro lado, la anterior Estrategia indicaba que "*es necesario promover una mayor cultura de seguridad e impulsar la educación de los profesionales de sectores muy diversos y, en general, de los ciudadanos, en estas materias*".

La Comisión Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas será la encargada de preservar, garantizar y promover la existencia de una cultura de seguridad de las infraestructuras críticas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Lo que queda claro es que la difusión de la "*cultura de seguridad*" puede contribuir a la participación ciudadana en la lucha contra las amenazas que se citan en las distintas Estrategias de Seguridad. Pero si importante es fomentar y estimular la cultura de seguridad en el ciudadano, más lo es a nivel corporativo dentro del personal que desempeña sus funciones y cometidos en las infraestructuras críticas. Para ello es necesa-

rio que este personal perciba que sus esfuerzos en materia de seguridad contribuyen a los logros para los que la infraestructura en la que trabajan se ha diseñado.

Para GARCÍA PALOMERO, "*el diseño de un plan director de la cultura de seguridad y defensa descansa sobre tres ejes: la Concienciación Corporativa, la Gestión del Conocimiento y la Potenciación de Alianzas. En el ámbito de la educación, los tres ejes se orientan hacia la* ***fidelización*** *de los actores: padres, profesores, estudiantes, gestores, políticos y en general todos los colectivos*[15]". En mi opinión, esta fidelización del trabajador debería estar siempre presente en la estrategia del operador crítico.

### 3.5. Dónde ubicar nuestra línea de defensa

El concepto de línea de defensa que coincide con la línea imaginaria de las fronteras terrestres y marítimas hay que desterrarlo. Para ello hay que alejar la línea de defensa lo más lejos posible de nuestras fronteras. Este concepto defensivo que ha calado hondo en la cultura estadounidense está siendo copiado por Europa. Si los países de nuestro entorno son seguros, nosotros estaremos más seguros.

### 3.6. Contribución del Ministerio del Interior

El Centro Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas (CNPIC)[16] es el órgano que se encarga de impulsar, coordinar y supervisar todas las actividades que tiene encomendadas la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en relación con la protección de las infraestructuras críticas españolas, y está formado por miembros de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía.

Aún no se ha elaborado ningún Plan de Apoyo Operativo (PAO), pues se deben respetar los plazos que marca el Real Decreto 704/2011, pero en un futuro estos planes serán los documentos operativos donde se deben plasmar las medidas concretas a poner en marcha por las Administraciones Públicas en apoyo a los operadores críticos para la mejor protección de las infraestructuras críticas. Estos PAO, bajo la supervisión de la Delegación del Gobierno correspondiente, serán elaborados por el Cuerpo Policial estatal o, en su caso, autonómico, con competencia en la demarcación, para cada una de las infraestructuras clasificadas como críticas dotadas de un Plan de Protección Específico (PPE). En el caso del Ministerio del Interior, el Cuerpo Nacional de Policía o la Guardia Civil.

---

[15] García Palomero, I. "Como fidelizar a la comunidad educativa en la cultura de seguridad y defensa", Recuperado el 18 de julio de 2014 del sitio web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA29-2013_FidelizarComunidadEducativa_IGP.pdf

[16] Ver página web del CNPIC, http://www.cnpic-es.es/index.html

### 3.7. Confianza del ciudadano en nuestras infraestructuras críticas

El pasado mes de junio se aprobaron los primeros cinco Planes Estratégicos Sectoriales (PES) para los sectores de la electricidad, gas, petróleo, nuclear y financiero. Para la elaboración de los mismos se ha empleado una metodología novedosa, donde se han analizado la normativa y planes existentes en cada uno de los sectores con el objetivo de identificar aquellos trabajos que pudieran ser de utilidad y referencia a la hora de elaborar los planes y donde se han recogido los contenidos mínimos que vienen establecidos en la normativa sobre protección de infraestructuras críticas.

Una de las principales novedades radica en el tipo de análisis de riesgos que se ha desarrollado en cada uno de los planes, pues no sigue un modelo común de los que se han venido realizando sobre una determinada infraestructura. El modelo de análisis utilizado, siempre desde una visión estratégica, ha constado de las siguientes etapas: identificación de los principales activos a proteger; identificación y evaluación de amenazas; identificación de vulnerabilidades; cálculo del impacto que produciría la materialización de las amenazas identificadas a nivel sectorial; y, por último, gestión del riesgo.

Se puede concluir diciendo que en general, los niveles de seguridad de las infraestructuras de nuestro país son buenos[17].

## 4. CONCLUSIONES

A modo de resumen, el futuro en la protección de las Infraestructuras Críticas pasa por intensificar la colaboración público-privada, promover la cultura de seguridad y en especial la cultura de seguridad corporativa y cumplir con la hoja de ruta establecida por los instrumentos de planificación de la Ley y el Reglamento sobre Infraestructuras Críticas.

¿Estamos preparados actualmente para el peor de los escenarios posibles? Personalmente creo que nunca se puede estar preparado para el peor de los escenarios posibles porque la seguridad absoluta no existe. Pensemos si no en los atentados del 11-S. ¡Ni el más ingenioso guionista cinematográfico hubiera imaginado un escenario similar! Pero lo importante es que con jornadas como ésta, podamos reflexionar sobre las nuevas amenazas.

## BIBLIOGRAFÍA

BAQUERO, A., "La brecha con Marruecos". *Real Instituto Elcano.* Recuperado el 12 de julio de 2014, del sitio web:http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/502f5f

[17] Carabias, J.I., *En general, los niveles de seguridad de las infraestructuras críticas son buenos,* Recuperado el 11 de julio de 2014, del sitio webhttp://www.seguritecnia.es/seguridad-publica/administraciones-publicas/en-general-los-niveles-de-seguridad-de-las-infraestructuras-criticas-espanolas-son-buenos

804f0183eab4b2f43170baead1/reportaje019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=502f5f804f0183eab4b2f43170baead1

GARCÍA PALOMERO, I. "Como fidelizar a la comunidad educativa en la cultura de seguridad y defensa", *www.IEEE.es*. Recuperado el 18 de julio de 2014 del sitio web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2013/DIEEEA29-2013_FidelizarComunidadEducativa_IGP.pdf

OTERO, J., "Ceuta y Melilla, la frontera entre ricos y pobres más desigual del mundo", *Público.es*. Recuperado el 12 de julio de 2014 del sitio web: http://www.publico.es/actualidad/503334/ceuta-y-melilla-la-frontera-entre-ricos-y-pobres-mas-desigual-del-mundo.

www.elconfidencialdigital.com http://www.elconfidencialdigital.com/te_lo_aclaro/crecen-extremismos-Espana_0_2142385756.html

www.larazon.es http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/6651829/portada/activado-un-dispositivo-de-ciberseguridad-por-la-proclamacion-del-rey#.Ttt1caglGHJ07VP

www. seguritecnia.es. Entrevista a Miguel Ángel ABAD ARRANZ. Recuperado el 11 de julio de 2014 del sitio web: http://www.seguritecnia.es/seguridad-publica/administraciones-publicas/algunas-organizaciones-deben-replantearse-aspectos-de-su-politica-de-seguridad-en-el-ambito-cibernetico

www.seguritecnia.es. Entrevista a José Ignacio CARABIAS CORPA. Recuperado el 11 de julio de 2014, del sitio web: http://www.seguritecnia.es/seguridad-publica/administraciones-publicas/en-general-los-niveles-de-seguridad-de-las-infraestructuras-criticas-espanolas-son-buenos

www.ccn-cert.cni.es

www.cnpic-es.es

# II.
# LAS CIBERAMENAZAS Y OTROS POSIBLES USOS NOCIVOS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

# LOS MARCOS LEGALES APLICABLES A LAS AMENAZAS Y RIESGOS CIBERNÉTICOS

Cristina Amich Elías

*Doctora por la Universidad de Salamanca*
*Capitán Auditor del Cuerpo Jurídico Militar*
*Asesoría Jurídica del Estado Mayor de la Defesa. Ministerio de Defensa*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos asistido a un progresivo desarrollo doctrinal, tanto a nivel nacional como europeo e internacional del concepto de ciberseguridad, mejor o peor integrado en una conceptualización más genérica de la seguridad. Concretamente en España, la Directiva de Defensa Nacional 1/2008[1], señalaba ya que a los tradicionales riesgos y amenazas a la seguridad, que implicaban una respuesta casi exclusivamente militar, se habían unido otros que, aunque menos destructivos, degradaban y dificultaban el desarrollo social y económico de los países, y la Estrategia Española de Seguridad de 2011[2] introdujo como "potenciador de riesgo" los "peligros tecnológicos", al tiempo que se incluían como amenaza y riesgo específico las "ciberamenazas". Finalmente, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013[3] ha incluido las "ciberamenazas" como un riesgo determinado y concretizado, adoptándose en ese mismo año una Estrategia de Ciberseguridad Nacional[4], completada con la creación del Mando Conjunto de Ciberdefensa[5].

---

[1] Disponible en: http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/armamento-material/ficheros/DGM-directiva-defensa-nacional-1-2008.pdf

[2] *Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Gobierno de España, 2011.

[3] *Estrategia de Seguridad Nacional. Un Proyecto Compartido*, Presidencia del Gobierno, 2013.

[4] La Estrategia de Ciberseguridad Nacional fue aprobada el pasado 5 de diciembre de 2013 por el Consejo de Seguridad Nacional y puede consultarse a través del siguiente enlace: www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/PG/2013/051213ConsejoSeguridadNacional.htm.

[5] Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, por la que se crea el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas Armadas.

En la U.E., si bien la estrategia de Seguridad de 2003 no incluyó las "ciberamenazas" como un riesgo específico, en 2006 se adoptó la Estrategia para una sociedad de la información segura[6] y en 2013 se ha aprobado una Estrategia específica de Ciberseguridad, acompañada de una propuesta de Directiva de la Comisión sobre la seguridad de las redes y de la información[7].

A la hora de abordar de forma genérica la ciberseguridad debe partirse, en primer lugar, de la constatación de que, en este ámbito, más que en ningún otro, el Estado no es autónomo, de tal forma que la soberanía nacional resulta insuficiente en la lucha contra el ciberconflicto[8]. Multiplicidad de actores han adquirido suficientes capacidades y poder en el ámbito cibernético para desafiar a los Estados[9], convirtiéndose dicho ámbito en un terreno en el que la normativa nacional e internacional se enfrenta a tensiones, contradicciones e interrogantes difíciles de despejar, debido fundamentalmente a la asimetría de las preocupaciones de los diferentes Estados y los diversos sectores implicados, y a la alta penetración y elevada extensión de las nuevas tecnologías en los sectores público y privado. Como es conocido, esto último ha traído consigo enormes ventajas y progresos, pero, al mismo tiempo, ha creado toda una serie de problemas, retos y amenazas de diversa envergadura. El primero de ellos, la determinación y aclaración de conceptos y definiciones en función de los diferentes aspectos del ciberespacio a los que nos estemos enfrentando.

De esta forma, a la hora de desarrollar, analizar o aplicar las estrategias de seguridad y ciberseguridad nacionales e internacionales se hace necesario determinar cuál es el ámbito de actuación, y, en su caso, asumir la amplitud de dicho ámbito, siendo conscientes de que, tanto a nivel legal como conceptual, deberán abordarse dimensiones como la World Wide Web, los dispositivos móviles (smartphones, iPads), los sistemas SCADA (control aéreo, centrales eléctricas, etc.), el uso de drones y robots, el big data, la inclusión de microcomputadores en la tecnología militar, etc., así como el hecho de que la tecnología de comunicación es civil en su naturaleza, aunque su uso sea diverso.

Asumidas dichas cuestiones, se hace imprescindible determinar qué es lo que se consideran ciberactividades peligrosas. ¿Hablamos de ciberincidentes, de cibereventos, de ciberdelincuencia, de ciberoperaciones, de cibeterrorismo, de ciberespionaje, de ciberataques, de ciberguerra?

Debe tenerse en cuenta que existen multiplicidad de ciberactividades de mayor o menor riesgo que no entran en la esfera de un ciberataque y que no están llamadas, por tanto, a activar la defensa nacional y, en un contexto más amplio, el derecho de los

---

[6] COM (2006) 251.

[7] Ambos documentos pueden encontrarse en: http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/eu-cyber-security-plan-protect-open-internet-and-online-freedom-and-opportunity-cyber-security

[8] WEGENER, H., "La ciberseguridad en la Unión Europea", Boletín IEEE, julio 2014.

[9] CZOSSECK, C., "State Actors and their Proxies in Cyberspace", en ZIOLKOWSKI, K., (Ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2013, pp.1-30.

conflictos armados, con todas las dificultades que en este ámbito puede suponer su aplicación, y que analizaremos posteriormente.

La existencia de sucesos o incidentes reales que no pueden ser calificados como ciberataques hace que la aclaración de conceptos resulte forzosa si queremos dirimir qué tipo de marco jurídico debemos desarrollar y aplicar como base necesaria para la legitimación de cualquier acción adoptada en el terreno del ciberespacio y la ciberseguridad. En este sentido, la determinación del marco legal aplicable se hace cada vez más compleja y resulta cada vez más demandante, debido a la ya citada expansión tecnológica, pero ello no impide que, si bien debe existir una conciencia y estrategia de ciberseguridad integral, no deba también continuarse en el desarrollo y clara demarcación de las diferentes posibilidades de intervención legal frente ciberincidentes de diversa naturaleza.

## 2. EL CIBERCRIMEN Y LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL Y PROCESAL

¿Qué es la ciberdelincuencia?, ¿cómo se puede definir el cibercrimen? El concepto es amplio y no existe una definición unánime del mismo[10], si bien existen determinados aspectos universalmente reconocidos, como es el uso de métodos informáticos para la comisión de actos ilegales.

Una de las cuestiones fundamentales a la hora de discriminar un ciberdelito de un ciberataque es que el ciberdelito es cometido por individuos o grupos de individuos, y no por Estados. Cierto es que, en ocasiones, las actividades de individuos o grupos de personas particulares pueden ser atribuidos a un Estado[11], en cuyo caso, nos encontraríamos bien frente a un ciberataque (entendido como ataque armado), bien frente a una ciberoperacion maliciosa que, al no tratarse de un ataque armado, exigirá de la aplicación de un marco jurídico diferente, como veremos posteriormente. Al mismo tiempo, los cibercrímenes no suelen tener como base motivaciones de carácter político o vinculadas con la seguridad nacional, ni como objetivo dañar las redes, sistemas o infraestructura críticas[12]. Ello no impide que, en ocasiones, nos encontremos con

[10] GORDON, S., and FORD, R., *On the Definition and Classification of Cybercrime*, 2 J. Computer Virology, nº 13, 2006.

[11] Bajo determinadas condiciones, como se establece en el *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (art. 6 and 8)*.

[12] HATHAWAY, O.A., CROOTOF, R., LEVITZ, P., NIX, H., NOWLAN, A., PERDUE, W., Y SPIEGEL, J., "The Law of Cyberattack", *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 3852, 2012, presentan varios ejemplos clarificadores sobre actos que constituirían cibercrímenes pero no ciberataques: 1º) Un actor no estatal comete un acto ilegal con motivación política o relacionada con la seguridad nacional utilizando medios informáticos pero sin intención de dañar la red o infraestructura del Estado: sería el caso de un individuo que expresa su descontento político utilizando medios cibernéticos, cuando dicha manifestación supone un delito bajo la ley nacional. 2º) Un actor no estatal comete un acto ilegal usando medios cibernéticos y daña la red o infraestrucutra, pero sin que exista una motivación política o vinculada a la seguridad nacional, sino fundamentalmente económica. 3º) Un actor no estatal realiza actividades ilegales empleando

dichas motivaciones u objetivos, fundamentalmente cuando entramos en el ámbito del ciberterrorismo.

En todo caso, en muchas ocasiones, y como venimos apuntando, existe la dificultad ante un ciberevento real, de determinar ante qué nos encontramos, dado que ni la autoría ni las motivaciones aparecen de forma clara, lo que dificultará la adopción de medidas de respuesta adecuadas tanto desde un punto de vista tecnológico (por su impacto y consecuencias) como legal (por su legitimidad).

Al margen de la existencia de ciberoperaciones maliciosas por parte de Estados o agentes estatales, no debemos olvidar que el cibercrimen constituye un problema de primer orden que exige que las regulaciones nacionales penales y procesales en esta materia continúen desarrollándose y adaptándose rápidamente a las nuevas posibilidades, y, sobre todo, demanda trabajar en el incremento de la cooperación penal y procesal, fundamentalmente a través de mejoras en las atribuciones competenciales. Ello es así, porque el ciberdelito es, en la mayoría de las ocasiones, un *crossborder crime*, y ello lleva aparejadas una serie de dificultades de investigación que deben ser limadas a través de acuerdos internacionales y, sobre todo, mediante una real voluntad de cooperación, de forma que se cubran los vacíos legales y se haga efectiva la coordinación. Uno de los mayores esfuerzos en este sentido se ha realizado a través de la *Convention on Cybercrime*[13], del Consejo de Europa (2001, Budapest), que España ratificó en 2010. Este Convenio divide el "cibercrimen" en 4 categorías:

1. Contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.
2. Infracciones informáticas.
3. Infracciones relativas al contenido (pornografía infantil).
4. Infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines.

Y establece que*: Las Partes cooperarán con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo, aplicando para ello los instrumentos internacionales relativos a la cooperación internacional en materia penal, acuerdos basados en la legislación uniforme o recíproca y en su propio derecho nacional, de la forma más amplia posible, con la finalidad de investigar los procedimientos concernientes a infracciones penales vinculadas a sistemas y datos informáticos o para recoger pruebas electrónicas de una infracción penal (Art. 23).*

La Convención mantiene el principio de la territorialidad como criterio de atribución de competencia (artículo 22), y no introduce reglas de ampliación o extensión de la jurisdicción, si bien dicho principio de territorialidad se aplica también cuando

medios informáticos, pero sin que medie motivación política ni se produzcan daños a las redes o infraestructuras, como es el caso de la pornografía infantil en la red.

[13] http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm.

el sistema informático víctima del ataque se encuentra en el territorio de un Estado, aunque el atacante no lo esté.

Además de esta iniciativa internacional, en el ámbito de la Unión Europea encontramos la Directiva Marco para la lucha contra los ciberataques y la armonización del derecho penal de los Estados miembros y cooperación en la persecución penal[14], que entró en vigor en octubre de 2003.

Si nos circunscribimos al ámbito nacional y el marco legal existente para enfrentar el cibercrimen, el Código Penal Español penaliza la comisión de diversos tipos penales a través de las nuevas tecnologías: acoso, calumnias, chantajes, fraudes, pornografía infantil, sabotajes, revelación de secretos, delitos contra la propiedad intelectual; pero además, se ha procedido a la introducción de formas concretas de criminalidad inseparables del contexto informático (Ley 5/2010 de 22 de junio), como el denominado "mero acceso no consentido" o *hacking* directo (acceso indebido o no autorizado con el único ánimo de vulnerar el *password* sin ánimo delictivo adicional): se castigará (i) a quien accede a un sistema informático de manera no consentida, independientemente de si lleva a cabo algún tipo de daño en el sistema o algún perjuicio al propietario del equipo; (ii) a quien se mantiene dentro de un sistema informático en contra de la voluntad de quien tiene el legítimo derecho a excluirlo; o el tipo penal de "daños informáticos" cuyo objeto material son "*datos, programas informáticos o documentos electrónicos" así como los "sistemas informáticos"; es decir, los elementos lógicos (software) de un sistema informático. En definitiva, un objeto que se caracteriza por su naturaleza inmaterial, característica que, asimismo, le aleja totalmente del objeto material propio del genuino delito de daños*"[15].

La perspectiva fundamental a este respecto es clarificar que, si bien los ciberdelitos suponen, al igual que el crimen en general, una amenaza genérica y difusa contra la seguridad nacional e internacional, fundamentalmente en su faceta económica o terrorista, ello no los convierte en ataques que deban activar una respuesta que active los medios de defensa nacional. Por ello, el marco jurídico aplicable en estos casos, como venimos señalando, es una legislación penal y procesal en cuya aplicación intervendrán como agentes destacados las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los cuerpos policiales internacionales[16], y, por supuesto, los órganos jurisdiccionales, lo cual no es óbice para que en todo el proceso se lleve a cabo una colaboración fundamental con otras entidades, especialmente los denominados CERT (equipos de respuesta a los incidentes de seguridad de la información), a través de los mecanismos adecuados, tal y como ha sido estudiado y puesto de manifiesto, en-

[14] COM (2002)173 final.

[15] GÓMEZ TOMILLO, M., ET.AL., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Madrid, 2011.

[16] Donde cabe incluir el Centro Europeo de Lucha contra la Ciberdelincuencia (EC3), en EUROPOL, creado en 2013. La actividad del EC3 se centrará en las actividades ilegales en línea de las bandas de delincuencia organizada, especialmente en los ataques dirigidos contra las operaciones bancarias y otras actividades financieras en línea, la explotación sexual infantil en línea y los delitos que afecten a las infraestructuras críticas y a los sistemas de información en la UE. https://www.europol.europa.eu/ec3.

tre otros, por la ENISA[17] (European Network and Information Security Agency)[18], y se desarrollen estrategias y estructuras tecnológicas para reforzar la seguridad de los sistemas.

Ahora bien, en el marco de los ciberdelitos, así como en los denominados incidentes de seguridad, que, sin alcanzar la entidad de ciberdelitos, pueden suponer un riesgo para la integridad de datos, redes y sistemas, debe tenerse en cuenta el contexto democrático. Ello implica que en España y Europa, la Seguridad Nacional no puede ser una excusa para cercenar libertades y derechos, y que las limitaciones que se realicen en el ámbito informático para reducir los riesgos de seguridad o facilitar la persecución de los delitos deben establecerse de forma fundamentada por ley, evitando el uso de medidas administrativas, y teniendo en cuenta que la motivación de las restricciones debe ser la protección de derechos individuales y colectivos y no motivaciones políticas.

Por otro lado, si bien no puede dejarse de lado la importancia del cibercrimen y sus consecuencias, tanto desde el punto de vista jurídico como político, se hace imprescindible no olvidar que muchas de las amenazas a la seguridad en este ámbito se han desarrollado debido a dos importantes factores: el primero de ellos, la vulneración o "circunvalación" de las leyes de protección de datos, tratadas en ocasiones como obstáculos al desarrollo informático en vez de como salvaguardas de los derechos de la ciudadanía y como pilar propio indispensable de la seguridad; el otro, la falta de una educación y cultura sólida en el uso de las tecnologías:

### 2.1. La protección de datos

Este primer factor ha provocado que, como señala Salvador Carrasco, los datos personales y el poder a ellos asociado estén actualmente en manos de multiplicidad de empresas y corporaciones, lo que puede constituir un grave riesgo a la seguridad en sí mismo:

> " [...] l*a información que tienen esas corporaciones sobre individuos específicos o sobre segmentos de población es lo suficientemente buena como para emplearla más allá que en inteligencia económica. Estas empresas se han convertido en grandes corporaciones en el sector de las tecnologías y la influencia que podrían ejercer por sí mismas, o empujados por los gobiernos de sus países de origen o los grupos de interés que los soportan, es enorme. Su existencia compromete el propósito original de las iniciativas como Open Data, el libre acceso a las bases de datos en manos de las administraciones públicas, o de las leyes de transparencia. Los grandes grupos del sector de*

[17] Creada por el Reglamento 460/2004 y cuyas competencias fueron incrementadas en 2010 -COM (2010) 521- con efectos en 2013.

[18] ENISA, *The Fight against Cybercrime - Cooperation between CERTs and Law Enforcement Agencies to fight against cybercrime - A first collection of practices*, 2012.

*la información son los que tendrán más recursos para la explotación y el cruce de esta información procedente de la Administración"*[19].

La protección de datos personales es un pilar del abordaje tanto legislativo como político del mundo de la comunicación y la tecnología de la Unión Europea[20] y la mayoría de los Estados Miembros[21], sin embargo, no es un interés igualmente compartido en el ámbito internacional, lo que produce profundas disfunciones a la hora de abordar el cibercrimen, fundamentalmente en su dimensión de terrorismo y crimen organizado[22]. En todo caso, la robusta protección de los derechos fundamentales de la ciudadanía en el ámbito europeo, implica la necesidad de profundizar en desarrollos legítimos de la legislación procesal que, al tiempo que ahondan en las posibilidades de lucha contra la ciberdelincuencia, no pongan en peligro los derechos ciudadanos[23].

Cuando hablamos de seguridad de datos e información, surge otra dimensión relevante y de gran importancia en el ámbito de la ciberseguridad nacional e internacional, y es la de la injerencia y robo de datos de carácter no personal, es decir, datos de carácter comercial, económico, industrial o político, o lo que podríamos denominar de forma genérica ciberespionaje[24].

Resulta fundamental clarificar que el ciberespionaje, incluso cuando es llevado a cabo no por motivaciones industriales o económicas, sino por razones políticas y por los propios Estados o sus agentes, no es un ciberataque y tampoco es una violación de derecho internacional[25], sino que se trata de un delito perseguible penalmente en función de las regulaciones nacionales y también del Convenio de Budapest. Cierto es que el ciberespionaje puede conllevar el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales, como es el hecho de que en su ejecución se vulnere la inviolabilidad diplomática, pero, con carácter general

---

[19] SALVADOR CARRASCO, L., "Los problemas estructurales en el planteamiento de la ciberseguridad", Boletín IEES, 9/2014, julio 2014, p. 16.

[20] Directiva de Protección de Datos 95/46 CEE y Directiva de Protección de Datos para la comunicación electrónica, 2002/58 CEE.

[21] En España la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

[22] *[…] Las prioridades de la política de seguridad en Estados Unidos son notablemente más altas que en Europa, y se pueden obtener autorizaciones en general más fácilmente, y […] las empresas de IT, servidores telefónicos y otra empresas en Estados Unidos son mucho más dóciles que las europeas de cara a la presión de cumplir las obligaciones de cesión y grabación de datos* .WEGENER, H., Op. Cit.

[23] *Since the days of analogue communication, this is a standard routine for law enforcement agencies and most States have established a legal basis to request support by telecommunication service providers if certain legal requirements are met. Nowadays, the same is possible and required from telecommunication and internet service providers, but the widespread use of encryption technology or distributed ways of communication like Skype requires different approaches than just copying traffic*. CZOSSECK, C., Op. Cit.

[24] Sin que con ello pretendamos dar una definición de dicho concepto, sobre el cual está lejos de existir un consenso.

[25] La envergadura de la cuestión, sin embargo, lleva a intentos de reinterpretación del concepto, con la intención de asimilarlo al uso de la fuerza o la violación de la integridad o soberanía internacional de un Estado. Vid. ZIOLKOWSKI, K., "Peacetime Cyber Espionage - New Tendencies in Public International Law", en P*eacetime*, Op.Cit., pp. 421-463.

*"it can be determined that 'extraterritorial' spying on citizens, companies or governments is not forbidden as such by international and regional human rights law. […] With regard to data transiting through internet routers and IXPs or saved in 'clouds' located in the spying State's sovereign area, the international and regional human rights treaties do not establish a general prohibition of espionage activities, as the rights to privacy and secrecy of correspondence are not absolute and can be interfered in accordance with national law as necessary for national security, public safety, etc. Thus, there will be specific limitations on espionage activities conducted by a State on its own territory or area under exclusive jurisdiction, which, however, derive from the respective national laws and not from public international law"*[26].

### 2.2. La educación y la cultura tecnológica e informática

El segundo de los factores que consideramos influye en el incremento de los riesgos de seguridad asociados al cibercrimen es la falta de una sólida educación en el ámbito informático, ya que ello conlleva "una dispersión de comprensión del impacto en la seguridad global de usos concretos y extendidos por parte de ciudadanos, administraciones, instituciones y empresa, usos considerados inofensivos, reduciendo el interés por fortalecer los mecanismos de protección en dichos ámbitos de habitualidad; por otro, produce el desconocimiento de posibilidades más amplias -e identificadas como terreno de unos pocos expertos (*cloud computing*, virtualización, realidad aumentada-) de empleo de dichas tecnologías para fortalecer al Estado en su conjunto"[27].

Por ello, junto con medidas legislativas del ámbito penal y procesal, y el desarrollo de normativas y mecanismos específicos sobre seguridad, es imprescindible la existencia y fomento de iniciativas como la Agenda Digital para Europa cuyo pilar VI establece específicamente el objetivo de "Enhancing digital literacy, skills and inclusión"[28] o la Agenda Digital para España[29], aprobada en 2013 por el Consejo de Ministros, en la que se establece, entre diversos objetivos, el de reforzar la confianza en el ámbito digital, y a partir de la cual se crea un Plan de Confianza Digital (2013-2015) que " *hace suyo el mandato conjunto de la Agenda Digital para España, de la Estrategia Europea de Ciberseguridad y de la Estrategia de Seguridad Nacional para avanzar en los objetivos conjuntos de construir un clima de confianza que contribuya al desarrollo de la economía y la sociedad digital, disponer de un ciberespacio abierto, seguro y protegido, garantizar un uso seguro de las redes y los sistemas de información, y responder además a los compromisos internacionales en materia de ciberseguridad"*[30].

---

[26] Idem.

[27] AMICH ELÍAS, C., Y VELÁZQUEZ ORTIZ, A.P., "La ciberdefensa y sus dimensiones global y específica en la estrategia de seguridad nacional", en Revista *ICADE*, nº 92, Mayo-Agosto 2014, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp.49-76.

[28] Disponible en: http://ec.europa.eu/digital-agenda/en

[29] Disponible en: www.agendadigital.gob.es.

[30] http://www.agendadigital.gob.es/planes-actuaciones/Paginas/plan-confianza-ambito-digital.aspx.

## 3. EL DERECHO DE LOS CONFLCITOS ARMADOS COMO MARCO JURÍDICO APLICABLE EN UNA SITUACIÓN DE APERTURA DE HOSTILIDADES

¿En qué momento podemos hablar de un cambio del marco jurídico aplicable, esto es, de la posibilidad de activación de los medios de la defensa nacional y de la aplicación del denominado Derecho de los Conflictos Armados?

Como su propio nombre indica, este corpus legal exige la existencia de una situación de conflicto armado (*ius in bello*), cuya determinación puede deberse a una declaración de guerra o a una ruptura abierta de las hostilidades (*ius ad bellum*). Pero incluso antes de llegar a dicho extremo, nos encontramos con una de las cuestiones más controvertidas tanto desde el punto de vista jurídico como político: la determinación de la existencia de un ataque armado, y, por tanto, la posibilidad de activar la legítima defensa.

La legítima defensa individual y colectiva de los Estados aparece recogida en el conocido artículo 51[31] de la Carta de las Naciones Unidas, sin que la interpretación de su contenido haya llegado a ser un asunto libre de controversias. Existe un amplio consenso internacional respecto a las diferencias entre "uso de la fuerza", prohibido en el artículo 2.4 de la Carta[32], y "ataque armado", como suceso legitimador de uso de la fuerza en una respuesta de legítima defensa (artículo 51), de forma que sólo un uso de la fuerza que alcance el umbral de ataque armado, debido a su escala y efectos, supondría base legal suficiente para la legítima defensa[33]. Sin embargo, el concepto de "uso de la fuerza" permanece sujeto a discusiones, de forma que algunos teóricos[34] argumentan que sólo el uso de la fuerza armada estaría prohibido por el artículo 2.4 de la Carta, siendo legítimo, por tanto, el empleo de otras acciones coercitivas no armadas por parte de los Estados[35].

---

[31] *Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.*

[32] *Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

[33] La famosa sentencia de la Corte Internacional de Justicia "Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua" (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14., se alinea con las interpretaciones que mantienen la definición de ataque armado es mucho más restrictiva que la de uso de la fuerza utilizada por la Carta de Naciones Unidas, de forma que puede haber actos que violen la prohibición del artículo 2.4 y que, sin embargo, no constituyan un ataque armado.

[34] Vid., por ejemplo, ZIOLKOWSI, K., *Ius ad bellum in Cyberspace - SomeThoughts on the 'Schmitt-Criteria' for Use of Force*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012.

[35] Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aunque existe consenso internacional en que no todas las acciones coercitivas son uso de la fuerza, la ya citada sentencia "Military and Paramilitary Activities in and

A esta controversia interpretativa se unen las dificultades para determinar la existencia en la realidad de una situación que legitimaría el uso de la fuerza, de conformidad con el artículo 51 de la Carta, dificultades en ocasiones abrumadoras, y, que, con carácter general, se complican aún más en el ciberespacio, ya que resulta necesario, en primer lugar, determinar si un ciberataque puede ser considerado un ataque armado, dado que tradicionalmente este concepto ha implicado el uso de "fuerza cinética". Desde el punto de vista teórico, y si bien existen diversas argumentaciones al respecto, parece haber ganado la batalla la interpretación analógica que concluye que un ciberataque puede ser considerado ataque armado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, cuando sus efectos son equivalentes a los causados en un ataque que emplea fuerzas cinéticas convencionales[36]. Ello, sin embargo, deja sin resolver qué tipo de ciberoperaciones pueden ser consideradas, ya no "ataques armados", sino "usos de la fuerza" prohibidos por el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, y, por tanto, qué tipo de respuestas, como las contramedidas, pueden ser empleadas por los Estado. Si además se identifica "uso de la fuerza" con "uso de la fuerza armada", el análisis de las capacidades de respuesta a disposición de los Estados se complica aún más[37].

Pero incluso suponiendo que nos encontramos ante un ataque armado, en el ámbito que analizamos surge una dificultad principal, que, con carácter general, se ha revelado como uno de los factores que está modificando el clásico panorama del conflicto Estado-Estado, como es el de la atribución de los ataques, dado que la principal ventaja del ciberespacio es el anonimato. Por tanto, ¿frente a quien debemos defendernos si somos atacados? Existen muchas dificultades técnicas para determinar la autoría[38], que llevan al planteamiento de nuevos interrogantes como la posibilidad de responder "a ciegas" a un ataque, con el subsiguiente peligro de causar daños a un Estado o incluso a individuos sin ningún tipo de responsabilidad en el ataque original. No debe olvidarse que la conducta de actores privados no es atribuible a un Estado, salvo que éste haya delegado explícitamente parte de sus funciones a una entidad privada o se actúe bajos las instrucciones, dirección o control de dicho Estado[39].

---

Against Nicaragua" (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14, también establece que no todo uso de la fuerza prohibido por el artículo 2.4. tiene que ser de carácter armado.

[36] Así, como señala VELÁZQUEZ ORTIZ A.P., en "La ciberdefensa y sus dimensiones global y específica en la estrategia de seguridad nacional", en Revista *ICADE*, Op. Cit.: *Dentro de los tradicionales métodos interpretativos para determinar si un ataque cae dentro de la definición de agresión ofrecida por Naciones Unidas, cobra fuerza la teoría interpretativa basada en los resultados. Abandonando, así el tradicional método de determinar la existencia del uso de la fuerza, basado en la naturaleza del ataque, se expone la teoría de que aboga por considerar los efectos que pueda tener un ataque cibernético para, de este modo, determinar la adecuación del mismo al Derecho Internacional. En efecto, cabe precisar que la teoría basada en la naturaleza del ataque no puede resultar completamente adecuada en este caso, por el hecho de que nos encontramos con un tipo de amenazas que no responden de forma idéntica a la naturaleza de las que hasta ahora resultaban conocida.*

[37] Vid., SCHMITT, M., *The use of force in cyberspace, A Reply to Dr. Zorkowsky*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012.

[38] PIHELGAS, M., "Back-Tracing and Anonymity in Cyberspace", en *Peacetime*…Op. Cit., pp.31-60.

[39] *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Art. 8).

En todo caso, y suponiendo que se ha producido la apertura de hostilidades entre dos o varios Estados, estaríamos ante una situación de aplicación, como hemos señalado, del derecho de los conflictos armados. En dicha aplicación, y en el ámbito del ciberespacio, surgen una serie de interrogantes y problemas específicos, unidos a las dificultades clásicas en la aplicación de este corpus legal. Dichas particularidades han sido ampliamente abordadas en el conocido *Manual de Tallin*[40], consistente en una serie de reglas de aplicación del derecho de los conflictos armados al paradigma cibernético, que ponen de manifiesto las citadas dificultades, entre las que podemos destacar las siguientes:

1º) ¿Cómo abordar el concepto de neutralidad?: Por definición, el ciberespacio no tiene fronteras, y si bien existen arquitecturas físicas pertenecientes a uno u otro Estado, el uso de las mismas por terceros, sin conocimiento del propietario, es relativamente sencillo, por tanto, ¿hasta qué punto se extendería el deber de vigilancia de un Estado sobre sus sistemas para cumplir con sus obligaciones de Estado neutral?: *Detection, identification and interdiction by neutrals across whose territories the weapons may pass are impractical without sacrificing the utility of the networks for licit use by the neutrals and others, hence, impossible*[41]. Por otro lado, muchas acciones de defensa frente ataques cibernéticos exigen una recolocación inmediata de determinados elementos en la ciberinfraestructura de otro Estado. ¿Implicaría eso una violación de la neutralidad?

2º) Otra de las cuestiones más relevantes en este ámbito es la participación de civiles en las hostilidades. La alta especialización que exigen las nuevas tecnologías ha supuesto un notable incremento de la participación de personal civil en las estructuras militares, y parece lógico sostener que si un ciberataque es llevado a cabo por personal civil contratado dichas personas perderían su protección como civiles.

3º) No menos relevante resulta la determinación de objetivos legítimos, así, deben mantenerse las exigencias clásicas al respecto, esto es: necesidad militar, distinción, proporcionalidad, humanidad. Así, por ejemplo, *a cyber attack which may be expected to cause incidental loss of civilian life, injury to civilians, damage to civilian objects, or a combination thereof, which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated is prohibited*[42], surgiendo dilemas como el siguiente: un combatiente tiene un marcapasos con un desfribilador incorporado, con una IP rastreable. ¿Puede utilizarse el desfribilador para matarle?, ¿sería una opción más "humana"?

---

[40] *Tallin Manual on the International Law applicable to Cyber warfare*, Cambridge University Press, 2013.

[41] RYAN, J., and RYAN D., "Neutrality in the context of cyberwar" en, WARREN, M., *Case Studies inInformation Warfare and Security*, Academic Conferences and Publishing Limited, United Kingdom, 2013, p. 34

[42] *Tallin Manual,* Op. Cit.

Las anteriormente expuestas no son las únicas dificultades que el ámbito del ciberespacio añade a la ya complicada aplicación de este marco legal a situaciones reales de conflicto armado, nunca caracterizadas por su simplicidad. En todo caso, y como señalábamos en el inicio del presente apartado, la cuestión clave a la que un Estado se enfrenta a la hora de determinar su marco jurídico de actuación procedería de la determinación de la existencia de un ataque armado, el origen del mismo, y posteriormente, de la apertura de hostilidades. Pero... ¿qué ocurre entonces cuando los Estados se enfrentan a "ciberoperaciones", "ciberincidentes" o "ciberactividades maliciosas" que no pueden calificarse como "ataques armados", pero sí como violaciones del derecho internacional?

## 4. EL USO DE CONTRAMEDIDAS COMO RESPUESTA LEGÍTIMA A LAS CIBEROPERACIONES MALICIOSAS

En la mayoría de las ocasiones, los Estados se están enfrentando, bien a la criminalidad cibernética, bien a "ciberactividades maliciosas" que no alcanzan el umbral de ataque armado. En estos casos, el propio derecho internacional cuenta con mecanismos de ayuda en la defensa (no beligerante) de un Estado, como son las "contramedidas"[43]. Las contramedidas son acciones (cibernéticas o no) tomadas por un Estado frente a la comisión por parte de otro de una violación de una obligación internacional, cuya fuente puede ser tanto un Tratado internacional como el derecho internacional consuetudinario[44], con el objetivo de finalizar con dicha violación. Las contramedidas son acciones que en sí mismas supondrían una violación del derecho internacional, si no estuviesen precedidas del comportamiento ilegal del Estado responsable y no cumpliesen con las condiciones establecidas para su uso, y que, bajo ninguna circunstancia, pueden articularse como uso de la fuerza, ya que ello supondría una violación del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas. La cuestión no resulta en absoluto sencilla dado que, como ya indicábamos en el apartado anterior, no se ha llegado a una clarificación de qué ciberoperaciones podrían considerarse "uso de la fuerza" y, por tanto, no podrían ser lanzadas como contramedidas permitidas por parte de los Estados para acabar con la previa violación realizada por parte del Estado responsable.

Como estamos indicando, la adopción de contramedidas exige que haya una previa violación de derecho internacional, lo que implica que no existen las denominadas "contramedidas anticipatorias". Un Estado no puede recurrir a las contramedidas antes de que haya ocurrido la vulneración de sus obligaciones internacionales por parte

[43] La adopción de contramedidas por un Estado aparece indisolublemente unido a la violación del derecho internacional y a la responsabilidad internacional de los Estados. Vid. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.*

[44] Por ejemplo, a *State that conducts cyber operations directed against a coastal nation from a ship located in the latter's territorial sea is in breach of the innocent passage regime set out in both the United Nations Convention on the Law of the Sea and customary international law*. SCHMITT, M., "Cyber Activities and the Law of Countermeasures", en *Peacetime*…Op.Cit., pp.659-689.

de otro Estado. Otra de las condiciones para su empleo es que la violación tiene que ser atribuible a un Estado o sus agentes[45]. Sin embargo: *Confirming that a governmental organ originated a cyber operation can prove challenging even when launched from government cyber infrastructure. In particular, such infrastructure is susceptible to exploitation by non-State actors. Moreover, the groups or individuals involved may intentionally try to create the impression that a particular State was behind the operation ('spoofing'). The need to respond promptly to some cyber operations can complicate the attribution dilemma.*

Si bien también la conducta de personas o grupos de personas puede ser atribuida a un Estado si dichas personas o grupos están de hecho actuando bajo las instrucciones, la dirección o el control del Estado[46], en muchas ocasiones sigue resultando extremadamente difícil demostrar la existencia de la precitada conexión y, sin ello, el uso de contramedidas no resulta viable, salvo que nos encontremos ante la incapacidad o falta de voluntad de un Estado para adoptar medidas para atajar las actividades maliciosas que se originan en su territorio, aunque dicho Estado no sea responsable de las mimas, lo cual sí permitiría también la adopción de contramedidas por parte del Estado que está sufriendo el daño.

En todo caso, las contramedidas deben ser proporcionales a la situación, lo que, en el ámbito cibernético en ocasiones puede resultar difícil, debido a la rapidez con la que puede ser necesario responder a una ciberoperación "maliciosa", y no deben estar basadas en la represalia o el castigo, sino que, como señalábamos anteriormente, su objetivo debe ser siempre finalizar con la situación dañina e ilegal. Del mismo modo, su aplicación implica la necesidad de que el Estado dañado le dé al Estado responsable la oportunidad de resolver la situación, y, en todo caso, notificar la decisión de adoptar contramedidas[47]. Éste es un punto importante en el ámbito cibernético, toda vez que es posible que un Estado no sepa, por ejemplo, que su ciberinfraestructura está siendo utilizada contra otro Estado. En todo caso, bajo determinadas circunstancias, un Estado puede responder inmediatamente, sin necesidad de llevar a cabo la notificación señalada[48].

Las contramedidas tienen otra serie de limitaciones que deben ser tenidas en cuenta[49], pero, fundamentalmente, y como señalábamos, deben resultar proporcionales, ya que en caso contrario nos encontraríamos ante represalias o castigos y, por tanto, supondrían actos prohibidos. La proporcionalidad no implica reciprocidad, equiva-

---

[45] No debe olvidarse que conforme a la normas reguladoras de la responsabilidad de los Estados, las reglas de atribución pueden resultar más amplias, incluyendo actores privados que, a través de la legislación interna de un Estado, están ejerciendo competencias gubernamentales. Vid *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (Art. 6 and 7).

[46] *Draft Articles*, Op. Cit.

[47] *Draft Articles*…Art. 43.2 y 52.1.

[48] *Draft Articles*…Art. 52.2.

[49] Por ejemplo, no pueden suponer la violación de una de *ius cogens* o infringir la inviolabilidad diplomática. *Draft Articles*…Art. 50.

lencia o identidad, sino que se relaciona con la gravedad de la violación acontecida y el daño sufrido.

A pesar de los requisitos y condiciones necesarios para el uso de contramedidas, debemos tener en cuenta que es uno de los recursos del derecho internacional más útiles y significativos en el panorama actual de la ciberseguridad, ya que permite un margen de maniobra a los Estados frente a conductas peligrosas o dañinas que no alcanzan el umbral de un ataque armado, a pesar de las dificultades que cuestiones como el origen de las ciberoperaciones dañinas siguen planteando.

## 5. EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIBERSEGURIDAD

El derecho internacional recoge otras posibilidades de actuación de los Estados frente a ciberoperaciones o ciberincidentes que los coloquen en situaciones de emergencia. Encontramos aquí el denominado "estado de necesidad", situación práctica que permitiría a un Estado adoptar medidas que de otro modo serían ilegales en el ámbito internacional. Una de las cuestiones más interesantes a la hora de abordar esta posibilidad en el ámbito informático es que la atribución de la ciberoperación dañina no es una cuestión central, toda vez que la acción de respuesta del Estado bajo la situación de necesidad se dirige directamente contra el daño en sí mismo, y no contra otro Estado o contra los agresores (individuos o grupos). Sin embargo, el "estado de necesidad" no puede invocarse frente a cualquier situación de peligro más o menos grave para justificar una respuesta de tales características, que, como señalábamos anteriormente, resultaría ilegal bajo otras circunstancias.

Es necesario que la medida de respuesta sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; además, esas medida no puede afectar gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto, a lo que hay que añadir que el propio Estado no puede haber contribuido a la situación y que la obligación internacional que se vulnere en la respuesta defensiva no puede excluir la posibilidad de invocar el "estado de necesidad". Estos requisitos implican que resulta altamente cuestionable la posibilidad de realizar una ciberoperación que podría ser calificada como uso de la fuerza prohibido por el art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, bajo el paraguas de "estado de necesidad".

Si bien estas características, junto con las propias particularidades técnicas del ámbito en el que nos movemos, lleva a algunos autores[50] a cuestionar la utilidad real de esta posibilidad en el ciberespacio, lo cierto es que no debe olvidarse que el ciberes-

[50] Vid. GEIB, R., and LAHMANN, H., "Freedom and Security in Cyberspace: Non-Forcible Countermeasures and Collective Threat-Prevention", en *Peacetime*…, Op. Cit. pp.621-657.

pacio, como hemos ido viendo, no es un ámbito al margen de todas posibilidades de actuación reguladas en el derecho internacional[51].

## 6. LA DIVERSIDAD DE LAS PREOCUPACIONES DE LOS ESTADOS Y ACTORES IMPLICADOS

Por último, a las consideraciones sobre las dificultades para la determinación del carácter de un determinado ciberincidente y del marco jurídico aplicable en consecuencia, se añaden las complejidades derivadas de la diversidad de intereses en juego. En este sentido, no queremos finalizar este breve trabajo sin señalar las tensiones a las que se enfrentan determinados países, como el nuestro, donde confluyen regímenes, doctrinas, intereses y regulaciones diversas. Así, por ejemplo, el desarrollo de la normativa e infraestructura de seguridad de la U.E. en el ámbito informático se encuentra fundamentalmente regida por objetivos como el de proveer una estructura de nuevas tecnologías sostenible y facilitar una estable provisión de servicios de comunicación electrónica en el mercado, así como de protección de datos y de derechos de la ciudadanía, sin olvidar la regulación de los requerimientos técnicos para salvaguardar la seguridad de los servicios y evitar el fraude[52].

Por otro lado, organizaciones de defensa como la OTAN se han centrado en el desarrollo de una doctrina y unas infraestructuras técnicas basadas en una política de ciberdefensa propia[53], aprobada en enero de 2008, que establece principios básicos y líneas de acción a las ramas civil y militar para establecer un abordaje consolidado de la ciberdefensa y respuestas coordinadas a los ciberataques y que también contiene directrices para los aliados en relación con la protección de sus sistemas nacionales.

---

[51] Del mismo modo, cabría tomar en consideración que *a treaty based special necessity regime that is tailor-made for specific problems encountered in the cyber context should not be discarded out of hand. Special necessity norms are common in the international plane, either as emergency exceptions within treaties, or as a standalone body of rules concerned with a particular subject […]A treaty specifically focused on large-scale cyber incidents could help to resolve the legal uncertainties resulting from the application of the necessity doctrine in the cyber domain and at the same time help to confine the various risks and incalculability pertaining to the application of the general necessity norm of Article 25*. Idem, p. 652.

[52] Así la Estrategia europea de ciberseguridad presenta como prioridades de la política internacional de la UE en relación con el ciberespacio las siguientes: Libertad y apertura: la estrategia destacará la visión y los principios de la aplicación en el ciberespacio de los valores esenciales de la UE y los derechos fundamentales; Las leyes, normas y valores esenciales de la UE se aplican tanto en el ciberespacio como el mundo físico: la responsabilidad de velar por un ciberespacio más seguro corresponde a todos los actores de la sociedad de la información, desde los ciudadanos a los gobiernos; Desarrollo de la creación de capacidades de ciberseguridad: la UE se comprometerá con los socios y las organizaciones internacionales, el sector privado y la sociedad civil a apoyar la creación general de capacidades en terceros países, que incluirá la mejora del acceso a la información y a una Internet abierta y la prevención de ataques cibernéticos; Impulso de la cooperación internacional en aspectos del ciberespacio: mantener un ciberespacio abierto, libre y seguro es un reto mundial que la UE abordará junto con los socios y organizaciones internacionales pertinentes, el sector privado y la sociedad civil.

[53] *Cyber Defence Management Authority* (CDMA) como autoridad coordinadora. Creación del *Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence* (CCDCOE) en Tallinn, acreditado como centro de excelencia de la OTAN en 2008. El Centro desarrolla investigaciones y entrenamiento en *cyber warfare* y cuenta con especialistas de Estonia, Alemania, Italia, Letonia, Lituania, Eslovaquia y España.

Si bien existen puntos en común entre ambos enfoques, es evidente que las prioridades pueden entrar en conflicto en el área de la ciberseguridad, obligando a los Estados a ser especialmente cuidadosos en la articulación de sus sistemas legales y el abordaje de las situaciones reales, evitando la vulneración de la normativa nacional, europea o internacional en aras de una defensa sin limitaciones.

## 7. CONCLUSIONES

La difícilmente demostrable pero en ocasiones indudable implicación de los Estados en muchos de los ciberincidentes acontecidos en la última década, en conjunción con la búsqueda por parte de los Estados de capacidad de respuesta a lo que es abordado como graves amenazadas a la seguridad y defensa nacionales, han provocado que se sobredimensione un análisis jurídico del mundo cibernético desde el punto de vista del ataque armado, la legítima defensa y la aplicación a este ámbito del derecho de los conflictos armados. Sin restar importancia a los esfuerzos realizados por la doctrina en este sentido, las líneas precedentes han intentado perfilar, de una manera breve, pero clarificadora, la existencia de una multiplicidad de ciberincidentes que no pueden ser abordados desde dicho marco jurídico, siendo necesaria la toma en consideración de otros abordajes legales.

Un gran volumen de los cibereventos de carácter malicioso y/o peligroso pueden ser encardinados en la categoría de cibercrimen (especialmente aquellos vinculados al terrorismo, el crimen organizado y el fraude económico), el ciberespionaje industrial o estatal, o incluso como vulneraciones por parte de los Estados o sus agentes de obligaciones de carácter internacional, pero sin que nos encontremos ante situaciones de ataque armado que permitan el uso de la legítima defensa, o ante situaciones de conflicto armado con empleo masivo de las nuevas tecnologías.

Si bien no hemos entrado a analizar en profundidad ninguna de las cuestiones planteadas, dado que cada una de ellas exige de un estudio detenido que va más allá de los objetivos de este artículo, en las líneas precedentes hemos querido poner de manifiesto la necesidad de tener en cuenta la existencia de otros marcos legales como el derecho penal y procesal, o de otras respuestas lícitas en el ámbito del derecho internacional, más allá de la legítima defensa, a la hora de enfrentar los diversos ciberincidentes que, en mayor o menor medida, comprometen la seguridad nacional e internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y artículos

AMICH ELÍAS, C., Y VELÁZQUEZ ORTIZ, A.P., "La ciberdefensa y sus dimensiones global y específica en la estrategia de seguridad nacional", en Revista *ICADE*, nº 92, Mayo-Agosto 2014, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp.49-76.

GÓMEZ TOMILLO, M., ET.AL., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Madrid, 2011.
GORDON, S., and FORD, R., *On the Definition and Classification of Cybercrime*, 2 J. Computer Virology, nº 13, 2006.
HATHAWAY, O.A., CROOTOF, R., LEVITZ, P., NIX, H., NOWLAN, A., PERDUE, W., Y SPIEGEL, J., "The Law of Cyberattack", *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 3852, 2012.
RYAN, J., AND RYAN D., "Neutrality in the context of cyberwar" en, WARREN, M., *Case Studies in Information Warfare and Security*, Academic Conferences and Publishing Limited, United Kingdom, 2013, p. 34.
SALVADOR CARRASCO, L., "Los problemas estructurales en el planteamiento de la ciberseguridad", Boletín IEES, 9/2014, julio 2014.
*Tallin Manual on the International Law applicable to Cyber warfare*, Cambridge University Press, 2013.
SCHMITT, M., *The use of force in cyberspace, A Reply to Dr. Zorkowsky*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012.
TIKK, E., *International Cyberincidents. Legal considerations*, CCDCOE, 2010.
WEGENER, H., "La ciberseguridad en la Unión Europea", Boletín IEEE, julio 2014.
ZIOLKOWSI, K., *Ius ad bellum in Cyberspace - Some Thoughts on the 'Schmitt-Criteria' for Use of Force*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2012.
ZIOLKOWSKI, K., (Ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, NATO CCD COE Publications, Tallinn, 2013.

## Otras fuentes

"Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua" (Nicar. v. U.S.), 1986 I.C.J. 14.
*Convención de cibercrimen*. Puede consultarse en la siguiente página web: http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm.
*Directiva de Defensa Nacional 2008*. Disponible en la siguiente página web: http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/armamentomaterial/ficheros/DGM-directiva-defensa-nacional-1-2008.pdf.
*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. En http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf.
ENISA, *The Fight against Cybercrime - Cooperation between CERTs and Law Enforcement Agencies to fight against cybercrime - A first collection of practices*, ENISA, 2012.
*Estrategia de Ciberseguridad Nacional*, Presidencia del Gobierno, 2013. En http://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/Estrategia_de_Ciberseguridad_Nacional_2013.pdf
*Estrategia Española de Seguridad. Una responsabilidad de todos*, Gobierno de España, 2011. En: http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/seguridad-defensa/ficheros/DGL-2011-EstrategiaEspanolaSeguridad.pdf
*Estrategia de Seguridad Nacional. Un Proyecto Compartido*, Presidencia del Gobierno, 2013. En http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf
*Estrategia Europea de Ciberseguridad*. En http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/eu-cybersecurity-plan-protect-open-internet-and-online-freedom-and-opportunity-cyber-security
Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero, por la que se crea el Mando Conjunto de Ciberdefensa de las Fuerzas Armadas.

# RETOS DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA FRENTE A LAS CIBERAMENAZAS

Olaf Bernárdez Cabello

*Director Área de Seguridad y Defensa del Instituto Internacional de Ciencias Políticas*

Ignacio Ramos-Paúl de la Lastra

*Director Área de Derecho y el Ciberespacio del Instituto Internacional de Ciencias Políticas*

## 1. EL CIBERESPACIO Y LA NECESIDAD DE LA CIBERSEGURIDAD

A lo largo de la segunda mitad del SXX se ha producido un importante desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), que en las últimas décadas han cambiado nuestras vidas y las formas de relacionarnos. El desarrollo de las TIC ha generado un nuevo espacio, conocido como ciberespacio, que ha de entenderse en el sentido del último dominio conquistado por la humanidad, al igual que ha sido, a lo largo de la historia, primero la tierra, después el mar, el aire y el espacio exterior.

La Estrategia de Ciberseguridad Nacional define el ciberespacio como "un dominio global y dinámico compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información -incluida internet-, las redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones". Esto es, el conjunto de ordenadores, programas y medios de comunicación que permiten intercambiar y procesar la información.

Este nuevo dominio supone una gran oportunidad de desarrollo económico y social porque garantiza el intercambio de información sin fronteras de espacio o tiempo. En esta línea se pronuncia el Presidente Obama al comentar que "el ciberespacio y las tecnologías que lo sustentan, permiten a cualquier persona, de cualquier

nacionalidad, raza, confesión u opinión, comunicarse, cooperar y prosperar como nunca antes. Hoy en día una empresa americana puede hacer negocios en cualquier lugar del mundo con conexión a Internet… y más que nunca, los ciudadanos alrededor del mundo están capacitados con las tecnologías de la información para ayudar a hacer sus gobiernos más abiertos"[1].

El problema, como ha señalado el General Gómez López de la Medina, Jefe del Mando Conjunto de Ciberdefensa, es que "Internet se concibió para interconectar al mundo, pero sus creadores no pensaron en la maldad que forma parte de él. Problema: no se pensó en la seguridad"[2]. Por este motivo, a medida que han ido evolucionando las TIC, se ha ido haciendo tangible la necesidad de avanzar en estrategias que garanticen la seguridad y permitan el éxito de las oportunidades que ofrece el ciberespacio, poniendo los medios para proteger al usuario frente a las ciberamenazas, que suponen un riesgo, muchas veces invisible, para la normal actividad de un país, afectando directamente a sus ciudadanos e instituciones.

Las ciberamenazas, según la propia Estrategia de Ciberseguridad en su introducción, se caracteriza por las siguientes realidades: "La rentabilidad que ofrece su explotación en términos económicos, políticos o de otro tipo, la facilidad de empleo el bajo coste de las herramientas utilizadas para la consecución de ataques, y la facilidad de ocultación del atacante hacen posible que estas actividades se lleven a cabo de forma anónima y desde cualquier lugar del mundo, con impactos transversales sobre los sectores público y privado y los propios ciudadanos." Con el fin de afrontar dichos riesgos y amenazas cibernéticas, el Gobierno de España ha aprobado la Estrategia de Seguridad Nacional y, de una manera más específica, la Estrategia de Ciberseguridad Nacional.

## 2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DEFENSA AL CONCEPTO DE SEGURIDAD

Un examen de la evolución del concepto de seguridad requiere empezar aclarando la distinción entre Seguridad y Defensa que mencionaba el General Ballesteros, Director del Instituto Español de Estudios Estratégicos. Según el General Ballesteros, "la Defensa tiene por objeto resguardar a las personas o los bienes de un peligro identificado. La Seguridad por su parte tiene carácter preventivo con el objeto de garantizar un medio libre y exento de todo daño, peligro o riesgo"[3].

Desde la firma de la Carta de Naciones Unidas en 1945 se ha evolucionado de unas estrategias de Defensa hacia unas estrategias de Seguridad. La eclosión de esta

[1] Introducción de la *International Strategy for Cyberspace* aprobada por la Casa Blanca en 2011.

[2] Jornada sobre Ciberseguridad y Defensa celebrada el 14 de Mayo de 2014 en la Universidad Antonio de Nebrija.

[3] Palabras pronunciadas por el General Ballesteros en la Jornada sobre la Estrategia de Seguridad Nacional celebrada el pasado 9 de diciembre de 2013 en la Escuela Diplomática.

evolución tendrá lugar a partir de la caída del muro de Berlín y el colapso de la antigua Unión Soviética. En este sentido el Informe de Desarrollo Humano aprobado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en 1994 introduce el concepto de Seguridad Humana, por lo que no basta con evitar la guerra entre Estados, sino que se ha de buscar la protección de los seres humanos, pronunciándose en términos así de contundentes: "la seguridad humana no es una preocupación por las armas; es una preocupación por la vida y la dignidad de las personas"[4]. Por su parte la *US National Security Strategy* aprobada en mayo de 2010 hace suyo, aunque sin mencionarlo directamente, el concepto de Seguridad Sostenible, desarrollado por el *Center for Strategic & Insternational Studies* (CSIS) y el *Center for American Progress* (CAP) que implica una combinación de tres aspectos de la seguridad: Seguridad Nacional, entendida como el instrumento para garantizar los intereses nacionales; Seguridad Humana entendida como el bienestar y seguridad de las personas; y la Seguridad Colectiva, o los intereses compartidos a nivel global o regional.

## 3. LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL Y LA ESTRATEGIA DE CIBERSEGURIDAD NACIONAL

En este marco de Seguridad asumido por los países de nuestro entorno, España aprueba en el año 2013 la Estrategia de Seguridad Nacional. Este documento define la Seguridad Nacional como "la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios constitucionales, así como contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos".

El capítulo 3 de la Estrategia de Seguridad Nacional hace una descripción de los riesgos y amenazas a los que está sometido España, que son los siguientes: los conflictos armados, el terrorismo, las ciberamenazas, el crimen organizado, la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, la proliferación de armas de destrucción masiva, los flujos migratorios irregulares, el espionaje, las emergencias y catástrofes, la vulnerabilidad del espacio marítimo y la vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y los servicios esenciales.

Se observa que las ciberamenazas constituyen uno de los riesgos a los que está sometido España en la actualidad; esta realidad se debe a que "la dependencia de la sociedad del ciberespacio y su fácil accesibilidad hacen que cada vez sean más comunes y preocupantes las intromisiones en este ámbito, tal y como señala propia Estrategia de Seguridad Nacional.

Las ciberamenazas se traducen en ciberataques procedentes de estados extranjeros, causas técnicas, hacking, crimen organizado, terrorismo, hacktivistas, delincuencia, organizaciones terroristas, espionaje, individuos aislados, sabotajes, amenazas

[4] Informe de Desarrollo Humano aprobado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1994.

internas, conflictos o fenómenos naturales. En este punto, la Estrategia de Ciberseguridad Nacional se define como "el pilar del Gobierno de España para desarrollar la Estrategia de Seguridad Nacional en materia de protección del ciberespacio con el fin de implantar de forma coherente y estructurada acciones de prevención, defensa, detección, respuesta y recuperación frente a las amenazas".

El objetivo primordial que persigue, por tanto, la Estrategia de Ciberseguridad Nacional es lograr que España haga un uso seguro de los sistemas de información y comunicaciones, fortaleciendo las capacidades de prevención, defensa, detección y respuesta a los ciberataques. Se entiende que el fortalecimiento de la ciberseguridad proporcionará una mayor confianza en el uso de las TIC, con el aprovechamiento de las nuevas oportunidades que ello conlleva. Este objetivo global, desarrollado en el Capítulo 3 de la Estrategia de Ciberseguridad, se concreta en:

1. Garantizar que los sistemas de información y telecomunicaciones que utilizan las AAPP poseen el adecuado nivel de Ciberseguridad y resiliencia.
2. Impulsar la seguridad y resiliencia de los Servicios de Información y Telecomunicaciones usados por el sector empresarial en general y los operadores de infraestructuras críticas en particular.
3. Potenciar las capacidades de detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta, investigación y coordinación frente a las actividades del terrorismo y la delincuencia en el ciberespacio.
4. Sensibilizar a los ciudadanos, profesionales, empresas y Administraciones Públicas españolas de los riesgos derivados del ciberespacio.
5. Alcanzar y mantener los conocimientos, habilidades, experiencia y capacidades tecnológicas que necesita España para sustentar los objetivos de Ciberseguridad.
6. Contribuir a la mejora de la Ciberseguridad en el ámbito internacional.

Para la consecución del objetivo tercero mencionado, en el presente trabajo se va a hacer un estudio del marco jurídico en el que se desarrolla la actividad de los miembros de la Carrera Judicial y Fiscal, y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para hacer frente a las ciberamenazas. Pues como ocurre en cualquier otro caso de delincuencia, en palabras de José Antonio González, miembro de la Unidad de Ciberterrorismo de los Servicios de Información de la Guardia Civil "hay que identificar el daño, salvaguardar la víctima, reconocer al autor del daño y trabajar para conseguir su puesta a disposición de la Justicia"[5]. Puesta a disposición judicial que no tendrá un resultado exitoso sino desde el respeto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

[5] Jornada sobre Ciberseguridad y Defensa celebrada el 14 de Mayo de 2014 en la Universidad Antonio de Nebrija.

## 4. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CIBERESPACIO

Para entender el régimen jurídico del Ciberespacio, hay que hacer mención al llamado *"Koh Speech"* (conferencia impartida por el asesor legal del Departamento de Estado *Harold Hongju Koh* ante el USCYBERCOM que se celebró el 18 de Septiembre de 2012, bajo el título "*International Law in Cyberspace*") y el "*Tallin Manuall*" (documento de estudio sobre la legislación internacional aplicable a la ciberguerra realizado por invitación del *NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence*).

Dicho Manual parte de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia por la que todo acto no prohibido por la legislación internacional, se entiende permitido. No obstante, es comúnmente aceptado que no es necesaria la creación de una nueva legislación para el ciberespacio, sino que los principios vigentes son aplicables en dicho ámbito. Así se manifiesta Koh, al poner de manifiesto que el ciberespacio no es una zona *free-law* en la que se puedan llevar a cabo conductas agresivas sin reglas ni restricciones; por tanto el ciberespacio es un dominio en el que resulta de aplicación la legislación vigente, si bien es necesaria su adaptación para que los principios legales resulten de aplicación.

En el caso patrio, consecuentemente, toda actividad de prevención y persecución de hostilidades que se produzcan en el ciberespacio deberá respetar las reglas constitucionales y legales vigentes, así como los acuerdos internacionales de los que España es parte.

## 5. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA ESTRATEGIA DE CIBERSEGURIDAD NACIONAL

El artículo 24 de la Constitución regula el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

> *"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*
>
> *2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*
>
> *La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."*

El derecho a la tutela judicial efectiva se puede definir desde un punto de vista positivo cómo el derecho de toda persona para recurrir al juez, mediante un juicio en el que se respeten todas las garantías con el fin de obtener una resolución motivada que

sea conforme a Derecho. Desde un punto de vista negativo, también se define la tutela judicial efectiva como la ausencia de indefensión; esto es, según STC 48/1984, de 4 de abril, fundamento jurídico primero, "el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso), decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)".

Por tanto, toda actividad probatoria debe de llevarse a cabo garantizando el respeto a la tutela judicial efectiva del sujeto, en lo que se refiere a su admisión y práctica en el procedimiento judicial, de forma que todas las capacidades de detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta, investigación y coordinación a que se refiere la Estrategia de Ciberseguridad han de practicarse respetando las garantías procesales de las personas para que resulten exitosas.

## 6. DERECHO PROBATORIO ESPAÑOL: ANÁLISIS DE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y PERICIAL EN EL MARCO DE LA INFORMÁTICA FORENSE

El Prof. De la Oliva Santos define la prueba "como la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como aciertos a los defectos del proceso" [6].

En el ámbito de la ciberseguridad, la información almacenada en los sistemas de información se ha convertido en una fuente esencial de información a tener en cuenta en cualquier conflicto o investigación. El estudio de la misma da lugar a la llamada informática forense que se define como "la aplicación de técnicas científicas y analíticas especializadas a infraestructuras y dispositivos tecnológicos que permitan identificar, preservar, analizar y presentar datos que sean válidos dentro de un proceso legal"[7]. La duda que se plantea es cómo ha de llevarse a cabo la investigación de los sistemas informáticos y de telecomunicaciones para que no se produzca indefensión.

Si bien Capítulo III del Título III LECr, de la celebración del juicio oral, Libro III de la LECr, regula los medios de prueba que el juez o tribunal de instancia han de practicar en la fase del juicio oral, el estudio del presente apartado se va a centrar en la regulación de la prueba documental y el informe pericial, que son los principales medios de prueba a través de los cuales se da soporte a la información obtenida de un sistema informático o de telecomunicación y en los que se practica la informática forense.

[6] Derecho Procesal Civil, El Proceso de Declaración. Andrés de la Oliva Santos, Ignacio Díez Picazo Giménez. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

[7] Estructura del Informe Forense Tecnológico. Lazaruz Technologie, S.L.

### 6.1. Prueba documental

La LEC aplica un concepto amplio del término "documento" al introducir la referencia a "los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso" como medio de prueba (artículos 382 - 384 LEC).

También la jurisprudencia entiende el concepto "documento" en sentido amplio, como "cualesquiera cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado"[8]. En este sentido, cabe mencionar la STS 1066/2009 de 4 de Noviembre, fundamento jurídico segundo, que equipara el documento tradicional y el documento electrónico.

Según el origen del documento, la LEC distingue entre documentos públicos y documentos privados. Son documentos públicos "los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1216CC)" y enumerados en el artículo 317 LEC, mientras que documentos privados, por descarte, son aquellos elaborados sin la intervención de fedatario público o que no haya sido emitido por entidades, organismos o dependencias oficiales.

Ahora bien, se plantea el valor probatorio de unos y otros. En cuanto al documento público, conforme al artículo 319 LEC, hará prueba plena del hecho, acto o estado de las cosas que documenten, si bien podrán ser objeto de impugnación por la otra parte en determinados supuestos previstos por el artículo 320 que requiere el cotejo del documento público aportado al procedimiento con el original.

Respecto del documento privado, al igual que los documentos públicos, conforme al art. 326 LEC, harán prueba plena en el proceso, salvo que sea impugnado por la parte a quien perjudique. En todo caso, es ilustrativa la STS 785/2011, de 27 de octubre, cuyo Fundamento Jurídico Tercero se pronuncia en los siguientes términos: "Una cosa es el valor probatorio de los documentos privados en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, que es a lo que el artículo 326.1 LEC se refiere cuando indica que los documentos privados harán «prueba plena» en el proceso cuando su autenticidad no sea impugnada y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida de los documentos, que no impide que el tribunal valore su contenido de acuerdo con las reglas de la sana crítica y junto con el resto de las pruebas aportadas".

El documento informático será valorado en los mismos términos mencionados, si bien en el caso de impugnación del documento electrónico (la impugnación sólo tendrá lugar a instancia de parte), por su falta de veracidad, corresponde a la parte que

[8] STS 5 de Febrero de 1998, Fundamento Jurídico Primero.

ha aportado dicho documento acreditar la veracidad del mismo, tal y cómo regula el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica[9].

Por tanto, se concluye que la LEC hace una regulación genérica, sin referencia expresa al documento informático, pero aplicable por extensión al mismo. De esta forma, en ningún caso se producirá indefensión, conforme a la legislación vigente, si la parte afectada alega la falta de veracidad de la prueba mediante la impugnación de documento público o privado; no obstante el juez o tribunal hará su valoración conforme a la sana crítica.

### 6.2. Informe pericial

Si bien el informe pericial se reconoce como medio de prueba, se trata de una diligencia sumarial limitada, conforme al art. 456 LECr, a los supuestos en los que "para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos".

La Profesora Sara Aragoneses define el perito como "la persona que, sin ser parte en el proceso, emite declaraciones sobre hechos que tienen carácter procesal en el momento de su captación, para cuyo conocimiento o apreciación son necesarios o convenientes conocimientos artísticos o científicos"[10].

El informe pericial ha de realizarse por dos peritos (art. 459 LECr), que serán designados por el juez mediante oficio (art.460 LECr), si bien podrán ser recusados en los supuestos previstos en el artículo 468LECr: caso de parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo, interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante o amistad íntima o la enemistad manifiesta. Los peritos podrán ser titulados o no titulados, siendo preferidos los primeros antes que los segundos (arts. 457 y 458 LECr).

La especialidad del informe pericial se pone de manifiesto en el artículo 335.2 LEC al señalar que los peritos "deberán manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber".

En cuanto al contenido del informe pericial, conforme al art. 478 LECr, será:

**1.º** Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.

---

[9] Artículo 326.3 LEC.

[10] Derecho Procesal Penal. Séptima Edición. Andrés de la Oliva, Sara Aragoneses, Rafael Hinojosa, Julio Muerza y José Antonio Tomé. Ed. Universitaria Ramón Areces.

**2.º** Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior.

**3.º** Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

En este punto, cabe plantearse el valor probatorio del informe pericial en la fase de juicio oral. En este sentido la regla general, se dispone en el artículo 723-725 LECr, en los que se establece que los peritos deberán responder a las preguntas y repreguntas que se le formules sobre el informe pericial. No obstante, el informe pericial puede adquirir el carácter de prueba anticipada (art. 730 LECr), siempre que se practique bajo el principio de contradicción. La apreciación de la prueba anticipada "sólo será de aplicación a los actos de investigación sumarial de los que resulte imposible su reproducción en el juicio oral, se hayan practicado en presencia del enjuiciado bajo el principio de contradicción, tal y cómo se ha mencionado anteriormente, y se solicite su lectura en el juicio oral", tal y como exige el TS en sentencia de 27 de junio de 1990. En todo caso, el juez valorará el dictamen pericial, conforme al artículo 348 LEC, siguiendo las reglas de la sana crítica.

En el ámbito de la prueba pericial informática, hay que tener en cuenta la existencia de una certificación de calidad, concretamente la normativa ISO 27001 e ISO 71505, que hacen referencia a los Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información y los Sistemas de Gestión de Evidencias Electrónicas. Esta certificación de calidad establece unos criterios para la realización de informes periciales, cuando el medio de prueba sea un equipo informático. No obstante, el desconocimiento de su existencia y falta de exigibilidad en sede judicial, determina que no haya uniformidad en el ejercicio de la informática forense en España. Se concluye pues, que la no exigencia de esta regulación específica normalizada, crea un vacío que en ocasiones puede generar indefensión, en la medida en que no se garantiza la buena praxis de los peritos; que la diligencia se practique sin manipulación de la prueba (tanto la fuente como el medio) garantizando la autenticidad e integridad del soporte y contenido; que la investigación se haya hecho respetando los demás derechos fundamentales del sujeto investigado, principalmente los relacionados con la intimidad personal; y que los jueces y magistrados, no tienen formación suficiente sobre la materia para exigir el cumplimiento unos requisitos mínimos de validez de la prueba ni para poder valorar la misma conforme a la sana crítica. Consecuentemente, se aprecia la inexistencia de un marco jurídico operativo y eficaz que permita la persecución del ciberterrorismo y ciberdelincuencia en los términos previstos por la Estrategia de Ciberseguridad Nacional.

## 7. LA INFORMÁTICA FORENSE EN ESTADOS UNIDOS

Como punto de partida hay que hacer mención al título 28 del USCODE cuyo apéndice regula las reglas federales sobre la prueba en el proceso.

En primer lugar, respecto de los peritos, hay que destacar la Regla 702, reguladora del testimonio de expertos. Esta regla requiere que el testigo sea experto por conocimiento, capacidades, experiencia, prácticas y educación; que el testimonio se fundamente en hechos o datos; que sea producto de la aplicación de métodos y principios fiables; y que esos métodos y principios se apliquen a los hechos del caso concreto.

De este artículo se observa, por tanto, dos elementos radicalmente distintos a la legislación española y que aportan mayor seguridad:

1. Se requiere que el testigo sea experto por conocimiento, capacidades, experiencia, prácticas y educación. Con lo cual los criterios para poder presentar el informe pericial son más exigentes, no limitándose a los aspectos subjetivos del perito.
2. Se ha de acreditar que el testimonio está basado en principios y métodos fiables y que esos principios y métodos se han aplicado al caso concreto. Con lo cual, se ha de dar cuenta de lo qué se ha hecho y por qué.

En segundo lugar, las reglas 1001 a 1008 distinguen entre original y copia al hablar de escritos, grabaciones y fotografías. Con lo cual, se pone de relevancia en mayor medida el respeto de la cadena de custodia. En este sentido es muy significativa la Regla 1007 que exige que la parte que introduzca la prueba en el proceso, ha de probar que su contenido es real.

Todas estas exigencias procesales se concretan en el ámbito de la informática forense en el Manual "Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement"[11]. Este manual establece unas líneas maestras de cómo debe ser la práctica de la Informática forense, que se resume en los siguientes aspectos:

***- Valoración de la evidencia***

Los peritos informáticos deben valorar la evidencia digital en un sentido amplio con respecto al alcance del caso objeto de investigación para determinar las acciones a llevar a cabo. Esta valoración sólo será admisible si se pone de relieve la autoridad judicial que solicita el informe forense, la solicitud de realizar el informe y alcance del mismo, y la documentación completa de la cadena de custodia.

***- Adquisición de la evidencia***

La evidencia digital es muy frágil por lo que es muy fácil que sea dañada, alterada o destruida por un manejo inadecuado de la misma. Por esta razón se requiere que, antes de cualquier actuación, se haga una copia de la evidencia original y se trabaje sobre la segunda, conservando la primera de manera que se proteja y garantice su integridad.

[11] Manual editado por el *National Institute of Justice* del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

***- Examen de la evidencia.***

El propósito del examen es extraer y analizar la evidencia digital. La extracción se refiere a la recuperación de la información desde el soporte en el que se encuentra almacenado. El análisis se refiere a la interpretación de la información recuperada una vez ha sido traducida a un formato lógico.

***- Documentación de la evidencia***

Todas las actuaciones y observaciones del perito deberán ser documentadas durante el proceso forense de la evidencia. Dicho proceso concluirá con un informe escrito en el que se hará mención a lo que se ha encontrado.

Con todo este procedimiento pericial, que requiere de un uso de tecnología puntera y conocimientos informáticos de primer nivel por parte del perito, se pretende asegurar el tratamiento de la prueba informática con todas las garantías, evitando que se pueda generar indefensión.

Lo más relevante del caso estadounidense es que todas las autoridades, agencias, fiscales y jueces, son formados en la materia, de forma que la valoración de la prueba se hace desde unos conocimientos básicos de la informática forense que tienen por objeto garantizar que el medio de prueba ha sido analizado con respecto de todas las garantías procesales, lo cual permite por tanto la introducción de dicha prueba en el proceso, quedando respetado el derecho a la tutela judicial efectiva.

## 8. RETOS DE LA INFORMÁTICA FORENSE EN ESPAÑA PARA GARANTIZAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A modo de conclusión, la informática forense es una práctica poco desarrollada en España. La falta de dicho desarrollo es un problema, en cuanto puede dar lugar a la introducción en el proceso de pruebas digitales que no han sido analizadas con todas las garantías, lo que puede generar indefensión, vulnerando el artículo 24.1 de la Constitución.

Dicha indefensión supone una brecha en la Ciberseguridad Nacional, en la medida en que la falta de un marco jurídico eficaz y operativo impide el correcto desarrollo de las capacidades de detección, reacción, análisis, recuperación, respuesta, investigación y coordinación frente a las actividades del terrorismo y la delincuencia en el ciberespacio.

Para hacer frente a esta situación se requieren cambios normativos y operativos. Los cambios normativos que se proponen son los siguientes:

1. Modificación del régimen jurídico del perito informático, de forma que, siguiendo el modelo americano, quede acreditado que es una persona de reconocida competencia en la materia, con habilidades, experiencia probada y formación nece-

saria para poder pronunciarse sobre la cuestión objeto de análisis, haciendo hincapié en los aspectos objetivos y subjetivos del perito.

2. Complementar el artículo 478 LECr mediante desarrollo reglamentario. Este reglamento, que debe cumplir cómo mínimo los estándares de normalización establecidos en la norma ISO 71505 de Sistemas de Gestión de Evidencias Electrónicas, debería regular el contenido que debe recoger un informe pericial relacionado con las TIC, debiendo incluirse los siguientes aspectos: autoridad judicial que requiriere el informe e información que se solicita; datos del perito; procedimiento de adquisición de la evidencia digital; respeto de la cadena de custodia, que quedará garantizado mediante la elaboración del correspondiente informe; que el análisis de la evidencia digital se lleve a cabo mediante la aplicación del algoritmo correspondiente, de forma que quede acreditada la ausencia de cualquier modificación o alteración; que el informe se limite a la información relevante para la investigación solicitada por la autoridad judicial, de forma que se respete el derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones; y que el informe final se prepare con máxima fidelidad al dato técnico, una vez garantizada la veracidad del mismo.

Para ello resulta necesario una importante inversión en I+D pues se requieren equipos informáticos de alta tecnología para llevar a cabo las operaciones de copia del medio de prueba original objeto de estudio, y el análisis de la información obtenida, e inversión en formación para el uso de dichos equipos por los peritos.

3. Por último, se propone la implantación de un sistema de formación, que es necesaria para que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, abogados, notarios, miembros de la Carrera Fiscal y Carrera Judicial, adquieran unos conocimientos básicos de informática forense; de forma que cuando trabajen con un informe pericial relacionado con la informática forense puedan identificar los elementos claves que permitan determinar que toda la actuación investigadora se ha realizado con respeto de las garantías procesales. Este punto es de especial relevancia, más aún, cuando el juez o tribunal, a la hora de examinar el informe forense, hará la valoración del mismo conforme a la sana crítica; por esta razón, la consecuente sentencia solo respetará el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, entre otros motivos, si se han respetado todas las garantías procesales a la hora de examinar la prueba digital.

## BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X.,. Presentación "La Prueba Electrónica: La Nueva Frontera del Derecho Probatorio". Facultad de Derecho ESADE. Mayo de 2012.

CARO BEJARANO, M.J, . *"La Estrategia de Ciberseguridad Nacional"*, Documento de Análisis 65/2013 del Instituto Español de Estudios Estratégicos.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil, El Proceso de Declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R ; ULIO MUERZA ESPARZA, J. y TOMÉ GARCÍA, J.A., . Derecho Procesal Penal. Ed. Universitaria Ramón Areces.

FERNÁNDEZ, F.,. Presentación "Laboratorio de Tecnología Forense y Prueba Digital". Ernst&Young. Julio de 2013.

GARCÍA SÁNCHEZ, I.J. , *"Seguridad Sostenible: The Smart Power in Action". El escenario Norteamericano, español y europeo.* Documento 23/2010 del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Noviembre de 2010.

HONGJU KOH, H., International Law in Cyberspace (The Koh Speech), en *Harvard International Law Journal.* Diciembre de 2012.

LAZARUS TECHNOLOGY, S.L. Estructura del Informe Forense Tecnológico. Página web: USCODE. Office of the Law Revission Counsel. U.S. House of Representatives. http://uscode.house.gov/

NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE. "Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement". U.S Department of Justice. Abril 2004.

SCHMITT, M, (Ed.), *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare.* Cambridge University Press. 2013.

# ALGUNOS RETOS DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LA OPERACIÓN CIVIL Y MILITAR DE DRONES Y RPAS

Inés de Alvear Trenor

*Abogada Socia ProLaw Abogados*

## 1. INTRODUCCIÓN

Según la consultora *Strategic Defence Intelligence,* el mercado de Drones, UAVs o RPAS[1] *será uno de los puntales económicos de crecimiento en el planeta en los próximos diez años*[2]. De acuerdo con las conclusiones de este informe, el gasto global en sistemas aéreos no tripulados alcanzará los 114.000 millones de dólares hasta 2023 (siendo EEUU el principal inversor mundial, con una cuota de mercado de más de 52.000

[1] Los vehículos y sistemas aéreos no tripulados (*UAVs* o *Unmanned Aerial Vehicles, UAS o Unmanned Aerial Systems,* en sus acrónimos y denominaciones en inglés) han sido llamados de muy distintas maneras, obedeciendo, en general, a las distintas clasificaciones que los avances y características tecnológicos han ido ofreciendo; la expresión *drones (*que podría traducirse como abejorro zángano), ha estado tradicionalmente más vinculada a los sistemas armados no tripulados, mientras que la expresión RPAS (acrónimo de *Remotedly Piloted Aircraft Systems*). La Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), adopta la denominaciñón RPAS en la *Circular 328*, Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), AN/90, 2011, que mencionada: "(...) *hay un posible ámbito mucho más amplio para los UAS, incluyendo entre otros, aplicaciones comerciales, científicas y de seguridad. Esos usos entrañan principalmente actividades de monitoreo, comunicaciones y formación de imágenes. Las tareas típicas de vigilancia y supervisión comprenden el patrullaje fronterizo y marítimo, la búsqueda y salvamento, protección de las pesquerías, detección de incendios forestales, monitoreo de desastres naturales, medición de la contaminación, vigilancia del tránsito carretero, inspección de plantas eléctricas y oleoductos y observación de la Tierra. Además, la capacidad de algunos UAS de mantener posición de estación durante días, semanas o incluso meses les hace particularmente bien adecuados para servir de retransmisores de comunicaciones. Otros UAS ya se explotan con fines comerciales de producción de imágenes como fotografía aérea y vídeo*".

[2] Informe "*The Market 2013-2023 Global UAV*", disponible en http://www.strategicdefenceintelligence.com/ el 21 de marzo de 2014.

millones de dólares, mientras que la inversión prevista en Europa alcanzará los 24.000 millones de dólares[3].

Desde la asociación que agrupa a las Pymes de esta industria en España, AERPAS[4], se apunta que, en menos de 10 años, estos sistemas y vehículos representarán un importante actor del mercado aeronáutico, en el que, posiblemente, habrá más vehículos tripulados remotamente que aeronaves convencionales. Frente a estas cifras y expectativas, no es extraño comprobar cómo en los últimos años, y sobre todo, más recientemente, han venido proliferando, desde muy distintos ámbitos, los intentos de regular el uso de los RPAS. Se han dado, y siguen su curso, múltiples iniciativas (tanto nacionales[5], como internacionales[6]) que pretenden, de una forma u otra, uniformar y sistematizar el futuro régimen jurídico de estos novedosos sistemas.

Lo cierto es que no puede decirse que esté falto de complejidad agrupar, en un único cuerpo normativo, todo el marco jurídico que podría afectar a la operación de los RPAS, tanto en territorio nacional como internacional[7] dentro del espacio aéreo segregado, pero también en el no segregado -en convivencia, por tanto, con las aeronaves convencionales y tripuladas-, y con independencia de las características asociadas a su peso, pero sin poner en peligro vidas humanas, manteniendo, al menos, los mismos estándares de seguridad exigidos a las aeronaves tripuladas de forma convencional, y, al fin, sin vulnerar los Derechos fundamentales de los ciudadanos[8].

---

[3] En www.defensa.com: *La inversión mundial en el sector de los UAV alcanzará los 114.000 millones de dólares hasta 2023, con EEUU a la cabeza,* 2 de agosto de 2013.

[4] AERPAS es la Asociación Española de RPAS (AERPAS), recientemente constituida y cuyos fines son los siguientes: impulsar la regulación normativa con las administraciones públicas de cualquier índole; fomentar la investigación mediante la colaboración entre empresas y centros de investigación; y, facilitar la exportación de los productos españoles.

[5] Una buena parte de los estados Miembros han regulado estos sistemas y vehículos internamente, dadas las competencias nacionales para hacerlo en virtud de la excepción que dispone el Reglamento (CE) núm. 216/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE , según el cual, la certificación de la seguridad de las aeronaves, el diseño, producción, mantenimiento y operación de productos, componentes y equipos aeronáuticos de las aeronaves no pilotadas con una masa operativa al despegue -MTOW- no superior a 150 kg corresponde a los Estados Miembros. Entre los Estados Miembros que disponen de regulación actualmente, de acuerdo con los datos proporcionados por EASA (*Eurpean Aviation Safety Agency*), o Agencia Europea de Seguridad Aérea, están Alemania, Francia, Italia, Holanda, República Checa y Reino Unido.

[6] La normativa europea que se proyecta está ampliamente tratada en Guerrero Lebrón , M. J., Cuerno Rejado, C., Márquez Lobillo, P.: «Aeronaves no tripuladas: Estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado», *Revista de Derecho del Transporte,* núm. 12, 2013, págs. 77 y ss.

[7] El art. 8 del l Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944), también conocido como el Convenio de Chicago garantiza a cada Estado contratante la soberanía absoluta respecto a la autorización de operaciones de aeronaves no tripuladas sobre su territorio, por lo que los vuelos de este tipo de aeronaves sobre espacio aéreo de otro Estado han de estar expresamente autorizados por éste.

[8] Como se verá, estos tres aspectos (el ámbito doméstico o no de su navegación, el espacio aéreo -segregado o no- por el que naveguen y algunas de sus características -como el peso) son determinantes para establecer qué regulador, si el nacional o el europeo, por ejemplo- dispone de competencias para fijar las condiciones y requisitos que permitan la operación de los RPAS en el sistema aéreo civil.

## 2. RETOS DEL DERECHO EN RELACIÓN CON EL USO DE RPAS MILITARES

No puede negarse que la utilización en el ámbito militar de RPAS de combate o armados, además de más profusa, es también bastante más polémica; no solo porque implica acciones con bajas reales sino también por la opacidad y falta de transparencia y de datos acreditados y públicos sobre el uso real de estos sistemas en escenarios de conflicto.

No parece dudoso que una ventaja incuestionable de los *drones* de combate o armados es que permiten dirigir ataques contra objetivos situados en territorio hostil, sin riesgo para los efectivos de las fuerzas armadas y desde instalaciones no situadas en el territorio de conflicto, ajenas por tanto a cualquier peligro colateral vinculado a los ataques.

Pero frente a las ventajas de un sistema de combate que permite reducir drásticamente las bajas propias y las del enemigo se alza el -no menor- argumento en contra, según el cual es, precisamente, la reducción del peligro para los efectivos de quien utiliza los *drones* lo que, por otra parte, puede conducir a un subjetiva interpretación extensiva de la viabilidad legal del uso de estos sistemas -tanto si se cumplen, como si no, los requisitos de orden internacional que rigen en relación con las causas que permiten vulnerar la prohibición de uso de la fuerza como en relación con las condiciones su uso.

El análisis, por tanto, del uso legalmente aceptable de los *drones* en acciones de ataque, ya sean éstas en zonas de conflicto o fuera de ellas, en nuestra opinión, debe seguir la misma ruta que ha marcado el Derecho internacional y el Derecho internacional humanitario al uso de otros instrumentos al servicio de la fuerza como medio disuasorio puesto que los *drones* no son más que un medio y no un fin en si mismo por lo que deben, en todo caso, utilizarse con estricto respecto a los compromisos que marca el *corpus iuris* internacional y el Derecho consuetudinario.

Los retos por tanto, en este ámbito, como acertadamente nos recuerda la profesora Pozo[9], deberían consistir en ajustarse a las causas tasadas que justifican una excepción a la prohibición del uso y amenaza de la fuerza prevista en la Carta de la Naciones

[9] Vid. Pozo Serrano, P.*:* «La utilización de drones…»,*Op. Cit. Pag* 6. : " *d*e acuerdo con el *ius ad bellum*, normas de Derecho internacional que establecen cuándo el uso de la fuerza en las relaciones internacionales es legítimo, la prohibición del uso y amenaza de la fuerza contenida en el artículo 2.4 de la Carta sólo admite dos excepciones: el ejercicio del "derecho inherente de legítima defensa individual y colectiva" en caso de ataque armado, reconocido en el artículo 51 de la Carta y también en normas de derecho consuetudinario, o la posible autorización del uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta (…) De conformidad con el *ius in bello*, todas las partes en un conflicto -incluso en los casos en los que el uso de la fuerza no está justificado- deben respetar unas normas en cuanto a los medios y métodos de combate. El Derecho Internacional Humanitario se fundamenta en dos principios cardinales: el principio de proporcionalidad (entre la ventaja militar concreta esperada y los previsibles daños incidentales a civiles) y el de distinción (entre objetivos civiles y militares).

Unidas por un lado, y el respeto a los medios y métodos de combate en los términos previsto por el Derecho Internacional Humanitario, por otro lado.

En cuanto a los parámetros que fija el i*us ad bellum* se concretan en dos: la excepción a la prohibición del uso de la fuerza en legítima defensa en el marco de un conflicto armado o mediando autorización expresa del Consejo de Seguridad.

Por su parte el *ius in bello* fija los principios que deben respetarse en los propios conflictos armados (justificados o no) y durante el combate: el principio de proporcionalidad frente a los daños civiles previsibles, y el de distinción entre objetivos civiles y militares.

Cualquier intento de regulación del uso de los *drones* en los escenarios internacionales de uso de la fuerza, debe por tanto asegurar el cumplimiento de los aspectos anteriores. Sin embargo, el problema surge a la hora de determinar si se dan y en qué medida se cumplen los requisitos anteriormente expuestos en cada caso concreto; el análisis puede complicarse mucho como, por ejemplo, cuando se verifica que algunos países, como los Estados Unidos, tienen calificadas algunas de sus actuaciones -como la de la lucha frente al terrorismo- como de conflicto armado.

## 3. DESAFÍOS DEL DERECHO EN CUANTO AL USO CIVIL DE LAS RPAS

En el ámbito de su uso civil la controversia se ha centrado, por el momento, en algunos aspectos por una parte, los problemas relacionados con la dificultad de garantizar los derechos de los ciudadanos en cuanto a la protección de su privacidad, sus datos personales y Derechos de imagen por la toma de imágenes sin consentimiento; por otra parte, las responsabilidad por los daños que la operación del RPA pudiera causar; la necesidad de uso del espectro radioeléctrico tampoco ha estado exenta de polémica; pero, sin duda, el gran aspecto que constituye, en estos momentos, el fundamental obstáculo para que los sistemas aéreos no tripulados se integren en el espacio aéreo no segregado, es el escepticismo en torno a las condiciones de seguridad de navegación que, en el estado actual de la técnica, ofrecen estos sistemas en comparación con las aeronaves convenciones tripuladas.

La tecnología actual no permite, por el momento, garantizar algunas de las condiciones de seguridad (tanto de orden público como de navegación) exigidas para la navegación de las aeronaves tripuladas de forma convencional, y, hasta tanto estas limitaciones tecnológicas sean definitivamente superadas con todas las garantías, no parece posible que sea realista hablar de su integración en el espacio aéreo no segregado. Sin embargo, la aproximación a este debate no sería completa si no se mencionara que, además de las dificultades tecnológicas, existe en la sociedad un escepticismo que va más allá del puramente tecnológico. Cuando se analizan el riesgos asociados a los accidentes e incidentes con sistemas automatizados -como los incluidos en este tipo de sistemas de aeronavegación- es importante aclarar que, en la actualidad, aproximadamente dos tercios de los accidentes son debidos al error humano. Algunos

estudios[10] sugieren que el escepticismo público en torno a los vehículos y sistemas aéreos no tripulados podría, en parte, estar asociado a la falta de información fiable disponible lo que dificulta el entendimiento de esta tecnología, su solvencia técnica y las futuras ventajas asociadas a su uso civil.

### 3.1. Condiciones necesarias para la integración de los sistemas en el espacio aéreo

Como ha indicado la OACI en su Circular 328, los principales desafíos están vinculados a que el uso generalizado de los RPAS, tanto para aplicaciones civiles como para aplicaciones militares, pasa por conseguir la integración de estos vehículos en el espacio aéreo[11] y su interrelación en términos seguros con otros usuarios del espacio aeronáutico y con los terceros subyacentes, en particular, protegiendo la integridad de las personas y de los bienes sobrevolados; la premisa básica para la integración de estas aeronaves en el espacio aéreo no segregado no es otra que el cumplimiento de las exigencias técnicas en materia de seguridad (tanto operacional como en vuelo) que resultan aplicables a las aeronaves tripuladas convencionalmente.

En definitiva, la navegación de las aeronaves no tripuladas solo podrá realizarse con un nivel de seguridad en la operación equivalente a la exigida a la aviación convencional por las autoridades que tienen atribuida la certificación de las aeronaves, licencias del operador y de los pilotos y la gestión y el control del tráfico aéreo.

Para la integración de los RPAS en el espacio aéreo no segregado es condición necesaria la resolución con garantías de tres cuestiones fundamentales:

(a) el establecimiento de estándares para (i) certificar la aeronavegabilidad de las plataforma, elemento y equipos del sistema, incluida la aeronave, (ii) la adecuación de los operadores y de los procesos de mantenimiento y (iii) la adecuación de los pilotos a distancia;

(b) el cumplimiento de las actuales Reglas de Aire vigentes con el mismo nivel de seguridad[12] que las aeronaves tripuladas, lo que implica a su vez dar una solución tecnológica a la ausencia de la tripulación a bordo, en particular en

[10] En BRANDENBURG INSTITUTE FOR SOCIETY AND SECURITY. «Unmanned Aircraft Systems for Civilian Mission». BIGS Policy Paper No.1/February 2012.

[11] O, como acertadamente apunta el profesor Gómez Puente, en su denominación más correcta, espacio *aeronáutico*, que hace referencia al uso que hace de él la navegación). Vid. Gómez Puente, *M.:* Derecho administrativo aeronáutico, *Madrid, 2006.*

[12] Como se indica en sistema de observación prospectiva tecnológica, sopt, Observatorio Tecnológico de UAVS, Robótica y Sistemas Aéreos.: «*Unmanned Aircraft System*, agosto 2009, sobre su integración en el espacio aéreo no segregado»: "(…) *es en este segundo aspecto en el que las iniciativas para la integración encuentran más dificultades puesto que las tecnologías mencionadas, sobre todo aquellas que proporcionarán la capacidad Sense and Avoid, permitiendo el mantenimiento de las separaciones mínimas requeridas en cada condición, fase de vuelo o espacio aéreo y ejecutan (modo autónomo) o facilitan la ejecución (man in the loop) de las maniobras en evitación del tráfico aéreo conflictivo, están en fases iniciales no tanto por el desarrollo de nuevas tecnologías, sino por el desarrollo de las adecuadas especificaciones que permitirían certificar dichos sistemas*".

dos aspectos fundamentales: la capacidad de observación del entorno cercano en evitación de obstáculos y la consiguiente toma de decisiones, así como el mantenimiento de comunicaciones seguras y fiables, tanto las de mando y control de la plataforma, como las que se deban establecer (voz y datos) con el ATC.

(c) Por último, ha de proporcionarse un sistema de comunicaciones fiable y duradero.

### 3.2. Safety vs security

El concepto de seguridad aérea no tiene un sentido unívoco. La seguridad puede referirse tanto a la seguridad en vuelo, como a la seguridad aeroportuaria pero además, hace asimismo referencia tanto a la propia aeronave y sus componentes (en el caso de los RPAS como se verá al propio sistema y sus elementos) como a otros aspectos que, relativos al personal aeronáutico o las normas de circulación aéreas tienen por objeto permitir el normal desarrollo de la navegación aérea. Y a ese respecto se hace necesario recordar que la seguridad tiene una doble dimensión, formada por la seguridad en el orden público y la seguridad técnica del vuelo en cuestión[13]. El profesor Gómez, acertadamente indica que la distinción es mucho más clara en la terminología inglesa, que habla de *security* (para la seguridad de orden público) y *safety* (para la que se refiere al vuelo).

Dentro de la seguridad de orden público, dentro de nuestra *security,* incluiríamos la necesaria para proteger la defensa nacional, pero también todas las medidas que hubiera que tomar para protegernos de amenazas sanitarias, de riesgos aduaneros, de contaminación medioambiental y de políticas migratorias.

Por su parte, nuestra *safety* incluiría las exigencias de seguridad técnica de la aeronave en cuestión, las que puedan tener consecuencias para el interés público en general y las que persigan evitar los accidentes o incidentes.

En lo que respecta a las aeronaves no tripuladas y su operación e integración segura en espacio aéreo no segregado (pero también en segregado) se debe garantizar que están dotadas de los mismos niveles de seguridad que las aeronaves convencionales operadas y tripuladas a bordo por pilotos y para asegurar así que no suponen un peligro para la seguridad del tráfico aéreo de las aeronaves operadas convencionalmente ni para las personas y bienes en tierra. Pero además, es necesario que puedan cumplir con las Reglas del Aire y que se produzca un desarrollo normativo específico que permita contar con Normas y Métodos Recomendados de la OACI (*Standards and Recommended Practices, SARP's*) específicos para los UAS y sus sistemas de soporte. Estas premisas de integración incluyen las exigencias necesarias en términos de cer-

[13] LÓPEZ QUIROGA, J. «La seguridad aérea y la inspección aeronáutica civil» en MENÉNDEZ, A. (DIRECTOR) Régimen jurídico del transporte aéreo, Madrid: Thomson Civitas, 2005 pág. 544 a 580.

tificación de la aeronavegabilidad, interacción con los servicios de tráfico aéreo, interacción con otras aeronaves en el espacio aéreo y certificación de las tripulaciones[14].

## 4. RPAS CIVILES MARCO JURÍDICO NACIONAL ACTUAL Y PREVISIBLE

### 4.1. Futura legislación

En virtud de la excepción incluida en el Reglamento 216/2008, es competencia regulatoria nacional la certificación de la seguridad de las aeronaves, control del diseño, producción, mantenimiento y operación de productos, componentes y equipos aeronáuticos correspondientes a las aeronaves no pilotadas con una masa operativa no superior a 150 kg.

Ello supone que compete a AESA la preparación de la normativa nacional correspondiente, tarea a la que ha dado comienzo hace ya algunos meses, convocando, por dos veces a la comunidad española relacionada con el sector de RPAS a sendas jornadas en las que se han discutido las bases de los supondrá la futura regulación nacional en esta materia[15]. El borrador de Real Decreto en preparación, por lo que ha desvelado AESA, regulará dos grandes bloques correspondientes a las condiciones de acceso al espacio aéreo (que incluirá todas las aeronaves, incluidas las aeronaves de Estado y con la única excepción de los aeromodelos[16], siempre que sean pilotadas a distancia y por el momento, para la navegación en espacio aéreo segregado) y las condiciones de acceso a la propia actividad.

### 4.2. Legislación transitoria

No obstante la preparación de la nueva legislación que regulará estos aspectos, AESA, acuciada por la presión del sector, los avances legislativos en otros países y la necesidad de establecer un marco jurídico que permita la operación en condiciones de seguridad y su control, ha adoptado muy recientemente, normativa de carácter transitorio, que permitirá al sector desarrollar determinadas actividades hasta tanto se apruebe el marco jurídico definitivo.

---

[14] Como se indica ampliamente en Guerrero Lebrón , M. J., Cuerno Rejado , C., Márquez Lobillo, P.: «Aeronaves no tripuladas…» Op. Cit, pág 75. de acuerdo lo exigido por diferentes organismos con responsabilidades en materia de aeronavegabilidad, será necesario que: (i) los UAS alcancen niveles de seguridad equivalentes, desde el punto de vista de la aeronavegabilidad, a los de las aeronaves convencionales; (ii) las operaciones de los UAS no incrementen el riesgo al resto de los usuarios del espacio aéreo no segregado, ni a terceras partes; (iii) utilicen los mismos procedimientos ATM (Air *Traffic Management)* y las mismas Reglas de Vuelo que el resto de usuarios del espacio aéreo; y, (iv) sean vistos por los controladores del espacio aéreo y por los otros usuarios del espacio aéreo.

[15] Talleres convocados por AESA y celebrados, respectivamente el 30 de mayo de 2013 y entre el 28-30 de enero de 2014 y que, no casualmente, se llamaron "para la comunidad española de RPAS".

[16] Los Aeromodelos son aerodinos destinado al uso recreativo, a usos deportivos o científicos.

El Real Decreto Legislativo 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia ha incorporado una sección completa dedicada a las Aeronaves civiles pilotadas por control remoto. En ella fijan las condiciones de explotación de RPAS para la realización de trabajos técnicos o científicos, operaciones especializadas, vuelos de prueba (de producción, mantenimiento, demostración, para investigación), de desarrollo de nuevos productos o para demostrar la seguridad de las operaciones de trabajos técnicos o científicos.

Se aborda exclusivamente la operación de aeronaves civiles pilotadas por control remoto de peso inferior a los 150 Kg y aquellas de peso superior destinadas a la realización de actividades de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento, dado que, en general, el resto estarían sujetas a la normativa de la Unión Europea.

Se trata de condiciones de aplicación con carácter temporal y dependiendo del masa al despegue de la RPA correspondiente, contemplan la doble posibilidad de someter la realización de la actividad a una comunicación previa (por debajo de 25kg MTOM) o a una autorización (por encima de 25 kg MTOM).

El Real Decreto-ley atribuye a los Ministerios de Defensa y Fomento la competencia conjunta en materia de política y estrategia para la estructuración y gestión del espacio aéreo, así como la adopción de las medidas específicas en este ámbito. Al Ministerio de Fomento para la circulación aérea general (situaciones de crisis ordinarias como fenómenos naturales), reservando al Ministerio de Defensa las competencias sobre la materia en situaciones extraordinarias o de emergencia (declaradas por el Presidente del Gobierno o el Ministerio de Defensa).

## 5. LEGISLACIÓN ACTUAL RESPECTO OPERACIÓN DE RPAS MILITARES

Como sabemos, conforme a lo previsto por la LSA, le corresponde al Ministerio de Defensa el control de la circulación aérea operativa, con sus propios centros operativos y con una red de instalaciones que se coordinan con los de AENA. En el ámbito nacional, en desarrollo de la LNA, se aprobó el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa que constituye el marco legal de la circulación aérea operativa.

Adelantándose al ritmo de regulación de la normativa que fija la operación re RPAS civiles, el legislador aprobó un conjunto de normas que regulan la operación de sistemas de navegación no tripuladas militares. Se trata de: (i) la Orden PRE/1366/2010, de 20 de mayo, viene a modificar el Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Circulación Aérea Operativa que define por primera vez los conceptos de vehículos y sistemas aéreos no tripulados (UAV/UAS) y asigna al Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, como autoridad militar, la competencia para la autorización de las operaciones de los UAV/UAS militares, en el ámbito del Ministerio de Defensa, dentro de espacios aéreos segregados; (ii) la Resolución 320/114772011

que, en relación con la catalogación de los UAVs, utiliza el sistema OTAN de catalogación, y adopta los acuerdos OTAN de normalización reguladores del sistema OTAN de Catalogación, los llamados *Standarization Agreements* (STANAG); y (iii) la Orden Ministerial 18/2012, de 16 de marzo, por la que se establece la aptitud y se crea el título de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados para los miembros de las Fuerzas Armadas. El objeto de esta Orden Ministerial la regulación de: (a) aptitud de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados (DUO); (b) el título aeronáutico que lo acredita; (c) el desarrollo de las normas generales para la concesión, convalidación, revalidación, renovación, ampliación y anulación de las correspondientes tarjetas de aptitud; y, (d) la determinación del centro docente militar responsable de la impartición de los cursos a superar. La Dirección de Enseñanza del Ejército del Aire acreditará la aptitud de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados y la obtención del título mediante la expedición de las correspondientes tarjetas de aptitud a los miembros de las Fuerzas Armadas que reúnan los requisitos establecidos.

## 6. OTROS ÁMBITOS NORMATIVOS ADEMÁS DEL OPERACIONAL

La disposición de aplicación transitoria comentada más arriba para la operación de RPAS civiles y la normativa que regula la operaciones de las militares no eximen al correspondiente operador de un RPA del cumplimiento de cualquier normativa que resulte de aplicación.

Algunos de los aspectos que requerirán, sin duda, una regulación específica serán la normativa de la privacidad y protección de datos personales y tomas de imagen, la responsabilidad por daños y el uso del espectro radioeléctrico como se apunta más adelante.

### (i) privacidad, protección de datos personales y derecho a la imagen

Al igual que en otros ámbitos normativos, el marco legal del que ha de partirse es el que regula la privacidad de la información y protección de datos personales, y la privacidad de la propiedad privada y de la propia imagen[17]. No obstante, de nuevo se plantean problemas en cuanto a aplicabilidad a la operación de los RPAS una de cuyas aplicaciones más generalizadas en el ámbito civil es, precisamente, la toma de imágenes y recogida de datos. En principio, las reglas tuitivas de los datos e imagen personales que se incluyen en la normativa en vigor, deben serlo igualmente a los sistemas RPA, incorporando a la legis-

[17] Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos, El Convenio para la protección de las personas respecto al tratamiento de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981y el Reglamento Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos..

lación vigente aquellos ajustes que pudieran resultar oportunos como consecuencia de las particularidades tecnológicas de los RPAS[18].

### (ii) la responsabilidad en la operación y su aseguramiento

Teniendo presente que los RPAS han sido definidos y calificados de aeronaves, en la actualidad resultan de aplicación en cuanto a su régimen de responsabilidad por accidentes e incidentes, a las extranjeras, el Convenio de Roma, de 7 de octubre de 1952, sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras y, a las nacionales, los artículos correspondientes de la Ley de Navegación Aérea. La aplicación de estas normas a los RPAS plantea problemas de diversa índole, como han puesto de relieve las profesoras Guerrero Lebrón, Cuerno Rejado y Márquez Lobillo[19]. En todo caso, resultará crítico revisar asimismo la normativa de seguros para que permita la aseguramiento en términos competitivos de la operación de estos sistemas y vehículos.

### (iii) uso del espacio radioeléctrico

Como es sabido, los sistemas aéreos no tripulados están formados por varios elementos que incluyen la propia aeronave no tripulada, la estación de control en tierra y otros elementos necesarios para permitir el vuelo, como son la estación de enlace de comunicaciones o el sistema de lanzamiento y recuperación.

El enlace de comunicaciones entre el UAV y la estación remota puede exigir el uso del dominio público radioeléctrico. En ese caso, La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), aplicable en lo que se refiere al necesario uso del dominio público radioeléctrico, considera uso especial de ese dominio el que se lleve a cabo en las bandas, sub bandas y frecuencias que se señalen como de uso compartido, sin exclusión de terceros, y no considerado como de uso común, por radioaficionados o para fines de mero entretenimiento u ocio sin contenido económico, como los de la banda ciudadana.

## 7. AMENAZAS EN MATERIA DE INFRAESTRUCTURAS CRÍTICAS

Como sabemos, las infraestructuras críticas, reguladas por la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, son las infraestructuras estratégicas (es decir, aquellas que proporcionan servicios esenciales) cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alterna-

[18] En este sentido, resulta muy interesante la propuesta realizada por la asociación australiana de operadores de UAVS (ACUO, *Australian Certified UAV Operators*) en http://www.uasvision.com/2014/03/17/australia-moves-on-commercial-uas-privacy-legislation/.

[19] Ampliamente tratados en "Aeronaves no Tripuladas…." Op. Cit. Pág. 87 y ss.

tivas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales.

Amenazadas por múltiples riesgos (entre los más recientes, todos los que tienen origen en ciberataques), nunca las infraestructuras han sido tan importantes y tan trascendentales para el normal funcionamiento de los servicios para la población y de los principales sistemas de producción como lo son ahora. Pues bien, los RPAS en su condición de aeronaves, que pueden producir incidentes físicos en instalaciones pertenecientes a algunos de los sectores que disponen de infraestructuras críticas como son la Administración, los sectores del agua, alimentación, energía, espacio, industria química, industria nuclear, instalaciones de investigación, salud, sistema financiero y tributario, tecnologías de la información y las comunicaciones y transporte. Está por ver si algunos de estos aspectos serán merecedores de una normativa específica relacionada con las aeronaves pilotadas por control remoto.

Si llegaran a cumplirse las expectativas de crecimiento de los vehículos y sistemas no tripulados o tripulados por control remoto a las que hacíamos referencia al comienzo de estas notas, es fácilmente imaginable un entorno futuro en el que éstos serían más numerosos que los sistemas controlados y navegados por pilotos. Lo cierto es que existen ya muy avanzados prototipos de este tipo de vehículos no tripulados o tripulados por sistemas remotos para la navegación submarina y terrestre. Parece pues que estos vehículos están llamados a desempeñar una función muy importante en un futuro no muy lejano. Pero por muy numerosos y novedosos que resulten estos sistemas, está claro que su proliferación dependerá de la evolución de la tecnología para obtener soluciones que permitan garantizar condiciones de navegación equiparables a las de sus equivalentes tripulados de forma convencional.

## BIBLIOGRAFÍA

*ABEYRATNE, R.: «Unmanned aircraft systems: The civil aviation (revised) perspective», European Transport Law 2011, págs. 239-260.*

*ACEDFÉLEZ, E.: «Drones: una nueva era de la vigilancia y la privacidad»,* Red Seguridad. Revista especializada en protección de datos, informática y comunicaciones, *núm. 60, marzo 2013, pp. 48 y 49 (disponible en http://www.redseguridad.com/revistas/red/060/ index.html?#/6/*).

*BRANDENBURG INSTITUTE FOR SOCIETY AND SECURITY.* «Unmanned Aircraft Systems for Civilian Mission». BIGS Policy Paper No.1/February 2012

CANTWELL, H. R .«The Costs of Remotely PilotedForeign Policy», *Joint Force Quarterly, NDU Press,*núm. 68, 1st quarter 2013.

DE ALVEAR TRENOR, I.: «Aproximación al régimen actual y futuro de los vehículos aéreos no tripulados», *Diario La Ley*, núm. 7.924, 17 de septiembre de 2012.

*ETZIONI, A.* «Unmanned Aircraft Systems: The Moral and Legal Case»,*Joint Force Quarterly, NDU Press,*núm. 57, 2nd quarter 2010.

*EUROPEAN RPAS STEERING GROUP:* Roadmap for the integration of civil Remotely-Piloted Aircraft Systems into the European Aviation System. Report from the European RPAs Steering Group, *June 2013.*

*EUROCAE: UAS /RPAS Airworthiness certification "1309"* System Safety Objectives and Assessment Criteria. Reportfromthe EUROCAE WorkingGroup 73,*July 2013.*

*GÓMEZ PUENTE, M.:* Derecho administrativo aeronáutico, *Madrid, 2006.*

GUERRERO LEBRÓN, M. J.: «Incidencia del 11 de septiembre en el Derecho aeronáutico»,*EuropeanTransportLaw,* vol. XXXIX, núm. 5, 2004.

—, «La evolución del régimen de responsabilidad extracontractual del transportista aéreo: apuntes sobre los nuevos convenios por riesgos generales y por actos de interferencia ilícita que involucren a aeronaves», *Revista de Derecho del Transporte Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal,* núm. 3, 2009.

—, «El Convenio de Ciudad del Cabo. Un Registro Electrónico Internacional como paso previo a la armonización del régimen de las garantías mobiliarias», en VV.AA., *Derecho del Sistema Financiero y Tecnología* (dir.) A. Madrid Parra (coords) M.ª J. Guerrero Lebrón , y A. Pérez Rodríguez , Madrid, 2010.

GUERRERO LEBRÓN, M. J., CUERNO REJADO , C., MÁRQUEZ LOBILLO, P.: «Aeronaves no tripuladas: Estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado», *Revista de Derecho del Transporte,* núm. 12, 2013, págs. 63-106.

KILCULLEN, D., MCDONALD, E. «Death from above, outrage down below», *New York Times,*May 17, 2009.

LÓPEZ QUIROGA, J. «La seguridad aérea y la inspección aeronáutica civil» en Menéndez, A. (Director) *Régimen jurídico del transporte aéreo,* Madrid: Thomson Civitas, *2005* pág. 544 a 580.

MARSHALL, D.: «Unmanned Aerial Systems and International Civil Aviation Organization Regulation», *North Dakota Law Review,* vol. 85.

MENÉNDEZ, A. «La Regulación de la industria aeronáutica y del transporte aéreo en el actual marco social y económico. Más competencia, más calidad, más seguridad, más medioambiente» en Menéndez, A. (Director) *Régimen jurídico del transporte aéreo,* Madrid: Thomson Civitas, *2005* pág. 31 a 44.

MAYER,J.: «The Predator War»,*The New Yorker, October, 26, 2009*.

*ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL:* Circular 328. Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS), *2011.*

PETERSON: «The UAV and the Current and Future Regulatory Construct for Integration into the National Airspace System», *Journal of Air Law and Commerce,* 2006.

POZO SERRANO, P.: «*La utilización de drones en los conflictos actuales: una perspectiva del Derecho Internacional*», Instituto Español de Estudios Estratégicos, ieee.es, *documento de opinión núm. 37/2011*.

RAPP, J. C.: «Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Arising From Domestic Law Enforcement Employment Of Unmanned Aerial Systems », *North Dakota Law Review,* vol. 85.

RAVICH, T.: «The Integration of Unmanned aerial Vehicles into the National Airspace», *North Dakota Law Review,* vol. 85, 2009.

RUIZ, F. «*La importancia de los RPAS/UAS para la Unión Europea*», Instituto Español de Estudios Estratégicos, ieee.es, *documento de opinión núm. 78/2013*.

SISTEMA DE OBSERVACIÓN PROSPECTIVA TECNOLÓGICA, SOPT, OBSERVATORIO TECNOLÓGICO DE UAVS, ROBÓTICA Y SISTEMAS AÉREOS.: «*Unmanned Aircraft System*, agosto 2009

SÁNCHEZ GÓMEZ, R. E.: «Sistemas aéreos no tripulados y Espacio Aéreo en Europa. Una combinación estratégica», *Instituto Español de Estudios Estratégicos,* 2011.

THURNHER, J.: «Legal implications of fully autonomous targeting»,»,*Joint Force Quarterly, NDU Press,* núm. 67, 4thquarter 2012.

WORTHS, R.: «Drone Strikes' Risks to get rare moments in the public eye»,*The New York Times,* February 5, 2013.

# III.
# EL ESPIONAJE

# CIBERESPIONAJE Y DERECHO INTERNACIONAL

Mario Lanz Raggio

*Comandante Auditor del Cuerpo Jurídico Militar*
*Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa*

Mª del Valle López Alfranca

*Comandante Auditor del Cuerpo Jurídico Militar*
*Gabinete técnico de la Subsecretaría de Defensa*

## 1. INTRODUCCIÓN

> *"The fact spying on other countries violates their law is far different from the assertion that the activity itself is illegal, as if some skulking shame of criminality were attached to the enterprise. Our spies are patriots"*[1]

Las Tecnologías de la Información y el Conocimiento (TIC) han originado una revolución de alcance aun inopinado [2] que ha traído consigo el nacimiento de la denominada sociedad de la información y del conocimiento. En la actualidad el ciberespacio es un punto de encuentro para millones de personas[3], en el que todo está in-

[1] Comandante D. Scott, R "*Territorialy Intrusive Intelligence Collection and International Law* 46 Air Force L Review 217,218 (1999).

[2] Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Estrategia de Ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro Bruselas, 7.2.2013 JOIN(2013) 1 final, disponible en http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/com_join(2013)0001_/com_join(2013)0001_es.pdf (consultado el 9/07/2014).

[3] Cuando una persona se conecta a Internet y visita una web, está facilitando una serie de datos como la dirección IP, el navegador sistema operativo, etc. Estos datos no afectan a la intimidad, pero en ocasiones se consigue identificar el nombre y apellido del internauta mediante la *geolocation,* se localizaba la situación geográfica del usuario de Internet .Existe una página, que va mostrando al visitante todos estos datos tan solo recogiendo la información que guarda el servidor www.iec.CSIC.es/criptonomicon.

terconectado[4] y, además, se emplea a nivel mundial para la gestión de casi cualquier actividad. Sin embargo, lo que a priori auguraba iba a ser de una gran utilidad en términos de eficiencia, tiene como contrapartida que cuanto más dependa una sociedad de esa tecnología, resulta más vulnerable[5].

Los riesgos estratégicos[6] ya no provienen únicamente de juegos de *hackers*[7] adolescentes, sino de activistas ideológicos, de otros Estados, de delincuentes o de terroristas, surgiendo nuevas amenazas como la ciberdelincuencia, el ciberterrorismo o la ciberguerra[8]. Por otro lado, un experto puede conseguir resultados mayores en un ataque, o más información[9] en menos tiempo del empleado tradicionalmente,

---

[4] Yahoo! contiene un sitio de subastas y el Tribunal de Grand Instance de París, presidida por el juez Jean-Jacques Gómez, en mayo de 2000 ordenó al citado portal estadounidense bloquear el acceso desde Francia a su Website norteamericana, a fin de impedir que los usuarios franceses participaran en subastas que tenían por objeto artículos relacionados con el nacionalsocialismo desde cualquiera de sus páginas, incluso las situadas fuera de Francia y del continente Europeo. El juicio giro en torno a la tecnología de la *geolocation*, la cual puede hallar donde se encuentran los usuarios individuales de Internet. Yahoo! apeló contra esta argumentando que la empresa opera un sitio de subastas con base en Francia, y que acata sus leyes locales, pero que sería técnicamente imposible impedir que usuarios franceses acudan a otros sitios de subastas Yahoo! en países donde los citados artículos no estén prohibidos. La compañía planteó ante un Tribunal de San José (EE.UU.) la posibilidad de dejar sin efecto la sentencia en los Estados Unidos y el 9 de noviembre de 2001, un juez estadounidense dictaminó que Yahoo! EE.UU. no tiene obligación alguna de acatar un fallo de un tribunal galo que le impone filtrar contenidos nazis desde su sitio de subastas.

Bensoussan, A. "Loi appliquable et juridictions competentes pour les sites Internet. Ordonnance de référé du TGI de Paris du 22 mai 2000 sur la vente d'objets nazis sur le site Yahoo" [en línea]. Marzo de 2000. Disponible en la siguiente página web: http://www.journaldunet.com/juridique/juridique15yahoo.shtml. (consultado el 9/07/2014).

[5] España es el tercer país del mundo con más ciberataques". Disponible en la siguiente página web: http://www.lavanguardia.com/tecnologia/internet/20140323/54403966000/guerra-silenciosa.htm (consultado el 10/7/2014).

[6] En el año 2013 se publica la Estrategia de Ciberseguridad Nacional la cual es otra muestra de que gobiernos y empresas son conscientes del problema que constituyen las agresiones a los sistemas de información de nuestro país. La ciberguerra no son sólo unos simples ataques, también implica sabotaje y bloqueo de sistemas, el robo de propiedad intelectual y las actividades de inteligencia sobre personas y proyectos. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/documents/20131332estrategiadeciberseguridadx.pdf

[7] Del inglés *hack* es un término con el que se denomina a una persona con grandes conocimientos en informática y telecomunicaciones y que los utiliza con un determinado objetivo, que puede o no ser ilegal. Hoy tiene una connotación negativa, porque se lo relaciona a tareas ilegales. Véase https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60961/uk-cyber-security-strategy-final.pdf (consultado el 15/07/2014).Para conocer los niveles de hackers que hay véase http://www.dailyrecord.co.uk/business/business-opinion/seven-levels-cyber-security-hacking-30894218 (consultado el15/07/2014)

[8] Véase Lloyds risk index 2013, disponible en la siguiente página web: http://www.lloyds.com/~/media/Files/News%20and%20Insight/Risk%20Insight/Risk%20Index%202013/Report/Lloyds%20Risk%20Index%202013report100713.pdf (consultado el 10/07/2014)

[9] Los programas preferidos para estas actividades son los troyanos, que son pequeños programas que a menudo llegan disfrazados en archivos adjuntos de correo electrónico, y una vez que se instalan en un sistema pueden espiar, recopilar y enviar datos sin que su dueño se percate; o permitir el control remoto de un ordenador desde otro distinto. Otra herramienta muy útil para el espionaje son los *keyloggers* que es un tipo de software malicioso Si se emplean contra las redes del Gobierno, son muy útiles para los Servicios

además esta acción se pueda realizar a distancia, con la consiguiente dificultad para identificar al responsable.

En respuesta a estas amenazas emergentes[10], se han creado diversas instituciones para velar por la seguridad[11], y además se ha incrementado la regulación civil y penal, así como los estándares y normativas de seguridad.[12]

En este trabajo vamos a centrarnos en una de esas amenazas: el ciberespionaje. A pesar de ser considerada la segunda profesión más antigua del mundo[13] el lugar del espionaje[14] en el Derecho Internacional no es fácil ya que no falta quien sostiene

---

de Inteligencia del adversario, ya que colocado en una red permite recopilar usuarios y contraseñas. También son capaces de registrar las pulsaciones de teclado de un operador, permitiendo a un ciberespía leer el texto escrito, ya sea un programa, un correo electrónico, etc.

[10] Véase la lista de páginas web con contenidos sobre grupos terroristas, en: http://www.infotoday.com/ searcher/nov08/Piper.shtml (consultado el 8/07/2014)

[11] El CCN-CERT (Capacidad de Respuesta a Incidentes de Seguridad de la Información del Centro Criptológico Nacional) con responsabilidad en ciberataques sobre sistemas clasificados y sobre sistemas de la Administración y de empresas pertenecientes a sectores designados como estratégicos; el CNPIC (Centro Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas) que es el órgano encargado de impulsar, coordinar y supervisar todas las actividades que tiene encomendadas la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en relación con la protección de las infraestructuras críticas españolas; INTECO (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A,) que a través de una red de relaciones y alianzas asegura la coordinación con los diferentes equipos de seguridad, las Administraciones Públicas y el resto de organismos con competencias en ciberseguridad; COSDEF (Centro de Operaciones de Seguridad de la Información del Ministerio de Defensa) que presta servicios de seguridad sobre los sistemas de información y telecomunicaciones de Propósito General del Ministerio de Defensa), entre otros.

[12] De Salvador Carrasco, L., *"Los problemas estructurales en el planteamiento de la ciberseguridad"*, Documento Marco, IEEE.ES 09/2014, 3 de julio de 2014, p. 3 " Una revisión de los incidentes de seguridad que se hicieron públicos durante el año 2013 resulta demoledora: se produjeron en las más importantes redes sociales, servicios de chat, dispositivos móviles, agencias aeroespaciales, sistemas gubernamentales civiles y militares de cualquier país, hospitales, universidades, centros financieros, de tarjetas de crédito, afectaron a millones de usuarios de todas clases, a datos personales, sensibles, contenidos de la comunicación, información secreta, al tráfico de internet, etc. Las causas fueron de todo tipo: negligencias, guerras comerciales, políticas, espionaje, mafias, gobiernos o simplemente gamberros. Por supuesto, no son conocidas las brechas no publicitadas; ni las actividades de la guerra cibernética; ni los miles de casos de acoso; ni los incidentes causados por fenómenos naturales, imprudencias o por la captura sistemática de datos a través de tecnologías como las cookies, etc. Las entidades en general, y las empresas en particular, constatan cómo cada año los incidentes de seguridad son más numerosos, más agresivos, con mayor impacto en sus activos o en los de los ciudadanos"

Véase el Informe de Amenazas CCN-CERT IA-21/13 que puede descargarse en el portal del CERT Gubernamental: www.ccn-cert.cni.es

[13] El estratega militar chino Sun Tzu da la primera exposición conocida del espionaje en la guerra y los asuntos de Estado en torno a 500 a.C. en su famosa obra, "El Arte de la Guerra". Véase también http://www.answers.com/topic/espionage-and-intelligence-early-historical-foundations (consultado el 15/07/2014) y "Encyclopedia of Intelligence and Counter-Intelligence" xv (Rodney P. Carlisle ed., 2005).

[14] Artículo 29 del Reglamento de la Guerra Terrestre, anejo al Convenio II de la Haya de 1899: "No se puede considerar como espía mas que al individuo que obrando clandestinamente o con pretextos falsos, recoge o trata de recoger informes en la zona de operaciones de un beligerante con la intención de comunicarlos a la parte contraria".

[15]que, siendo una práctica habitual de los Estados espiarse unos a otros, dicha actividad debe de ser considerada ajustada al ordenamiento jurídico internacional.

Esta dificultad se incrementa considerablemente si nos referimos al cibespionaje y a su relación con el Derecho Internacional. En este trabajo vamos a realizar una aproximación a los problemas que se plantean, ya que, cuando la sociedad en general se involucra en un nuevo ambiente, como sucede en el caso que estamos examinando con la tecnología, el derecho *tiene que ponerse al día.* Eso no debe sorprender, ya que nadie dicta normas para regular algo que no existe. Lo contrario sería algo así como pretender crear el Derecho Aeronáutico antes que se inventasen las aeronaves.

## 2. ESPIONAJE Y CIBERESPIONAJE

### 2.1. El espionaje en tiempo de paz en el Derecho Internacional

La actividad del espionaje, con el desarrollo de internet, ha experimentado un importante cambio, dando lugar a una *época dorada del espionaje*. Con el ciberespionaje[16] se han reducido significativamente los riesgos tanto de los servicios de inteligencia como de su personal[17], permitiendo además la externalización a gran escala de

[15] Baker, Christopher D. "Tolerance of International Espionage: A Functional Approach." American University International Law Review 19,no. 5 (2003): 1091-1113, disponible en http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol19/iss5/2/.

[16] Véase "SHADOWS IN THE CLOUD" disponible en http://shadows-in-the-cloud.net Investigating Cyber Espionage 2.0

[17] "La Asociación de Internautas ha presentado un amplio informe al Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la seguridad de las cámaras de vigilancia conectadas a Internet" El responsable de seguridad de dicha asociación accedió a cámaras de seguridad de centros comerciales, multinacionales, e incluso a alguna instalación de las Fuerzas de Seguridad del Estado. Sólo el 20% de las cámaras comprobadas resultaron seguras. Para acceder a esas cámaras es suficiente conocer las marcas de las mismas y determinados puertos para que el navegador de Internet, a través de un buscador como Google, abra identificadores que conectan con cámaras de todo el mundo. Otra forma consiste en comprobar direcciones IP vinculadas a cámaras de vigilancia de forma aleatoria. Si la seguridad es deficiente, basta con pulsar en ellas con el ratón. Así pues se puede observar desde un ordenador particular lo que estas cámaras no seguras ven, lo cual supone un potencial enorme para el espionaje, al poder servirse de ellas para vigilar lo que ocurre dentro de domicilios, diferentes tipos de locales e instalaciones, o cualquier otra cosa que se desee investigar. Véase http://www.internautas.org/html/5171.htm (consultado el 11/08/2014)

Otro sistema que facilita el espionaje actualmente es la denominada *ingeniería social* que consiste una serie de técnicas que usan los criminales para manipular a sus víctimas con el fin de obtener información confidencial o para convencerlos de realizar algún tipo de acción que comprometa su sistema. Aunque parezca que hay una gran distancia entre la psicología y el cibercrimen, la realidad es que ambos se basan en los mismos principios. El deseo de toda persona de reciprocidad (si te hago un favor espero que tú me hagas otro), de aprobación social (confiamos en los juicios de la mayoría), de autoridad (confianza en la policía, un médico, un técnico…) etcétera son mecanismos universales para entendernos con otros seres humanos. Un ingeniero social inventa un contexto o una historia totalmente creíble que les permite controlar la interacción con la víctima. Muchas muestras de malware utilizan la ingeniería social para colocar la carga maliciosa en el sistema de la víctima. Entre los trucos más populares se encuentran las actualizaciones falsas de Flash Player, los archivos ejecutables incrustados en documentos Word y las copias de

las actividades[18] de inteligencia con unas posibilidades desconocidas hasta ahora en términos de facilidad, rapidez, y con el mínimo coste en la recogida de información, así como en la cantidad y calidad de los datos recopilados.[19]

El ciberespionaje está recibiendo mucha atención debido, tanto a que la opinión pública tiene acceso a información sobre alguna de las principales operaciones de espionaje,[20] como también a las revelaciones sobre unos supuestos programas de vigilancia de masas, como en el caso de los Estados Unidos que empleó 'PRISM' o 'informante sin límites'[21], que implicaba además la cooperación con los líderes del mercado como Microsoft, Apple, Google, Facebook, o Yahoo.[22]

---

baja calidad de navegadores legítimos como Internet Explorer .Véase http://blog.kaspersky.es/ingenieria-social-hackeando-a-personas/(consultado el 25/06/2014).

[18] "oficina de la ONU dijo poseer pruebas sobre complicidad del sector privado en espionaje los estados ocultan su espionaje digital, dice ONU". Disponible en: http://72.32.232.233/index.php/internacional/internacional/europa/199190-los-estados-ocultan-su-espionaje-digital-dice-onu-.(consultado el 25/06/2014).

[19] Véase WikiLeaks, 'Spyfiles' <http://wikileaks.org/spyfiles3.html> (contiene 249 documentos de 92 contratistas de inteligencia mundiales). (consultado el 13/07/2014).

[20] La operación *GhostNet* fue descubierta en 2009 y se dice que se infiltraron con éxito en los sistemas informáticos de embajadas, ministerios de asuntos exteriores y otras oficinas gubernamentales de 103 países, 'Tracking GhostNet: Investigating a Cyber Espionage Network' (Infowar Monitor Report, 29 March 2009)) http://de.scribd.com/doc/13731776/Tracking-GhostNet-Investigating-a-Cyber Espionage-Network. (consultado el 25/06/2014).

En lo que se refiere a *Shady RAT* entre 2005 y 2011 esta herramienta de acceso remoto fue dirigida a más de 70 empresas internacionales, los gobiernos y organizaciones sin fines de lucro. Vease Dimitri Alperovitch, 'Revealed: Operation Shady RAT (White Paper, McAfee2011) http://www.mcafee.com/us/resources/white-papers/wp-operation-shady-rat.pdf(consultado el 25/06/2014).

Flame estuvo activo entre 2010 y 2012 y estaba destinada a organizaciones gubernamentales, instituciones educativas y particulares en Israel, Palestina, Sudán, Siria, Líbano, Arabia Saudita y Egipto, y sobre todo en Irán. Ver al respecto, Damien McElroy y Christopher Williams '"Flame: World's Most Complex Computer Virus Exposed' The Daily Telegraph (28 May 2012), disponible en la página web: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/iran/9295938/Flame-worlds-most-complex-computer-virus-exposed.html.(consultado el 25/06/2014).

*Red october* intenta robar datos importantes de las agencias gubernamentales que pertenecen a los países post-soviéticos o Asia oriental Vease Kaspersky, '"Red October" Diplomatic y SECURELIST (artículo de 14 de enero de 2013)"Red October" Diplomatic Cyber Attacks Investigation". Disponible en la siguiente página web: https://www.google.es/#q=http:%2F%2Fwww.securelist.com%2Fen%2Fanalysis%2F204792262%2F+Red_October_Diplomatic_Cyber_Attacks_Investigation%3E%3B (consultado el 25/06/2014).

[21] 'Glenn Greenwald and Ewen MacAskill "Boundless Informant: the NSA's secret tool to track global surveillance data" http://www.theguardian.com/world/2013/jun/08/nsa-boundless-informant-global-datamining). (consultado el 25/06/2014).

Barton Gellman and Laura Poitras, 'U.S., British intelligence mining data from nine U.S. Internet companies in broad secret program' The Washington Post (7 June 2013). En: http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html. (consultado el 25/0672014).

[22] También ha causado gran revuelo la aprobación por el Congreso de EE. UU de la Cyber Intelligence Sharing and Protection Act o HR-3523, conocido como CISPA, que es un proyecto de ley de los Estados Unidos que permite el intercambio de información de tráfico de Internet entre el gobierno de EE.UU. y cierta tecnología y las empresas de manufactura. El objetivo declarado del proyecto es ayudar al gobierno estadounidense a investigar las amenazas cibernéticas y garantizar la seguridad de las redes contra los ataques cibernéticos. El Proyecto otorga al Ejecutivo la capacidad de permitir a autoridades y compañías privadas espiar las comunicaciones privadas. La razón principal, es la defensa contra el terrorismo, así como asegurar las patentes y derechos de autorn. El texto reconoce que el intercambio de información pública y privada "en el marco de amenazas de

Una de las primeras cuestiones que se plantean es si el espionaje en tiempo de paz[23] es o no ilegítimo, para el Derecho Internacional.[24] Los argumentos para considerar como ilegal el espionaje es que dichas actividades están penadas por los principales sistemas de derecho interno.[25]

Otro argumento ofrecido a favor de la ilegalidad de espionaje es la afirmación de que viola la integridad y la independencia política territorial de otros Estados basada en el artículo 2,4 de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales.[26]

Hay incluso autores que ampliando de forma incorrecta la definición de espionaje consideran como tal la 'ayuda militar encubierta', y sostienen que el espionaje se violaría el principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados[27].

Las disposiciones del Derecho Internacional que regulan la privacidad y el secreto de la correspondencia[28] no establecen ninguna prohibición expresa al espionaje esta-

---

ciberseguridad" tendrá que garantizar la "privacidad y confidencialidad de datos" Se reconoce la "naturaleza civil" de internet y considera que la seguridad en la misma y la privacidad no son excluyentes.

[23] En relación con el espionaje en tiempo de guerra., y el trato a los espías véase Chesterman, S. "The spy who came in from the cold war: intelligence and international law" pag 1078 y ss. . Disponible en la siguiente página web: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/pais/people/aldrich/vigilant/v27n4chesterman.pdf(consultado el 16708/2014) y Domenech Omedas, J. L. "Los sujetos combatientes" Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant, monografías 225.(pag 206).

[24] En nuestro derecho interno véase el Título I "Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional" del libro II del Código Penal Militar y el Título XXIII "De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional del Código Penal."

[25] Forcese,C "Spies Without Borders" International Law and Intelligence Collection(2011) disponible en http://jnslp.com/wp-content/uploads/2011/06/05_Forceses.pdf (consultado el 13/08/2014)

[26] WrighT Q, Espionage and the Doctrine of Non-Intervention in Internal Affairs' in Roland J Stanger (ed), Essays on Espionage and International Law (Ohio State University Press 1962). Disponible en la siguiente página web: http://archive.org/stream/essaysonespionag00stanrich/essaysonespionag00stanrich_djvu.txthttp://jnslp.com/wp-content/uploads/2011/06/05_Forceses.pdf (consultado el 13/08/2014)

[27] Gill,, T,D. " Non-Intervention in the Cyber Context "Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, NATO CCD COE Publication, Tallinn 2013" p 217 y ss.

[28] La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 12, establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques .En términos muy parecidos lo recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en su artículo 17 y se aplica, de conformidad con Artículo 2 (1) a los individuos que estén dentro del territorio del Estado y estén sujetos a su jurisdicción.

Esa previsión de que el ámbito de aplicación son las personas sujetas a la jurisdicción del estado aparece recogida en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos de 1950 (artículo 1), en el artículo 11 (2) de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969; artículo 1 (1) y el artículo 2 de la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004.

El artículo 18 (b) de la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam ,también conocida como Declaración de El Cairo (1990), habla de vida privada y el secreto de la correspondencia; pero, solo como una "orientación general para los Estados miembros »(párrafo 6 del Preámbulo).

Sorprende que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, o "Carta de Banjul", no recoge dichos derechos.

tal, y por otra parte ninguno de los citados derechos es absoluto, y es admisible[29] que la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones cedan paso, dentro de las reglas legales de una sociedad democrática, a intereses colectivos, pero, las limitaciones a las actividades de espionaje que lleva a cabo un Estado en su propio territorio tienen lugar en virtud de sus leyes nacionales y no las establece el Derecho Internacional Público.

En relación al espionaje económico[30] las normas internacionales en materia de protección de los derechos de propiedad no contienen tampoco una prohibición expresa del mismo [31].

---

El artículo 37 (1) de la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones de 1992, dice que los Estados miembros adoptarán todas las posibles medidas de 'garantizar el secreto de la correspondencia internacional', pero dentro de su propio territorio o área bajo jurisdicción.

[29] Artículo 8.1 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[30] El espionaje industrial, espionaje económico o espionaje corporativo son formas de espionaje realizado con fines comerciales en lugar de fines de seguridad. El espionaje económico se lleva a cabo orquestada por los gobiernos y es de alcance internacional, mientras que el espionaje industrial o corporativo es más a menudo nacionales y se produce entre las empresas o corporaciones." Por otro lado la inteligencia competitiva es la actividad de la recolección sistemática, análisis y gestión de la información sobre los competidores industriales.

La diferencia entre la inteligencia competitiva y espionaje económico e industrial no es clara ya que a veces es muy difícil distinguir la diferencia entre los métodos legales e ilegales, sobre todo si se tiene en cuenta el aspecto ético de la recopilación de información. Disponible en: http://www.fbi.gov/espanol/historias/como-combatir-el-espionaje-economico- (consultado el 16/08/2014).

"El sorprendente costo del espionaje económico contra Estados Unido. El FBI estima que estos ataques le cuestan al país unos 13 mil millones de dólares al año". En: http://www.lagranepoca.com/29913-sorprendente-costo-del-espionaje-economico-contra-estados-unidos (consultado el 16/08/2014)

Radiografía del espionaje industrial: gobiernos, hackers y respetables consultoras - Noticias de Mundo http://bit.ly/XGTxfZ (consultado el 16/08/2014)

[31] El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 regula las patentes y marcas internacionales en su artículo 10bis (1) obliga a los Estados miembros a garantizar una protección nacional contra la "competencia desleal", sin calificar como tal el espionaje económico. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 regula las patentes y marcas internacionales en su artículo 10bis (1) obliga a los Estados miembros a garantizar una protección nacional contra la "competencia desleal", sin incluir el espionaje económico.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC o en inglés, TRIPS), es el Anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial de Comercio firmado en 1994. Dedica la Sección 7ª "protección de la información no divulgada" En el artículo 39,2.2. *Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos(10), en la medida en que dicha información:*

*a) sea secreta (….)*

*b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*

*c) haya sido objeto de medidas razonables, (…), para mantenerla secreta, (…)".*

La nota 10 dice que "*A los efectos de la presente disposición, la expresión "de manera contraria a los usos comerciales honestos" significará por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.*" no incluye pues la

Hay un interesante debate entre algunos autores en relación [32] con el espionaje realizado en ciertos "espacios comunes" ya que el ciberespacio, es un 'espacio común' y las conclusiones a las que se lleguen solo pueden ser extrapolables al ciberespionaje.

Hay quien sostiene que '*the regime of reconnaissance*[33] *[...] manifests the permissibility of espionage in outer space and on celestial bodies* "[34] Pero esas inspecciones o visitas, tanto en el caso de la Antártida como en el de la Luna no se efectúan en secreto, por el contrario, requieren una notificación previa de que van a realizarse[35] y por lo tanto la legalidad del espionaje en la Antártida o, en, o desde, el espacio exterior no se puede derivar de estas consideraciones. En relación con el espacio exterior el Acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite (INTELSAT) de 1971, y el Acuerdo Operacional de la Organización Internacional de Satélites Marítimos (INMARSAT) 1979, también afectan a las telecomunicaciones en el espacio, pero su relevancia se limita a los principios de no discriminación entre las naciones que usen los satélites.

Sin embargo, desde el avión E Lockheed U-2,[36], o la denominada Guerra de las Galaxias (Escudo Antimisiles) de la Strategic Defense Initiative (SDI)[37] del presidente Reagan, el espacio ha sido usado para propósitos militares, y es empleado habitualmente para comunicaciones militares, navegación, y guía de armas inteligentes. Hay quien afirma que los citados tratados internacionales no prohíben satélites de vigilancia y, además, ningún Estado ha realizado una protesta formal contra su uso. [38]

---

privación o copia ilegal de información. Por lo tanto ciertos tipos de información relacionadas con los derechos de propiedad intelectual, incluido el comercio secreto, podrían estar protegidos por los ADPIC, pero sólo en el sentido de que un Estado debe salvaguardar esa información dentro de su territorio pero los ADPIC no entran en juego cuando se trata del espionaje realizado por parte de un Estado extranjero.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 20 de diciembre de 1996 tampoco establece una prohibición contra el espionaje por parte de los Estados extranjeros.

[32] Chesterman; S., obra ya citada.

Mejía-Kaiser,M "Space Law and Unauthorised Cyber Activities" Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, NATO CCD COE "Publication, Tallinn 2013 pag 349

[33] El artículo VII (1) del Tratado Antártico de 1959 prevé «controles» de las estaciones, instalaciones, equipos, buques y aeronaves de los observadores nacionales en la Antártida para la verificación del cumplimiento de las disposiciones del tratado, como la prohibición de las actividades militares De manera similar, el artículo XII del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes de 1967 prevé que todas las estaciones, instalaciones, equipo y vehículos espaciales situados en la Luna y otros cuerpos celestes serán accesibles a los representantes de otros Estados Parte, sobre la base de reciprocidad.

[34] Kish,J "International law and espionaje "Martinus Nijhoff Publishers 1995 pag 114

[35] Articulo VII (1) del Tratado Antártico y Artículo XII del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

[36] http://www.air-attack.com/news/article/940/Pentagon-to-retire-U-2-spy-plane.html

[37] Véase http://www.coldwar.org/articles/80s/SDI-StarWars.asp

[38] Chesterman pag 1085.

Por su parte, la Asamblea General de la ONU[39] ha dictado, entre otras, la Resolución 1721 A y B (XVI) de 20 de diciembre de 1961 de "Cooperación internacional para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos" y en 1986 dicta la Resolución 41/65 relativa a "Los principios de teleobservación a la Tierra desde el espacio" [40] cuyo Principio XIV dice "*los Estados que utilicen satélites de teleobservación serán responsables internacionalmente de sus actividades y deberán asegurar que ellas se efectúen de conformidad con los presentes principios y con las normas del derecho internacional*" [41]

La legalidad del espionaje en alta mar, por encima del aire y los fondos marinos y su subsuelo derivaría[42] de la libertad de la alta mar prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982[43.] Sin embargo. la citada Convención contiene restricciones a las actividades de espionaje en ciertas situaciones[44]

La diplomacia y la recopilación de inteligencia siempre han ido de la mano.[45] La aparición de la diplomacia moderna en la Italia del Renacimiento se debió, entre otras razones, a la importancia de contar con agentes para servir como negociadores con las potencias extranjeras, así como para asegurar un flujo continuo de noticias a su propio gobierno. El Derecho convencional actual sobre las relaciones diplomáticas reconoce implícitamente este componente de recolección de inteligencia tradicional de

---

[39] La propia ONU participa en un programa UNOSAT, que es un programa tecnológico intensivo que ofrece análisis de imágenes y soluciones satelitales para organizaciones de ayuda y de desarrollo dentro y fuera del Sistema de las Naciones Unidas, con el fin de asistir en áreas críticas a través de ayuda humanitaria, seguridad humana y la planificación territorial estratégica y de desarrollo. http://www.unitar.org/unosat/node/44/2049?utm_source=unosatunitar&utm_medium=rss&utm_campaign=maps

[40] Los Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre se encuentran recogidos en http://www.oosa.unvienna.org/pdf/publications/st_space_11rev2S.pdf

[41] Díaz de Velasco, M. "Instituciones de Derecho Internacional Público" Editorial Tecnos S.A. 2003 dice en relación a las actividades de teleobservación que "han suscitado ciertas dificultades jurídicas y de soberanía que podríamos concretar en torno a las cuatro cuestiones siguientes :libertad de observación del territorio de cualquier Estado, autorización del Estado observado previa a la difusión de los datos, fruto de la teledetección, a terceros países; condiciones en las cuales el Estado observado puede tener acceso a los datos relativos a su territorio y responsabilidad internacional por la difusión realizada por los Estados observantes "pág. 539.

[42] Kish obra ya citada pp 104 y 109

[43] Artículo 87 (1)." La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional."

Véase Díaz de Velasco, M, obra ya citada, páginas 483 y ss.

[44] Artículo 19, 2. "Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación (…) c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;y k) "Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño".

[45] Ruiz Miguel, C. "*Servicios de inteligencia y seguridad del estado constitucional*" p 21 cita a un diplomático florentino Guicciardini "por ello, todo aquel que se halla en una posición semejante debería acostumbrarse a sí y a sus funcionarios, no solo a callar las cosas que es perjudicial que se sepan, sino incluso todas aquellas que no es útil que se publiquen".

la diplomacia, pero trata de definir unos límites dentro de lo aceptable[46]. Así, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, incluye, entre las funciones propias de una misión diplomática que se contemplan en el Artículo 5, la de *"informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas"*.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961, además de reiterar la anterior función en su artículo 3.1.c) prevé la necesaria aprobación por el Estado receptor de los agregados militares,[47] previsión ésta que trae su causa en la práctica relativamente común de haber identificado a funcionarios de inteligencia en ciertas misiones diplomáticas con fines de enlace. A lo largo de la Convención, otras disposiciones se dirigen claramente a evitar, o al menos limitar, las actividades tendentes a la obtención de inteligencia.[48]

Cuando el Estado receptor considera que un diplomático ha participado en "actividades incompatibles con su estatus diplomático" se le declara *persona non grata* y se procede a su expulsión del territorio del Estado receptor[49]. Sorprendentemente, esas declaraciones no van acompañados de declaraciones oficiales, expresando la *opinio iuris* de que el espionaje como tal es ilegal bajo para el Derecho Internacional.

Este panorama se complica por la existencia de sistemas de espionaje creados por los propios Estados u Organizaciones Internacionales.[50] Entre ellos figura el sistema "Echelon,[51] que es un sistema automatizado de interceptación global de trasmisiones,

---

[46] http://www.libertaddigital.com/mundo/la-onu-cree-ilegal-y-decepcionante-el-supuesto-espionaje-a-kofi-annan-1276216155/ ¨Para hablar de la ilegalidad de las prácticas de espionaje, Eckhard se refirió a la Convención de Privilegios e Inmunidades de la ONU de 1946, en la que declara que las "instalaciones de la ONU son inviolables". En esta Convención, que Reino Unido ratificó el 17 de septiembre del 1946, se dice que las propiedades y bienes de la ONU, estén donde estén, "son inmunes de ser investigadas, requisadas, confiscadas, expropiadas o expuestas a cualquier otra forma de interferencia, ya sea por parte de una acción ejecutiva, judicial, administrativa o legislativa".

[47] art. 7 " Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5, 8, 9 y 11, el Estado acreditante nombrará libremente al personal de la misión. En el caso de los agregados militares, navales o aéreos, el Estado receptor podrá exigir que se le sometan de antemano sus nombres, para su aprobación".

[48] El Estado receptor puede limitar el tamaño de una misión y su composición (artículo 11 ) y se requiere su consentimiento para instalar un transmisor inalámbrico(art 27) o establecer oficinas regionales,(artículo 12) la libertad de circulación de diplomáticos pueden restringirse por razones de seguridad nacional.(artículo 26) entre otras previsiones.

[49] "España expulsa a dos diplomáticos rusos por espionaje". Disponible en la siguiente página web: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_347083/1578-espana-expulsa-a-dos-diplomaticos-rusos-por-espionaje#Ttt1fpCErWUTwXfQ(consultado el 01/09/2014)

[50] Sánchez Medero, G, en su artículo "El ciberespionaje" publicado el No.13.Nueva Época. Marzo-Mayo, 2013 analiza en profundidad esos sistemas.

[51] Informe del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON) (2001/2098(INI). Disponible en la siguiente página web: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//ES (consultado el 10/08/2014). Véase también Declaración de la Comisión sobre las relaciones transatlánticas y el sistema ECHELON. Relaciones transatlánticas tras la cumbre UE-EE.UU. de 18 de mayo y utilización de técnicas de control en el ámbito de las comunicacio-

y que está controlado por la comunidad UKUSA [52](Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda), y puede capturar comunicaciones por radio ,satélite, teléfono etc de casi todo el mundo, incluyendo el análisis y clasificación de las interceptaciones. Su objetivo inicial era controlar las comunicaciones militares y diplomáticas de la Unión Soviética y sus aliados durante la Guerra Fría, y actualmente se emplea para localizar tramas terroristas y planes de narcotráfico, inteligencia política y diplomática".

En 2001, el Parlamento Europeo en el Acta de 5 de septiembre de 2001, emitió un informe en el que, tras manifestar que *"(…) no hay ninguna razón para seguir dudando de la existencia de un sistema de interceptación de las comunicaciones a nivel mundial"*, constató la existencia de un sistema de interceptación mundial de las comunicaciones, resultado de una cooperación entre los Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda y *"la finalidad del sistema es la interceptación, como mínimo, de comunicaciones privadas y comerciales, y no militares"*[53] Asombra la tibieza de esa conclusión y que no fuera acompañada de una condena o declaración alguna relativa a su ilegalidad.[54]

ENFOPOL (Enforcement Police) es el sistema de interceptación de las comunicaciones de la Unión Europea que surge como respuesta a ECHELON. ENFOPOL nació en Bruselas en 1995, como una serie de requisitos técnicos para que las operadoras de telefonía adecuasen sus sistemas, ante eventuales demandas de "pinchazos" por parte de la policía, y todo ello sin autorización ni control judicial .Entonces ENFOPOL era llamado "sistema EU-FBI" y enlazaba a diversas autoridades policiales y aduaneras,

---

nes. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2002-0148+0+DOC+XML+V0//ES(consultado el 10/08/2014).

[52] UKUSA Agreement Release1940-1956 https://www.nsa.gov/public_info/declass/ukusa.shtml (consultado el 10/08/2014)

[53] Informe del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON) (2001/2098(INI)). Disponible en la siguiente siguiente página web: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2001-0264+0+DOC+PDF+V0//ES (consultado el 10/08/2014).

[54] El Sunday Times (11 de mayo de 1998) informó que al principio de las actividades en Menwith Hill (estación de la NSA F83) en el norte de Yorkshire (Reino Unido), se les asignó la tarea de interceptar el tráfico de portador alquilado internacional (ILC), consistente, en lo fundamental, en comunicaciones comerciales ordinarias. El personal de esta instalación aumentó desde 400 en la década de los 80 hasta más de 1.400 en la actualidad, contando además con 370 personas procedentes del Ministerio de Defensa. El Sunday Times también informaba sobre acusaciones en el sentido de que se habían interceptado conversaciones entre la empresa alemana Volkswagen y General Motors, y Francia ha protestado porque Thomson-CSF, empresa francesa de electrónica perdió un contrato de 1.400 millones de dólares para el suministro a Brasil de un sistema de radar debido a que los estadounidenses interceptaron detalles de las negociaciones, que transmitieron a la empresa estadounidense Raytheon, que posteriormente obtuvo el contrato. Otra acusación es que Airbus Industrie perdió un contrato por un importe de 1.000 millones de dólares a favor de Boeing y McDonnell Douglas debido a la interceptación de información por el espionaje estadounidense. Disponible en las siguientes páginas web: http://lesarchivesdusavoirperdu.overblog.com/article-la-grande-comedie-des-ecoutes-secretes-118886366.html y en http://www.heise.de/tp/artikel/6/6382/1.html (consultado el 25/08/2014).

como el FBI, la policía, las aduanas, la inmigración y la seguridad interior. Gran parte de la documentación e investigación necesarias para sacar a la luz pública la historia, la estructura, el papel y la función del convenio UE-FBI fue facilitada por la organización Statewatch, la cual informó que la UE había acordado en secreto la creación de una red internacional de intervenciones telefónicas a través de una red secreta de comités creados de acuerdo con el "tercer pilar" del Tratado de Maastricht, que se refiere a la cooperación para la protección de la ley y el orden público. Los puntos fundamentales del plan se describen en un memorándum de acuerdo, firmado por Estados de la UE en 1995 (ENFOPOL 112 10037/95 25.10.95) y que se mantiene secreto. [55]

El espionaje, por no afectar directamente al subsistema de protección de las víctimas de la guerra no se considera por el Derecho Internacional Humanitario un medio prohibido, sino que residencia su regulación en el subsistema "conducción de hostilidades", en el que define y limita el concepto de espionaje, excluyendo su actividad hostil del resto de actividades informativas que permite realizar al combatiente.[56]

La Corte Internacional de Justicia tampoco se ha pronunciado sobre la legalidad o ilegalidad del espionaje, aunque ha tenido la oportunidad de hacerlo. En el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra el Gobierno de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)[57,] Nicaragua sólo hizo alusión a la violación de su espacio aéreo, y se consideró que los Estados Unidos de América, al dirigir o autorizar sobrevuelos sobre territorio nicaragüense, vulneró la obligación que tiene, según el Derecho Internacional consuetudinario, de no violar la soberanía de otro Estado, pero en ningún momento la Corte se refiere a la legalidad o ilegalidad del espionaje como tal. En el caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán[58] el ministro de Relaciones Exteriores iraní aludió como parte de la justificación a la entrada en la embajada estadounidense, al supuesto espionaje por parte de los diplomáticos de aquel país. El Tribunal no aceptó los alegatos como justificación de la conducta de Irán y se manifestó que debían haberse empleado los recursos que el derecho diplomático ofrece en tales casos y no la coerción. Una vez más, la Corte no se refirió a la cuestión de la legalidad o ilegalidad de espionaje en tiempos de paz.

---

[55] Según informa The Guardian (25.2.97), este documento refleja la preocupación existente en agencias europeas de espionaje en caso de que las modernas tecnologías les impidan la intervención de las comunicaciones privadas. "Los países de la UE", dice, "deberían acordar estándares internacionales de intervención establecidos a un nivel que garantizase que los organismos gubernamentales pudieran romper la codificación o mezcla de las palabras". En: http://mailman.anu.edu.au/pipermail/link/1998-January/030743.html(consultado el 25/09/2014) Véase la "Posición común CE/95, adoptada por el Consejo el 20 de febrero de 1995, DO L 281/95, Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos(consultado el 25/09/2014).

[56] Domenech Omedas, J. L. obra ya citada (pág. 206).

[57] http://web.archive.org/web/20061002115231/http://www.icjcij.org/icjwww/icases/inus/inusframe.htm y en la siguiente página web: http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r031.htm(consultado el 23/08/2014).

[58] http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/65.pdf(consultado el 23/08/2014).

El enfoque del Derecho Internacional clásico a una situación que no está, o sólo parcialmente, regulado por la ley sería la de invocar el principio básico establecido en 1927 por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el caso Lotus[59]. La Corte señaló que los estados gozan de entera discreción para establecer su jurisdicción sobre cualquier hecho, aun cuando éste ocurra en el extranjero, siempre que no exista una regla específica que lo prohíba[60], y que "el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados independientes...". Por consiguiente, las normas jurídicas que obligan a los Estados se basan en la propia voluntad de éstos, no pudiendo presumirse a priori la existencia de restricciones en la independencia de los Estados."

A falta de una regla permisiva en contra, la restricción que el Derecho Internacional impone a los Estados en el sentido de que no pueden ejercer su poder de cualquier forma en el territorio de otro Estado está por encima de todo. Sin embargo, cabe aclarar que si bien el Derecho Internacional Público regula el ejercicio del poder estatal entre Estados, dicho complejo normativo está lejos de crear una prohibición general de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la de sus tribunales a personas, propiedades y actos fuera de su territorio.

En conclusión el espionaje en tiempo de paz no está expresamente prohibido por el Derecho Internacional, cuestión diferente es que los medios utilizados para obtener acceso a los datos pueden violar el Derecho Internacional, aunque la copia de los datos en sí tampoco vulneraría el Derecho Internacional, sino el derecho interno.

### 2.2. Ciberespionaje: concepto

Es difícil encontrar una definición de ciberspionaje con el necesario nivel de especificación requerida para una evaluación legal[61] . Vamos a partir de la siguiente al considerer la que más se aproxima a dichos requerimientos:

---

[59] http://www.dipublico.com.ar/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/(consultado el 23/08/2014).

[60] [...] la primera y principal limitación que impone el derecho internacional a los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención.

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero. Una posición contraria sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre las personas, los bienes y los actos que están fuera de su territorio y si como una excepción a esta prohibición general el derecho internacional permitiera a los Estados hacerlo sólo en determinados casos. Pero, ciertamente, esto no es lo que ocurre en el derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día [...]

[61] La AJP-3.IO -ALLIED JOINT DOCTRINE FOR INFORMATION recoge el Computer Network Attack definiendolo como "Action taken to disrupt, deny, degrade or destroy information resident in a computer and/or computer network, or the computer and/or computer network itself. Note: a computer network attack

> *"Cyber espionage is the copying of data that is publicly not available and which is in wireless transmission, saved or temporarily available on IT-systems or computer networks located on the territory or area under the exclusive jurisdiction of another State by a State organ, agent, or otherwise attributable to a State, conducted secretly, under disguise or false pretences, and without the (presumed) consent or approval of the owners or operators of the targeted IT systems or computer networks or of the territorial State. Copying includes also the temporary copying of data into the random access or virtual memory of an IT-system for the purpose of mere visualization or acoustic exemplification of (e.g., voice over IP) data. The copying of data saved or temporarily available on IT-systems or computer networks located on the territory or area under exclusive jurisdiction of the copying State is covered by this definition only if the data is protected under public international law*."[62]

Como señala Ziolkowski [63,] en primer lugar, sólo se refiere al ciberespionaje llevado a cabo por los Estados, excluyéndose el espionaje llevado a cabo por, por ejemplo organizaciones. En segundo lugar, a pesar de que "inteligencia" es un concepto mucho más amplio que "espionaje" los dos términos se van a utilizar indistintamente.

### 2.3. Ciberguerra y ciberespionaje

En relación con la ciberguerra se plantean una serie de cuestiones[64], así si el consenso general es que en una guerra debería haber violencia y bajas humanas ¿Es correcto llamarlo ciberguerra? ¿Qué actividades entre individuos, estados y actores no estatales debemos llamar "guerra"? ¿Qué es un acto de guerra? Si se la llamase guerra, ¿Quiénes son los combatientes, y los no combatientes? ¿Es legítimo usar la fuerza convencional para neutralizarla, aduciendo defensa propia? ¿Es aplicable el *jus in bello* en este ámbito? En la era informática, ¿Cómo se aplican los términos usados en la Carta de Naciones Unidas de "fuerza", "agresión" o "ataque armado?¿Cómo se concilia la responsabilidad nacional y el principio de soberanía territorial con los actos y acciones en el ciberespacio, que no tiene fronteras? ¿Podría equipararse los efectos de un ataque cibernético a los de un arma de destrucción masiva? Estas consideraciones ¿Son válidas exclusivamente para acciones entre Estados, o también pueden aplicarse a actores no estatales? ¿Cuál es la responsabilidad de un Estado sobre los delincuentes y terroristas informáticos que operen desde su territorio, o que permitan que sus *servidores* sean usados de puente en un ataque informático? [65]¿Pueden implementase

---

is a type of cyber attack" (2005).disponible en http://info.publicintelligence.net/NATO-IO.pdf (consultado el 23/08/2014).

[62] Ziolkowski, K obra ya citada pag. 429.

[63] Ziolkowski, K obra ya citada pag. 430.

[64] .Vease Hathaway,O.H., Crootof,R., Levitz,P. Nix, H, Nowlan,A.. Perdue,W Spiege,J- " The law of cyberattack" (Forthcoming in the *California Law Review*, 2012.

[65] Sklerov J. M. "*Solving the dilemma of state response to cyberattacks: a justification for the use of active defenses against states who neglect their duty to prevent*" Military Law Review (volume 2001, fall 2009) sostiene que los estados pueden usar defensas activas contra estados que descuidan su deber de prevenir los ataques cibernéticos,excluyendo el ciberespionaje cuando tiene lugar dentro de sus fronteras.

controles internacionales que limite o vigilen los medios informáticos y de telecomunicaciones de los Estados, al estilo de los controles sobre las armas de destrucción masiva? Los desastres eventuales que pueden causar los ataques cibernéticos a un Estado, ya sea en guerra o en paz, han motivado que se los considere como una guerra particular. Así, habría que revisar el concepto de jus ad bellum que lo justificaría, y el jus in bello para determinar la forma de comportarse en esta guerra[66]

Este tema se complica aún más con el ciberespionaje, ya que como, se ha examinado anteriormente, el espionaje, no está expresamente prohibido por el Derecho Internacional[67]. Debido a las nuevos sistemas para acceder a los sistemas, a través de "trampas"[68] u "sniffers"[69] y la gran cantidad de datos que se puede copiar en sólo unos pocos minutos, la efectividad de espionaje realizado por medios cibernéticos se magnifica hasta el extremo. Al mismo tiempo, la tradicional disuasión que los Estados tienen a su disposición como es la posibilidad de enjuiciar y encarcelar, o incluso condenar a pena de muerte, al espía, actualmente resulta ineficaz debido a la falta de presencia física de los agentes en el territorio del Estado de destino en los casos de actividades remotas[70].

Además, desde el fin de la Guerra Fría, el espionaje ha dejado de tener un cariz preponderantemente político-militar para tener fundamentalmente un carácter económico[71], y esto se debe a que desde hace tiempo, el principal desafío de los países es

---

[66] Véase DOMINGUEZ BASCOY, J-" Ciberguerra y derecho. El Ius ad bellum y el Ius in bello en el ciberespacio" Revista Española de Derecho Militar número 100 (enero-diciembre de 2013) pp151 a 199. Véase también Pastor Ridruejo, J.A. "*Curso de Derecho Internacional Público*" p 550 y ss., Kolb R. (1997)." Origen de la pareja terminológica ius ad belium/ius in bello". Revista Internacional de la Cruz Roja, 22, p 589 y ss .doi:10.1017/S0250569X00004283 y http://www.icrc.org/spa/war-and-law/ihl-other-legal-regmies/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm (consultado el 11/08/2014).

[67] El Informe "Ciberamenazas 2013 y Tendencias 2014" elaborado por el CCN-CERT y publicado en la parte privada de su portal resalta que el ciberespionaje continuará representando la mayor ciberamenaza para las organizaciones, puesto que los atacantes seguirán madurando y mejorando sus modelos de ataque y dificultando su detección e identificación. Para ello, atacarán más a "objetivos blandos" menos protegidos (contratistas, proveedores, equipos particulares) y utilizarán las redes sociales en las primeras fases del ataque (recabando información básica sobre su víctima potencial). A la hora de "ex filtrar" los datos se espera el uso de servicios Web, servicio de correo electrónico y servicio DNS.

[68] Trampas (trap doors) o puertas traseras (back door): Son un conjunto de instrucciones dentro de un programa, que permiten el acceso a los mismos sin pasar ni dejar rastro en los controles de seguridad del programa. Suele tratarse de entradas que dejan los programadores creadores del programa para uso particular.

[69] Es un programa o una parte del hardware de un ordenador que puede interceptar y registrar parte de las trasmisiones de una red digital o parte de las actividades de una red. Son programas que permiten que un usuario externo intercepte y grabe datos de una red como claves de usuarios, números de tarjetas de crédito, etc.

[70] "Nueva acusación de ciberespionaje chino en EE UU". *Hackers* chinos lograron acceder en marzo de 2014 a los ordenadores de la agencia gubernamental estadounidense que guarda datos personales de todos los funcionarios federales. "EEUU presenta un plan para luchar los contra el ciberespionaje industrial". Disponibleen:http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/10/actualidad/1405009798_481659.html (consultados ambos el 10/07/2014).

[71] http://www.elmundo.es/america/2013/02/20/estados_unidos/1361394943.html

el económico y que la influencia se mide por el potencial empresarial, más que por la capacidad militar, política, religiosa o cultural.[72] Los asaltos cibernéticos, el espionaje entre Estados que se disputan contratos para sus empresas, los ataques a la reputación de las marcas y a la privacidad corporativa o personal aumentan sin cesar[73], al tiempo que se multiplican los artificios y programas tecnológicos dirigidos a interceptar las comunicaciones o a penetrar en los sistemas informáticos para saquear los archivos[74]. En consecuencia, el empleo del término "guerra económica"[75] no sólo se realiza en los medios de comunicación y los escritos académicos, sino también se está produciendo un cambio general en la percepción de la espionaje cibernético como una amenaza que afecta a la seguridad nacional[76], lo cual complica aún más el tema.

---

[72] Para más información entre otras páginas web: Federal Bureau of Investigation, "Economic Espionage—How To Spot An Insider Threat", May 11, 2012,

http://www.fbi.gov/news/stories/2012/may/insider_051112/insider_051112

http://www.fbi.gov/about-us/investigate/counterintelligence/economic-espionage).

http://www.dss.mil/documents/ci/Insider-Threats.pdf).

[73] Entre ellas destacan: Operación 'High Roller'. Tuvo lugar en 2012, y era un ataque sincronizado que movilizó activos de cuentas bancarias en Europa, EEUU y Latinoamérica de alto valor comercial, grandes patrimonios individuales y activos de bancos locales, regionales y globales. Todas estas transferencias tenían como destino una tarjeta de débito desde la que se podía retirar fondos de manera anónima. Fue abortada por el personal del banco de la tarjeta que, al conocer la denuncia de una de las víctimas, alteró las condiciones de la cuenta para poder localizar a los piratas informáticos-

Ciber-ataque contra la petrolera estatal saudí Aramco. Más de 30.000 equipos informáticos de dicha petrolera fueron devastados por un virus en agosto de 2012. Este ataque destruyó datos y eliminó hard-drivers del sistema, y provocó la paralización de sus plantas de refinado y producción.

Caso Ransomware RDP, se produjo en 2013.y afectó a empresas españolas que tenían una configuración débil en las credenciales de usuarios de sus servidores Windows y operaban con total exposición al puerto RDP desde el exterior. Esas empresas sufrieron infecciones de este software, por un programa que restringe o impide el acceso a archivos- Los atacantes exigieron un rescate a cambio de eliminar la restricción.

Véase el completo análisis que hace Aaron Shull de la conocida "Operación Aurora", disponible en api.ning.com/files/Ug.../giganet2013_Shull.pdf-

[74] Vease sobre este tema Li Zhang "A Chinese perspective on cyber war" International Review of Red Cros Volume 94 Number 886 Summer 2012 https://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-886-zhang.pdf

[75] Véase dos importantes documentos en relación con el espionaje aprobados por la administración Obama: "H.R. 6029EH, Foreign and Economic Espionage Penalty Enhancement Act", disponible en http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr6029eh/pdf/BILLS-112hr6029eh.pdf y "The Theft of Trade Secrets Clarification Act", disponible enhttp://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s3642enr/pdf/BILLS-112s3642enr.pdf

[76] El Artículo 4. de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, recoge como una de las funciones del Centro "a) Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional".

La Directiva de Defensa de 2012 apuntó la crisis económica como la primera amenaza a la seguridad de España. El Gobierno español adoptó una serie de iniciativas para estructurar la inteligencia económica pública dentro de la Estrategia de Seguridad Nacional cuando nuestra prima de riesgo superaba los 600 puntos y existía la sospecha de que dicha escalada estaba dirigida por elementos interesados en que la UE interviniera a España. El 21 de mayo de 2013, el presidente Rajoy anunció la creación del Sistema de Inteligencia Económica (SIE) dedicado a "analizar y facilitar la información económica, financiera y empresarial estratégica relevante, oportuna y útil para apoyar la acción del Estado y una mejor toma de

## 2.4. Ciberespionaje y Derecho Internacional: algunas cuestiones que se plantean

En la historia moderna de la comunidad internacional se han sucedido grandes esfuerzos para delimitar el principio de no intervención y la prohibición del uso de la fuerza.[77] Los esfuerzos culminarán con el artículo 2 párrafo 2,4 y 7 de la Carta de Naciones Unidas, de dichas normas se deduce que es ilícita la intervención tanto de las Naciones Unidas en los asuntos de la jurisdicción domestica de un estado, como la intervención de un estado en los asuntos internos de un estado.[78]

En el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua la Corte Internacional de Justicia sostiene: "prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. *Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones"*[79].

De conformidad con lo anterior el acto de que se trate debe tener como objetivo forzar o coaccionar a un cambio de política dentro del Estado víctima, lo que plantea el problema que quedaría excluida de la regulación internacional todo acto de agre-

---

decisiones". Un año después, el SIE sigue sin ser desarrollado. Sus funciones teóricas recaen ahora en el Departamento de Seguridad Nacional (DSN), que actúa como Secretaría del Consejo Nacional de Seguridad, órgano de representación institucional encargado de conjurar todo tipo de riesgos y amenazas. Además del Departamento de Seguridad Nacional, la Vicepresidencia del Gobierno cuenta para el mismo cometido de la IE con las aportaciones de la Oficina Económica de la Presidencia y con las de la Comisión Delegada de los Asuntos de Inteligencia, donde se integra el CNI. La dirección, el control y la coordinación de los esfuerzos que se realizan en las embajadas y sus agregadurías comerciales, el ICEX (España Exportación e Inversiones), el Banco de España, las Cámaras de Comercio, la embajada en la UE y el CNI, recaen en última instancia en la Vicepresidencia. La alarma se enciende y desencadena la búsqueda de información para neutralizar la amenaza o tratar de adelantarse a la maniobra hostil aunque, conocer con horas de antelación, por ejemplo el propósito del Gobierno boliviano de expropiar Red Eléctrica Española o el propósito del Ejecutivo argentino de expropiar a Repsol su filial YPF no significa poder paralizar la decisión. Véase Cuadernos de Estrategia número 162 "La inteligencia económica en un mundo globalizado" (IEES) disponible http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_162_La_inteligencia_economica_en_un_mundo_globalizado.pdf

[Da]vid E. Sanger,"Differences on Cybertheft Complicate China Talks," NYT . Disponible en la siguiente web: http://www.nytimes.com/2013/07/11/world/asia/differences-on-cybertheft-complicate-china-talks.html?ref=technology

[77] Así el Pacto Briand Kellog firmado en París el 27 de agosto de 1928.

[78] Véase la Resolución 2131 (xx) de la Asamblea General de 21 de diciembre de 1965 declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los estados y protección de su independencia y soberanía disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx_s.pdf y la resolución 2625 (xxv) de la asamblea general de naciones unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la carta de las naciones unidas. Disponible en: http://www.dipublico.com.ar/3971/resolucion-2625-xxv-de-la-asamblea-general-de-naciones-unidas-de-24-de-octubre-de-1970-que-contiene-la-declaracion-relativa-a-los-principios-de-derecho-internacional-referentes-a-las-relaciones-de/ (consultado el 18/09/2014).

[79] Resaltado en cursiva, nuestro.

sión cibernética que no tenga ningún efecto físico o cinético y cuyo motivo no sea influir en la política del Estado de destino, elemento intencional este último, que por otra parte es prácticamente imposible probar.[80] Como ya se dijo, el espionaje ha sido practicado desde siempre y aunque universalmente se lo considere un delito bajo las leyes internas de los Estados, en sí mismo no viola el derecho internacional. [81]Sin embargo, aun en el supuesto de que un Estado pudiese ser considerado responsable del ciberespionaje cometido por actores no estatales independientes, la pregunta sigue siendo si se puede considerar un ataque armado. Un ataque cibernético, es en principio una agresión no incluida por la ONU en su definición de la UN Res AG 3314/74, y puede tomar diferentes formas: un acto aislado en época de paz, una acción previa a un conflicto convencional, el primer golpe de un conflicto convencional, una acción durante el desarrollo de un conflicto convencional, o una represalia en reacción a un conflicto convencional, pero considero que el ciberespionaje jamás puede elevarse a la nivel de un ataque armado[82]. La colección de inteligencia no llega al nivel de la fuerza necesaria para invocar un el derecho de la nación a la legítima defensa. Al mismo tiempo, las naciones pueden castigar a los espías descubiertos en su derecho interno y a las naciones culpables a través de acciones diplomáticas.

---

[80] EEUU presenta plan contra los ciberataques y el espionaje industrial. Disponible en la siguiente web: http://www.eluniversal.com/internacional/130220/eeuu-presenta-plan-contra-los-ciberataques-y-el-espionaje-industrial (consultado el 18/09/2014).

Vease "Obama Administration Strategy on Theft of Trade Secrets (2013)" en "Cyber Threats and Cyber Realities: Law, Policy, and Regulation in Business, the Professions and National Security" Roger Williams University School of Law and School of Justice Studies, June 17-20, 20138 ( pp. 25 a 166).

"Las ciberamenazas se cuelan en la agenda global". Disponible en la siguiente pagina web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Nacional/2014/KPMG_A_FONDO_Ciberseguridad_20140707.pdf (consultado el 18/09/2014).

"Rusia y China, entre los más activos en espionaje económico, según informe de EEUU http://www.vivelohoy.com/noticias/8045590/rusia-y-china-entre-los-mas-activos-en-espionaje-economico-segun-informe-de-eeuu(consultado el 18/09/2014).

[81] Kahn, .W.: "Imagining warfare", European Journal of International Law", 24 (2013), num. 1, (pp. 199-226) cambian, por otro lado la concepción tradicional de conflicto armado, en cuanto tres concepciones deben desterrarse ante su uso: la idea tradicional de tiempo y zona de combate; el concepto de combatiente (uno puede ser atacado realizando actividades cotidianas) y la convicción de que en un combate el riesgo es recíproco (p. 199).

"Israel abate un dron sirio que entró en su espacio aéreo en los altos del Golá" http://internacional.elpais.com/internacional/2014/08/31/actualidad/1409494173_104223.html

La mayoría de los drones militares no llevan armas y se utilizan con fines de vigilancia, en particular para transmitir información sobre la ubicación e identificación de objetivos enemigos.

No obstante, el debate actual se relaciona mayormente con el uso de drones armados en operaciones de combate, como sucede en Afganistán, Gaza o Yemen, por ejemplo.

[82] Ruiz de los Paños Brusi, A. "La prohibición del uso de la fuerza: sistema institucionalizado de seguridad colectiva" .Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant, monografías 225" "El Consejo (de Seguridad) podrá, conforme al conocido y muy estudiado artículo 34 de la Carta "investigar toda controversia o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional, o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales" (pag 917).

Como excepción a lo anterior el espionaje realizado por buques, submarinos o aeronaves[83] si pueden plantear cuestiones de defensa nacional y ser considerado como una violación de la soberanía estatal, y no meras cuestiones de derecho penal interno, pero la razón es que la plataforma de recogida es, o podría ser un recurso militar.

Por otro lado, para parte de la doctrina norteamericana, el término interés nacional es más amplio que el de seguridad nacional, ya que junto a este último, se incluye la seguridad económica nacional, la seguridad pública, la disponibilidad de recursos naturales y otros intereses vitales. Este último, el de los intereses nacionales vitales incluye los intereses económicos no gubernamentales de un Estado. Las nociones de seguridad nacional y los intereses nacionales económicos, así como el subconjunto seguridad económica de este último, están sin duda estrechamente interconectados, pero hay que distinguir por un lado las cuestiones de seguridad nacional, el ataque armado y la autodefensa, del "robo" de la propiedad intelectual por medio del espionaje económico, y este último debe ser contrarrestado por una parte, por los medios del derecho internacional y en el otro lado, por la mejora de la cibernética y de los propios sistemas informáticos y redes informáticas. Como ya se ha examinado, la postura que los Estados Unidos están tomando con respecto a las amenazas cibernéticas está en línea con el concepto de guerra "preventiva", que ha sido adoptado en su lucha contra el terrorismo.

Pero considero que el artículo 51 de la Carta de la ONU es muy claro dice específicamente "ataque armado", y el espionaje cibernético, no importa su gravedad, sigue siendo espionaje y no un ataque armado, o una agresión y menos aún cabe planteárselo en relación con el espionaje económico.[84]

Finalmente: "*What about reciprocity? Under both the law and the ethics governing armed conflicts, sauce for the goose is sauce for the gander. If a tool of warfare is acceptable for one side, then it is acceptable for the other—even if only one of the two sides is fighting in a just cause.*"[85]

## 3. CONCLUSIONES

El ciberespionaje ha proliferado rápidamente, ya que "es el gran igualador": por una fracción del costo de espionaje tradicional, los países pueden financiar operacio-

[83] Véase Gutiérrez Espada, C. y Cervell Hortal, M.J." Sistemas de armas autónomas, drones y derecho internacional" Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos Núm. 2 / 2013.

[84] Ruiz de los Paños Brusi, A., obra ya citada en relación con el concepto de agresión: "puede consistir directamente en el uso de la fuerza armada, con mayor o menor intensidad, o simplemente una "agresión indirecta" o apoyo de cualquier tipo (económico o material) a grupos que actúan dentro del territorio de un Estado frente al poder político establecido, quedando excluida cualquier otro tipo de coerción-económica, diplomática o de otro tipo- empleada por un Estado contra otro" pag 917.

[85] Carter, S. L., "What's wrong with Awlaki's killing" in The Daily Beast, 30 de septiembre 2011, disponible en: http://www.thedailybeast.com/articles/2011/09/30/anwar-al-awlaki-killing-obama-must-explain-his-targeted-drone-policy.html (consultado el 30/08/2014).

nes sustanciales de recopilación de información mediante el ciberespionaje. Por otra parte, la gravedad y el alcance del espionaje cibernético pone en duda si la consideración y análisis del espionaje tradicional todavía tiene sentido.

Es complicado luchar contra esta actividad, que aunque como ya se ha examinado, no está expresamente prohibida por el Derecho internacional, sí se puede considerar contraria al principio de buena fe que debe regir en las relaciones entre los estados.

Sin embargo, ni la acción militar disminuye por sí misma el potencial de espionaje cibernético, ni la amenaza de su uso implica un real efecto disuasorio, a la vista de que tales ataques son producto de programas ocultos, lo que conlleva una enorme dificultad a la hora de encontrar a los verdaderos autores de estas conductas.

El único camino a seguir parece ser el de mejorar la seguridad cibernética y la resistencia de los sistemas informáticos o redes informáticas. Todo ello con la colaboración de todos los Estados, pero sin acudir al empleo del uso de la fuerza para combatirlo. De lo contrario, corremos el riesgo de volver a la concepción del Derecho Internacional clásico de que de que los Estados tenían derecho ilimitado a hacer la guerra.

## BIBLIOGRAFÍA

BENSOUSSAN, A. "Loi appliquable et juridictions competentes pour les sites Internet. Ordonnance de référé du TGI de Paris du 22 mai 2000 sur la vente d'objets nazis sur le site Yahoo" Marzo de 2000.

BOURQUIN, J "*The Evolution of Cyber Espionage: A Case for an Offensive*", U.S. Counterintelligence Strategy número 13(14 de octubre de 2011)

CARO BEJARANO, M. J. "Estrategia de ciberseguridad nacional" Documento Marco IEEE. ES 65/2013, 9 de diciembre de 2013

—, "Flame: una nueva amenaza de ciberespionaje" Documento Marco IEEE. ES 34/2012, de 13 de junio de 2012.

—, "Nuevo Concepto de Ciberdefensa de la OTAN" Documento informativo de IEEE, de 9 de marzo de 2011.

CHESTERMAN,S. "The spy who came in from the cold war: intelligence and international law"

CONTRERAS,J.L.,DENARDIS,L. Y TEPLINSKY,M. "Mapping Today's Cybersecurity Landscape." American University Law Review 62, no.5 (2013): 1113-1130.

GONZÁLEZ CUSSAC J. L "Inteligencia jurídica: el valor estratégico del derecho en la seguridad económica". Cuadernos de Estrategia, número 162, 2013. Disponible en la página web: http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=331920

DE SALVADOR CARRASCO, L. "Los problemas estructurales en el planteamiento de la ciberseguridad" -Documento Marco IEEE. ES 09/2014, 3 de julio de 2014

DE TOMÁS, S. Y VELÁZQUEZ ORTIZ, A. P. "La responsabilidad del mando en la conducción de operaciones durante la ciberguerra: la necesidad de un adiestramiento eficaz" Revista Española de Derecho Militar número 100(enero-diciembre de 2013) pp 117 a 151.

DÍAZ DE VELASCO, M. "Instituciones de Derecho Internacional Público" Editorial Tecnos S.A. 2003.

DOMENECH OMEDAS, J. L. "Los sujetos combatientes" Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant, monografías 225 (pag 191- 216).

DOMINGUEZ BASCOY, J-" Ciberguerra y derecho. El Ius ad bellum y el Ius in bello en el ciberespacio" Revista Española de Derecho Militar número 100 (enero-diciembre de 2013), pp 151 a 199.

FEIL, J. F. "Cyberwar and Unmanned Aerial Vehicles: Using New Technologies, from Espionage to Action" Case Western Reserve" Journal of International Law·Vol. 45·20128 (pp 514 a 543).

FORCESE, C. "Spies Without Borders". International Law and Intelligence Collection (2011)

JOYANES AGUILAR, L. (coord.) "Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio" Cuadernos de Estrategia número 149 (diciembre 2010).

KAHN, .W.: "Imagining warfare", European Journal of International Law", 24 (2013), num. 1,( pp. 199-226)

KISH, J "International law and espionaje " Martinus Nijhoff Publishers 1995

KOLB R. "Origen de la pareja terminológica ius ad belium/ius in bello". Revista Internacional de la Cruz Roja, (número 22, año 1997) pp 589-598. Doi:10.1017/S0250569X00004283.

LÓPEZ ALFRANCA, M.V. "La intervención de las comunicaciones telefónicas" Revista Española de Derecho Militar número 100 (diciembre de 1997)

PASTOR RIDRUEJO, J.A "Curso de Derecho Internacional Público" Editorial Tecnos.S.A. (1992).

RUIZ DE LOS PAÑOS BRUSI, A. "La prohibición del uso de la fuerza: sistema institucionalizado de seguridad colectiva" .Derecho Internacional Humanitario, Cruz Roja Española, Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant, monografías 225 (pag 911- 930)

RUIZ MIGUEL, C. "Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional" Editorial Tecnos 2002

SÁNCHEZ MEDERO, G. "El ciberespionaje" Derecom No. 13. Nueva Época. Marzo-Mayo, 2013 (pp 115-124).

SKLEROV J. M. "Solving the dilemma of state response to cyberattacks: a justification for the use of active defenses against states who neglect their duty to prevent" Military Law Review (volume 2001, fall 2009) (pp 1 a 86).

WRIGHT Q, "Espionage and the Doctrine of Non-Intervention in Internal Affairs2 in Roland J Stanger (ed), Essays on Espionage and International Law (Ohio State University Press 1962)

ZIOLKOWSKI,K (ed.),"Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy, NATO CCD COE "Publication, Tallinn 2013

## Páginas web

http://www.whitehouse.gov/
http://www.lavanguardia.com-
http://www.icrc.org
http://www.lloyds.com
http://www.whitehouse.gov
http://www.lamoncloa.gob.es
http://www.answers.com/topic/espionage-and-intelligence-early-historical-foundations.

http://de.scribd.com.
http://www.mcafee.com
http://www.telegraph.co.uk .
http://www.washingtonpost.com
https://www.gov.uk
http://www.dailyrecord.co.
http://www.publico.es/
http://thecybercipher.com/bibliography/
http://www.internautas.org/
http://www.infotoday.com/
http://www.europarl.europa.eu/
http://72.32.232.233/index.php
http://mexico.cnn.com/
http://www.latercera.com
http://internacional.elpais.com
http://www.coldwar.org/articles/80s/SDI-StarWars.asp
http://www.air-attack.com/

# IV.
# EL CRIMEN ORGANIZADO Y LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA

# MEDIDAS CONECTADAS CON LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL

Javier Gómez Lanz

*Profesor Propio Agregado de Derecho Penal*
*Facultad de Derecho (ICADE)*
*Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el informe SOCTA (*EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*) correspondiente al año 2013 Europol estima que existen aproximadamente 3600 grupos y organizaciones criminales activos en la Unión Europea. Indica también Europol que la globalización ha propiciado tanto una mayor heterogeneidad étnica y nacional dentro de estos grupos como un incremento de las relaciones entre ellos. Señala, por último, que, si bien el tráfico de drogas sigue siendo su ámbito principal de actuación, la reciente crisis económica ha favorecido la extensión de la criminalidad organizada a nuevas y emergentes esferas de actividad delictiva. El informe presenta, en conclusión, una imagen actualizada de la criminalidad organizada como una amenaza grave no sólo para los intereses individuales de los ciudadanos europeos sino también para las instituciones fundamentales de nuestras sociedades[1].

Aun cuando, sin duda, se trata de un fenómeno paulatinamente más peligroso por su crecimiento tanto en extensión como en intensidad, lo cierto es que las manifestaciones públicas de preocupación oficial por los efectos de la criminalidad organizada tienen ya un cierto recorrido en la Unión Europea. A este respecto, puede considerarse que la estrategia contemporánea de lucha contra la delincuencia organizada se

[1] *Europol SOCTA 2013,* accesible en https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/socta2013.pdf. Sobre esta cuestión, *vid.* también GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., "La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2012, pp. 19 y ss.

inicia con la reunión del Consejo Europeo de Dublín de diciembre de 1996 en la que se decide crear el Grupo de alto nivel responsable de la elaboración del Plan de Acción adoptado posteriormente por el propio Consejo el 28 de abril de 1997. Este Plan de Acción fructificó en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre, que ha presidido durante diez años la política criminal europea en materia de delincuencia organizada.

En España, el Código Penal en vigor en aquellos momentos (el Código Penal de 1995 en su versión original) no abordaba de forma sistemática el fenómeno de la criminalidad organizada. Existían, es cierto, referencias en la Parte Especial a la pertenencia del autor "a alguna organización, incluso de carácter transitorio" a efectos de agravar -aunque de modo no uniforme- la respuesta prevista para determinados delitos, pero ni se establecía explícitamente en el texto legal el uso que se hacía del término 'organización' ni se tipificaba autónomamente la creación, la pertenencia o la cooperación con una de tales organizaciones[2]. Generalmente se acudía al delito de asociación ilícita del art. 515 del Código Penal (en adelante, CP) para conseguir materialmente esta incriminación, pero se trataba de una solución técnicamente discutible: tanto entonces como en la actualidad, la integración de la asociación ilícita dentro de las infracciones penales cometidas con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas conecta funcionalmente esta infracción penal con la persecución de usos viciados del derecho fundamental de asociación. Este elemento constitucional ocupa, desde esta perspectiva, una posición nuclear en la configuración del delito de asociación ilícita, cuando lo cierto es que, en el contexto de la criminalidad organizada, la perversión del derecho de asociación e, incluso, la naturaleza jurídicamente formal de la asociación aparecen como aspectos eminentemente secundarios[3].

---

[2] Como señala ROPERO CARRASCO, J., "¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y "justo" castigo a la delincuencia organizada?", en *Estudios penales y criminológicos*, nº 27, 2007, pp. 269 y ss., el esclarecimiento del sentido en el que se empleaba 'organización' en el Libro II del Código Penal se complicó con la incorporación en enero de 1999 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un nuevo artículo 282 *bis* en el que se definía (y se sigue definiendo) "delincuencia organizada" a efectos de regular la intervención de agentes encubiertos en la persecución de esta clase de actividades delictivas. Ni el catálogo de infracciones penales recogido en el apartado 4 del referido art. 282 *bis* concordaba con los tipos penales para los que se preveía en el Código Penal la agravación por pertenencia a organización ni coincidían los pocos rasgos con los que ambas normas trazaban los contornos de este fenómeno, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía permanencia o reiteración en la realización organizada de la actividad delictiva, mientras que el Código Penal extendía la agravación también a la organización puramente transitoria.

[3] El recurso al art. 515 CP presentaba, además, como problema adicional la insuficiente definición legal del comportamiento típico, lo que propició que la configuración de los elementos típicos quedara en manos de la jurisprudencia, que restringió el ámbito de aplicación del precepto exigiendo la concurrencia de requisitos generales para poder afirmar la existencia de una asociación ilícita que no derivaban estrictamente del precepto (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 [RJ 2011/5727] y jurisprudencia citada en la misma). Sobre esta cuestión, *cfr.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal,* Comares, Granada, 2009, p. 237, y GONZÁLEZ RUS, J.J., "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma", en *Anales de Derecho* nº 30, 2012, p. 25).

Esta situación se extiende sin variaciones reseñables[4] hasta la reforma del CP de 1995 operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que constituye el hito principal en la reciente política criminal española de lucha contra la criminalidad organizada y, en tal medida, el objeto fundamental de este trabajo. Esta reforma se vertebra en torno a tres decisiones fundamentales:

a) estipular una definición legal tanto de 'organización criminal' como de 'grupo criminal';

b) tipificar como delitos autónomos contra el orden público las conductas de creación, dirección, coordinación, participación y cooperación tanto en relación con una organización criminal como con un grupo criminal; y

c) modificar la regulación del comiso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal.

Esta reforma de 2010 cuenta como antecedentes fundamentales en el ámbito internacional y europeo con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada el 15 de noviembre de 2000; con la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, y con la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. No obstante, como a continuación se indicará, la Ley Orgánica española no se limita al cumplimiento estricto de los compromisos derivados de estas normas.

## 2. LA DEFINICIÓN DE ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

Tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el párrafo 2º del art. 570 *bis* 1 CP describe la organización criminal como la "agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas". Paralelamente, el segundo párrafo del art. 570 *ter* 1 CP describe el grupo criminal como la "unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por

[4] En tanto que no determinó una modificación de la forma de incriminación de las conductas vinculadas con la criminalidad organizada, no puede decirse con propiedad que la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, dio lugar a una variación de la política de persecución de este tipo de delincuencia. No obstante, esta Ley Orgánica incorporó al CP varias previsiones en materia de cumplimiento de las penas explícitamente conectadas con la criminalidad organizada; entre ellas, cabe mencionar el "periodo de seguridad" para el acceso al tercer grado penitenciario (art. 36 CP), el régimen especial del art. 78.3 CP para el cálculo de los requisitos temporales de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, las exigencias adicionales para el acceso a la libertad condicional del art. 90.1 CP y la exclusión de los regímenes privilegiados de acceso a la libertad condicional regulados en el art. 91 CP.

objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

Es evidente, ya desde una primera aproximación, que a estas definiciones legales subyace un modelo de persecución de la criminalidad organizada que prescinde de la referencia formal[5] y la conexión constitucional que especificaban al delito de asociación ilícita y se asienta en tres atributos de carácter "material": (i) la finalidad de cometer delitos[6]; (ii) la estabilidad temporal y (iii) la existencia de una concertación en la actividad delictiva y una distribución coordinada de tareas o funciones. Aun cuando estos rasgos caracterizan globalmente al nuevo modelo, lo cierto es que la presencia de los dos últimos no es legalmente precisa para la existencia de un grupo criminal (de hecho, al menos uno de los dos debe estar ausente): de este modo, los grupos criminales comparten con las organizaciones criminales la finalidad delictiva, el carácter grupal y la existencia de un concierto, pero o bien no gozan de estabilidad o duración indefinida, o bien no entrañan una coordinación de actividades y funciones[7]. La relevancia que adquiere este último factor para la distinción entre la delincuencia organizada en principio más grave (la de la organización) y la más leve (la del grupo) está conectada con la mayor peligrosidad que entraña la realización de la conducta por parte de una estructura organizativa[8].

Las definiciones de "organización criminal" y "grupo criminal" que establece la ley española concuerdan en los aspectos principales con, respectivamente, las definiciones de "organización delictiva" y "asociación estructurada" que se recogen en la ya

---

[5] El propio Preámbulo de la Ley Orgánica señala explícitamente que las agrupaciones de personas que protagonizan la criminalidad organizada carecen "en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna". A este respecto, no parece casual que la Ley Orgánica utilice en las definiciones términos como 'agrupación' o 'unión' cuya connotación fáctica es mayor que la que cabe apreciar en términos como 'asociación' u 'organización' que son los que, por ejemplo, emplea la citada Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo.

[6] VELASCO NÚÑEZ, E., "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal la LO 5/2010", en *La Ley Penal*, nº 86, octubre 2011, pp. 1 y ss., señala que el énfasis legal en esta finalidad va asociado a una actividad delictiva que, a diferencia de la de las asociaciones ilícitas, no está "ideologizada". No obstante, lo cierto es que ni la literalidad del art. 515 CP entraña la ideologización de la actividad delictiva de las asociaciones ilícitas ni la literalidad de los arts. 270 *bis* y *ter* CP la impide, por lo que es difícil caracterizar este elemento como un factor propiamente diferencial entre ambos delitos.

[7] Como señala con claridad la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (RJ 2014/3681), "mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra uno solo".

[8] Como recoge la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, "el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad". En este sentido, la citada Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (RJ 2014/3681) exige para poder hablar de 'organización criminal' "apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelincuencia o, incluso, de grupos criminales".

citada Decisión Marco de 24 de octubre de 2008: las ideas de pluralidad de personas, estabilidad temporal, concertación, estructuración de funciones y finalidad delictiva están presentes tanto en la "organización criminal" española como en la "organización delictiva" europea, mientras que tanto el "grupo criminal" español como la "asociación estructurada" europea juegan un papel subsidiario caracterizado por la ausencia de los rasgos propios de las "organizaciones". No obstante, aunque existe, en efecto, una coincidencia sustancial, las diferencias no son ni mucho menos desdeñables:

a) En el caso de las "organizaciones", la Decisión Marco sólo califica como tales a las que, además de por las particularidades ya reseñadas, se caracterizan por (i) el objetivo de "obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material", y (ii) la finalidad de cometer delitos "sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa". El art. 570 *bis* 1 CP se abstiene de exigir estos dos requisitos adicionales a la hora de calificar a una agrupación como organización delictiva, lo que lógicamente determina una ampliación de la referencia semántica del término definido.

A mi juicio, la extensión de la definición a las organizaciones que no persiguen un beneficio económico o material tiene una relevancia menor, porque, excluidas del ámbito de aplicación del art. 570 *bis* CP las organizaciones terroristas (definidas -art. 571.3 CP- por la finalidad de "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública"), el número de organizaciones criminales que no tienen como finalidad directa o indirecta la obtención de un lucro es reducido y, en todo caso, su inclusión puede estar justificada por la potencialidad lesiva que puede generar la concertación de las actividades[9].

Distinta es la situación en relación con el segundo requisito, ya que la Decisión Marco restringe la calificación como "organización delictiva" a las dedicadas a la comisión de infracciones penales que en España serían consideradas al menos "delitos menos graves", mientras que los arts. 570 *bis* y *ter* del CP español extienden expresamente la referencia a las agrupaciones que tienen por finalidad la "comisión reiterada de faltas". En este caso sí cabe hablar, en mi opinión, de una decisión de política criminal que persigue conscientemente dilatar el concepto de organización criminal como medio para articular una intervención punitiva de mayor intensidad en un ámbito más extenso que el tradicionalmente asociado a la organización criminal[10]. Así lo indica abiertamente la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado, conectando las modificaciones operadas por la Ley Orgánica con un lucha "también en relación con

[9] Puede mencionarse el ejemplo que apunta VELASCO NÚÑEZ, E., *Crimen organizado...*, *op. cit.,* pp. 1 y ss., de las organizaciones que tienen por objeto el intercambio de pornografía infantil. En todo caso, el Considerando (4) de la propia Decisión Marco contempla expresamente la posibilidad de que los Estados miembros tipifiquen como organizaciones delictivas a los grupos "cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

[10] GONZÁLEZ RUS, J.J., *La criminalidad organizada...*, *op. cit.,* p. 18, y, en detalle, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada...*, *op. cit.,* pp. 272 y ss.

la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores"[11].

b) En el caso de los "grupos", la Decisión Marco aclara que no puede considerarse "asociación estructurada" una organización "formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito", advertencia que no aparece en el art. 570 *ter* CP y que permite delimitar con mayor claridad el grupo criminal de la mera codelincuencia. La ausencia de esta referencia en la norma española obliga a delimitar jurisprudencialmente ambas situaciones (grupo criminal y codelincuencia), propósito para cuya consecución la citada Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sugirió acudir a la exigencia de una "mínima permanencia" para la apreciación de la existencia de un grupo criminal, en la línea marcada por la jurisprudencia previa de la Sala 2ª del Tribunal Supremo para la aplicación de los tipos cualificados vinculados con la pertenencia a agrupaciones de carácter transitorio u ocasional[12]. La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha terminado por acoger una tesis similar, pues aunque reconoce que en la noción de grupo criminal se "debilita" el elemento de estabilidad temporal, exige que éste sea sustituido por "la exigencia de una relativa permanencia", que concreta en que se trate de una "formación no fortuita"[13]. En una línea complementaria, alguna resolución pretende cifrar la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación en que aquél está "predeterminado a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos", descartando la calificación como "grupo criminal" de las agrupaciones de personas para la comisión de un delito específico[14].

---

[11] VELASCO NÚÑEZ, E., *Crimen organizado...*, *op. cit.,* pp. 1 y ss., explica esta decisión por la existencia de "compromisos políticos para reprimir los grupúsculos de profesionales dedicados a cometer reiteradamente la falta de hurto". En todo caso, se trata de una medida consistente con la política criminal precedente, evidenciada en la modificación en 2003 (por medio de la ya referida Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) del art. 515 CP para considerar asociaciones ilícitas a las que tienen por objeto la comisión organizada, coordinada y reiterada de faltas. Debe señalarse, no obstante, que la acogida de esta modificación fue desigual: cabe destacar, por ejemplo, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2006 (RJ 2006/8105) que, pese a referirse a hechos producidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, rechaza la condena por asociación ilícita de un grupo de mujeres que cometían hurtos en la vía pública aduciendo, entre otros argumentos, que el principio de proporcionalidad "descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas".

[12] *Vid.* sobre esta línea jurisprudencial la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001 (RJ 2001/6498), entre otras.

[13] Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014 (RJ 2014/2046) y 29 de mayo de 2014 (RJ 2014/3676). La anterior Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2013 (RJ 2013/7725) recoge expresamente la propuesta de la Fiscalía General del Estado al establecer que "cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones de carácter transitorio o que actúan aun de modo ocasional que se habían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una mínima permanencia que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia".

[14] Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014 (RJ 2014/3681) y 17 de julio de 2014 (RJ 2014/3804), aunque en esta última se hace hincapié no sólo en el número de delitos perseguidos, sino en la ausencia de una formación "fortuita, esporádica u ocasional". No obstante, la ya citada Sentencia

Llama, no obstante, la atención que la reforma haya conservado la definición como asociación ilícita (art. 515.1º CP) de aquellas que tienen "por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada"[15]. Aun cuando la exigencia de que se trate de "asociaciones" entraña en teoría un requisito de carácter formal que no tiene por qué estar presente en las organizaciones y grupos criminales, la coincidencia en aspectos como la finalidad de cometer delitos, la existencia de una organización y coordinación o la concurrencia de una cierta estabilidad temporal (inherente a la presencia de una forma jurídica) determina que todas las "organizaciones criminales" que reúnan las condiciones formales para poder ser consideradas asociaciones sean simultáneamente "asociaciones ilícitas" y, viceversa, que todas las asociaciones ilícitas del art. 515.1º CP sean siempre y en todo caso organizaciones criminales. Ello provocará situaciones concursales entre los artículos 515.1º-518, 570 *bis* 1 y 570 *ter* 1 CP que se examinarán en el siguiente apartado.

## 3. LA TIPIFICACIÓN Y PUNICIÓN AUTÓNOMA DE LA CREACIÓN, DIRECCIÓN, COORDINACIÓN, PARTICIPACIÓN Y COOPERACIÓN CON ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

### 3.1. Las infracciones penales nuevamente incorporadas

El párrafo 1º del art. 570 *bis* 1 CP castiga, tras la reforma, la conducta de quienes "promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal" así como, aunque con una pena inferior, la de quienes "participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma". En ambos casos, la gravedad de la pena varía en atención a la gravedad de las infracciones penales cuya comisión tiene por fin la organización. Por su parte, el párrafo 1º del art. 570 *ter* 1 CP castiga a quienes "constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal" con una pena que depende también de la gravedad de las infracciones penales que persigue cometer el grupo criminal.

Lo primero que cabe destacar es que los arts. 570 *bis* y *ter* CP (junto con el también nuevo art. 570 *quater* CP) conforman un nuevo Capítulo VI integrado en el Título XXII del Libro II del CP. En consecuencia, la figura delictiva que unifica la persecución de la criminalidad organizada deja de ser una infracción "cometida con ocasión del ejercicio de un derecho fundamental" y pasa a ser una infracción "contra el orden público", decisión que el Preámbulo de la Ley Orgánica justifica en que la criminalidad organizada "atenta directamente contra la base misma de la democracia (...) alterando

de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2014 (RJ 2014/2046) desestima este criterio, señalando que "no es descartable (...) la promoción o integración en un grupo criminal para un proyecto concreto".

[15] GONZÁLEZ RUS, J.J., *La criminalidad organizada...*, *op. cit.,* p. 38, y ROPERO CARRASCO, J., *¿Es necesaria una reforma penal...*, *op. cit.,* p. 278.

(...) el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado". Partiendo de una concepción del orden público como el "núcleo esencial de preservación de los principios, derechos y libertades constitucionales", identifica adicionalmente el Preámbulo de la Ley Orgánica como los objetos directos de la "acción destructiva" de la criminalidad organizada "la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos" y, como condensación de lo anterior, la "calidad de la democracia"[16].

Se trata, de este modo, de una infracción penal autónoma, susceptible de ser sancionada cumulativamente a los delitos individuales imputables al sujeto y que éste comete con ocasión de su dirección o participación en la organización criminal. Esta posibilidad de punición cumulativa no constituye una vulneración del principio *non bis in idem* en la medida en que el bien jurídico tutelado por los arts. 570 *bis* y *ter* CP (el orden público) difiere de los bienes jurídicos atacados por los delitos particulares perpetrados por el sujeto, lo que permite apreciar en ambas sanciones un fundamento punitivo distinto[17].

En este orden de cosas, aunque la punición de estas conductas está estructurada de una forma compleja, es posible afirmar que, en términos generales, estamos ante sanciones adicionales de una intensidad muy significativa[18].

En relación con las organizaciones criminales, hay un primer subconjunto de conductas más graves (la promoción, constitución, organización, coordinación y dirección) que se castigan con la pena de prisión de cuatro a ocho años si la organización persigue la comisión de delitos graves y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos. Un segundo subconjunto de comportamientos menos graves (la participación activa, la integración y la cooperación de cualquier clase) se castigan con la pena de prisión de dos a cinco años si la organización tiene como fin la comisión de delitos graves[19] y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás supuestos. Respecto de todas las conductas está prevista la imposición de la pena en la mitad superior si los delitos (sean graves o menos graves) son contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

---

[16] La doctrina aprecia una cierta vacuidad en esta definición del orden público y postula una redefinición del bien tutelado que lo aproxima a la noción de "seguridad ciudadana". Así lo hacen GARCÍA RIVAS, N., y LAMARCA PÉREZ, C., en AA. VV., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010,* Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 506 y ss., al igual que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada..., op. cit.,* p. 268, quien conecta -de modo general y no restringido a la regulación española- la lesividad del injusto de organización criminal con la lesión de la "seguridad colectiva" y la puesta en peligro hipotético de los "bienes jurídicos del programa criminal".

[17] ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada..., op. cit.,* pp. 253 y ss.

[18] *Cfr.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., "Delincuencia económica y organizaciones criminales", en AA. VV., *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica,* Comares, Granada, 2012, pp. 17 y ss.

[19] Esta es la pena mínima señalada por el art. 3.1.a) de la Decisión Marco que, como se ha mencionado anteriormente, sólo contempla organizaciones cuya finalidad sea la de cometer delitos castigados con pena de prisión de, al menos, hasta 4 años.

En cuanto a los grupos criminales, las conductas de constitución, financiación o integración se castigan unificadamente con una pena que depende, nuevamente, de la gravedad de los delitos que persigue cometer el grupo: de este modo, a) si la finalidad del grupo es cometer delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena es de dos a cuatro años de prisión si se trata delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves; b) si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave, la pena es de seis meses a dos años de prisión; c) cuando se trata de delitos menos graves -distintos de los mencionados en el apartado a)- o de la falta del art. 623.1 CP la pena es de tres meses a un año de prisión, y d) si se trata de cualquier otra falta, la pena es de tres meses a cuatro meses y 15 días de prisión.

Finalmente, tanto en el caso de la organización como en el del grupo criminal, las penas se han de imponer en la mitad superior cuando la organización o el grupo: a) están formados por un elevado número de personas; b) disponen de armas o instrumentos peligrosos; o c) disponen de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Si concurren dos o más de estas circunstancias se han de imponer las penas superiores en grado.

Adicionalmente, por disposición del art. 570 *quater* 2 CP, se impone a los responsables de cualquiera de estas conductas la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Esta nueva regulación ha sido objeto de una acogida generalmente favorable en cuanto atañe a la reubicación sistemática de los tipos dirigidos a la persecución de la criminalidad organizada, si bien se han dirigido reproches generalizados tanto de naturaleza técnica (la asignación de penas a las distintas conductas es innecesariamente intrincada) como de corte político-criminal, reproches que atienden en este último caso tanto a la heterogeneidad de algunas de las conductas que se sancionan con la misma pena como a una extensión de la tipicidad en estos nuevos delitos que la doctrina tiende a considerar "desmesurada"[20].

A este respecto, parece, por ejemplo, discutible que el art. 570 *bis* 1 CP atribuya la misma significación delictiva a la "participación activa", al mero "formar parte" y a la cooperación "de cualquier otro modo" en la organización[21]. En el mismo sentido, tampoco es evidente la razón por la que el legislador considera que, en relación con las

[20] MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 18ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 911.

[21] LLOBET ANGLÍ, M., en AA. VV., *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 681. Conviene reseñar que el art. 2.a) de la Decisión Marco menciona únicamente la participación activa y la financiación como conductas que deben ser objeto de tipificación.

organizaciones criminales, la constitución, la cooperación económica y la integración son conductas que presentan distinta gravedad, mientras que en relación con los grupos criminales estos comportamientos presentan todos la misma relevancia.

Por otro lado, es igualmente plausible la denuncia de una extensión desmesurada de la tipicidad, al menos en los que respecta a tres aspectos:

a) la extensión de la punición a todas las organizaciones y grupos criminales, cualquiera que sea la gravedad de las infracciones penales que constituyen su finalidad (incluyendo las faltas)[22], pues es discutible que en este último caso esté presente la potencialidad lesiva cualitativamente distinta que caracteriza a la criminalidad organizada *stricto sensu* y que justifica la punición adicional derivada de la aplicación de las nuevas figuras delictivas;

b) la extensión de la tipicidad -en el caso de la organizaciones criminales- a cualquier forma de cooperación con la organización, sin someter la incriminación a un criterio de relevancia equivalente al que existe para las asociaciones ilícitas en el art. 518 CP; y

c) la propia incriminación autónoma de los grupos criminales, que en la medida en que no exigen estabilidad temporal ni una distribución coordinada de tareas o funciones puede resultar en la punición adicional de situaciones convencionales de codelincuencia[23]. Aunque cuando es previsible que la jurisprudencia vaya aquilatando criterios para delimitar esta última del grupo criminal[24], es preciso tener en cuenta que la punición añadida derivada del injusto de organización criminal está ligada a un incremento severo de la peligrosidad criminal que se asocia a las ventajas (distribución de funciones, captación de medios, persistencia en el tiempo, etc.) que la organización aporta para la comisión de futuros delitos. En ausencia de estabilidad temporal y/o de coordinación de funciones es difícil advertir las razones que justifican tal sanción adicional.

---

[22] GONZÁLEZ RUS, J.J., *La criminalidad organizada..., op. cit.,* p. 18, ROPERO CARRASCO, J., *¿Es necesaria una reforma penal..., op. cit.,* p. 286, y MORILLAS CUEVA, L., "Delincuencia organizada y mecanismos de respuesta penales. El principio de justicia universal", en AA. VV., *La criminalidad organizada,* J.J. González Rus (Dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 187 y ss.

No abundan las manifestaciones de respaldo de esta decisión: destaca la citada Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado que señala que esta delincuencia "a pequeña escala" afecta "al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego", por lo que su represión está comprendida dentro de una política de protección de la seguridad ciudadana. En particular, menciona la Circular de la Fiscalía a este respecto los hurtos en entidades bancarias o comercios o la utilización de menores de edad para la mendicidad.

[23] VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Trata de seres humanos y delincuencia organizada", en *InDret*, 1/2012, p. 25. De nuevo, la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado es de las pocas voces que defiende esta decisión por su utilidad para perseguir formas de delincuencia en grupo "sin vocación de permanencia ni estructura estable".

[24] *Cfr.* las resoluciones citadas en la n. 13.

### 3.2. Situaciones concursales derivadas de la tipificación de estas nuevas conductas

Como antes se ha indicado, la subsistencia (tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) de la incriminación de la fundación, dirección, presidencia, integración activa y cooperación relevante con asociaciones que tengan "por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada" (arts. 517 y 518 en relación con el art. 515.1º CP) provoca situaciones concursales con el art. 570 *bis* 1 CP[25]. El legislador ha previsto expresamente la resolución de este concurso en el párrafo 2º del art. 570 *quater* 2 CP, caracterizándolo como un concurso de leyes que debe resolverse por la regla de alternatividad[26]. El fundamento de esta decisión legal está vinculado a la identificación jurisprudencial de una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por el art. 515.1º CP (entre los que se incluyen el derecho de asociación como garantía constitucional y el orden público)[27]. La coincidencia de los arts. 515.1º y 570 *bis* CP en la protección de este último bien jurídico daría lugar a una situación de *bis in idem* de aplicarse los dos delitos, conduciendo necesariamente a una situación de concurso de normas[28].

También se plantean situaciones concursales entre los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal y los concretos delitos cometidos por los sujetos precisamente como resultado de esa pertenencia. En estos casos, como regla general, la tutela por los arts. 570 *bis* y *ter* CP de un bien jurídico (el orden público) distinto y autónomo de los bienes jurídicos atacados por los delitos particulares perpetrados por el sujeto permite afirmar la presencia de distintos fundamentos punitivos y, como resultado de ello, la posibilidad de apreciar un concurso de delitos. Las dificultades surgen cuando el CP prevé una cualificación específica para el delito cometido vinculada con la per-

---

[25] MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., en AA. VV., *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 360, apuntan que este concurso no puede producirse con el art. 570 *ter* 1 CP por cuanto los grupos criminales carecen de la estabilidad y el reparto de funciones que jurisprudencialmente se exigen para la apreciación del delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP.

[26] MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* p. 911.

[27] *Cfr.* la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011 (RJ 2011/5727), entre otras.

[28] Precisamente por ello, aun cuando no se hubiera incluido la norma prevista en el art. 570 *quater* 2 CP, sería apreciable un concurso de normas resuelto conforme a la regla de alternatividad, dado que la existencia de elementos típicos distintos en los arts. 515.1º y 570 *bis* 1 CP impide apreciar la regla de especialidad (*cfr.* sobre el particular, OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de Teoría del Delito,* Tecnos, Madrid, 2012, p. 302) y tampoco se dan los requisitos precisos para la aplicación de las reglas de subsidiariedad y consunción. A ello se añade, como señala la Circular 2/2011, que la aplicación de la regla de especialidad en favor del art. 515.1º (en atención a la exigencia en este tipo de una formalidad asociativa) daría lugar a una paradoja punitiva, ya que las penas previstas para los delitos de asociación ilícita son de menor gravedad.

tenencia a la organización o al grupo[29]. En estos casos, a fin de evitar la producción de un *bis in idem* y teniendo en cuenta el carácter subsidiario del concurso de normas frente al concurso de delitos, la situación deberá resolverse mediante la apreciación de un concurso de delitos entre el art. 570 *bis* CP (o, en su caso, el art. 570 *ter* CP) y el tipo básico del concreto delito cometido, sin tomar en consideración en relación con este último la cualificación vinculada con la pertenencia a organización[30]. A mi juicio, la norma prevista en el art. 570 *quater* 2 CP no entraña la obligación de apreciar en estos casos un concurso de normas resuelto conforme a la regla de alternatividad[31], pues lo que hace, en rigor, es remitir la solución a lo "dispuesto en la regla 4ª del artículo 8", remisión que comporta asumir la naturaleza subsidiaria que el art. 8 CP atribuye al concurso de normas frente al concurso de delitos. De este modo, la aplicación de la regla de alternatividad sólo procederá cuando no sea aplicable lo dispuesto en los arts. 73 y siguientes del CP para el concurso de delitos, que son de aplicación preferente en la medida en que con tal aplicación se logre captar el máximo desvalor del hecho posible, sin vulneración del principio *non bis in idem*[32].

---

[29] Lo que ocurre en relación con los delitos tipificados en los arts. 177 *bis,* 183, 187, 188, 189, 197, 262, 264, 270, 273-275, 301, 305, 307, 318 *bis,* 368, 371 y 399 *bis* CP. Cabe destacar que la Ley Orgánica 5/2010 no sólo conservó los tipos cualificados preexistentes, sino que extendió esta posibilidad tanto a delitos para los que no estaba prevista (como el delito relativo a la prostitución del art. 188 CP) como a delitos incorporados por la propia Ley Orgánica (como el delito de trata de seres humanos del art. 177 *bis* CP). Es preciso recordar, a este respecto, que el art. 3.2. de la Decisión Marco prescribía la necesidad de que los Estados adoptaran medidas para que la comisión del delito en el marco de una organización delictiva pudiera "considerarse como una circunstancia agravante".

[30] MUÑOZ CUESTA, F. J., "Organizaciones y grupos criminales. Tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2011, pp. 33 y ss.

[31] MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.,* p. 915, entiende, en cambio, que en estos casos también es de aplicación esta regla. También VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Trata de seres humanos..., op. cit.,* p. 27, defiende la existencia de un concurso de normas en relación, en concreto, con el art. 177 *bis* 6 CP en el que, en su opinión, este último prevalecería en todo caso no sólo por alternatividad, sino también de atenderse a los criterios de especialidad o subsidiariedad. Al criterio de especialidad acude también en estos casos LAMARCA PÉREZ, C., en AA. VV., *Derecho Penal. Parte Especial,* Colex, Madrid, 6ª ed., 2011, p. 765.

En relación con el art. 369 *bis* CP, la reciente Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (RJ 2013/4385), aun cuando expresamente señala que no es posible "excluir otras soluciones alternativas en función de la singularidad del caso concreto" opta por resolver la situación "conforme a las reglas propias del concurso aparente de normas y la relación de especialidad descrita en el art. 8.1 CP" en favor del art. 369 *bis* CP, calificando al art. 570 *quater* 2 CP de "cláusula de cierre para evitar la paradoja de que la nueva regulación (...) conllevara como indeseable consecuencia, determinada por la relación de especialidad, una rebaja de las penas inicialmente previstas para sancionar tipos agravados en relación con conductas en las que la pertenencia a una organización intensifica la lesión al bien jurídico", lo que no acontece en el caso del art. 369 *bis* CP (en el mismo sentido, la posterior Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 [RJ 2014/2864]). Por su parte, las Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012 (RJ 2012/ 4889), 25 de abril de 2012 (RJ 2012/11286), 12 de noviembre de 2013 (RJ 2014/2076) y 1 de octubre de 2012 (RJ 2012/11349) apuntan a la necesidad de atender a la regla de alternatividad, aunque la última de las citadas se cuida de señalar que ésta ha de ser la regla aplicada "en principio".

[32] OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General..., op. cit.,* pp. 290 y ss.

### 3.3. Cláusula de extraterritorialidad

El art. 570 *quater* 3 CP extiende la aplicabilidad de las disposiciones del nuevo Capítulo VI del Título XXII a "toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero"[33]. Como es evidente, la extraterritorialidad en este caso no se predica de la persecución del delito concreto cometido como resultado de la pertenencia a la organización o grupo (pues tal delito debe precisamente haberse cometido en España) sino de la propia conducta de constitución, dirección, pertenencia o integración en la organización o grupo criminal[34]. El tenor del precepto permite la extensión de la jurisdicción española también al castigo de directores e integrantes de la organización o grupo criminal que no hubieran participado en la perpetración del acto penalmente relevante cometido en España[35].

### 3.4. Cláusula de atenuación

Por su parte, el art. 570 *quater* 4 CP permite a los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, imponer la pena inferior en uno o dos grados al responsable de los delitos de constitución, dirección, pertenencia o integración en la organización o grupo criminal que haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos[36].

Aunque la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado califica esta previsión como "tipo privilegiado", en la medida en que no determina la exigencia de elementos

---

[33] Art. 7.1.a) de la Decisión Marco, que contempla también la posibilidad de extensión de la jurisdicción en virtud del principio de personalidad.

[34] MORILLAS CUEVA, L., *Delincuencia organizada..., op. cit.,* p. 206, habla en este sentido de una aplicación extraterritorial "mixta".

[35] MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., en AA. VV., *La reforma penal de 2010..., op. cit.*, p. 366.

[36] Art. 4 de la Decisión Marco, que contempla también la posibilidad -no acogida por nuestro texto legal- de que la pena no llegue a aplicarse. Se trata de una disposición equivalente a las recogidas en los arts. 376.1 y 579.4 CP, que no suponen necesariamente una reducción o evitación de las consecuencias negativas del delito, pero que se consideran comportamientos postdelictivos positivos porque favorecen la acción de la Justicia por propiciar una más rápida persecución del delito o la prevención de otros delitos (OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., "La reparación del bien jurídico como medio de resolución del conflicto penal", en AA. VV., *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables,* Bosch, Barcelona, 2014, p. 127). Esta identidad de fundamento permite aplicar en el caso del art. 570 *quater* 4 CP la doctrina establecida por la Sala 2ª del Tribunal Supremo respecto de los arts. 376.1 y 579.4 CP en resoluciones como las de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006/6407), 17 de julio de 2008 (RJ 2008/5159) y 1 de marzo de 2011 (RJ 2011/2499).

adicionales en la conducta del sujeto activo no se trata en rigor de un tipo especial respecto de los tipos (básicos, según esta tesis) de los arts. 570 *bis* y *ter* CP, sino de una circunstancia atenuante postdelictiva, específica y de particular intensidad[37].

## 4. LA MODIFICACIÓN DEL COMISO

En este ámbito, la Ley Orgánica 5/2010 transpone la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica y acredita la investigación criminológica, el principal objetivo de la delincuencia organizada es la obtención de beneficio económico y, en consecuencia, el seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito constituyen objetivos prioritarios para conseguir una persecución eficaz de este tipo de criminalidad.

A tal efecto, la reforma del 2010 completa la regulación preexistente del comiso, atribuyendo a los jueces y tribunales la posibilidad de un "comiso ampliado" (párrafo 2º del art. 127.1 CP) que alcanza a todos los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, estableciendo una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Deben ser objeto de prueba, de este modo, tanto la realización de actividades ilícitas en el seno de la organización o grupo criminal como la desproporción entre el patrimonio real y los ingresos legales del sujeto condenado, pero no, en cambio, la existencia de una concreta conexión entre los bienes decomisados y el delito por el que se condena al sujeto[38].

## 5. EL PROYECTO DE REFORMA DEL 2013

El Proyecto de Ley Orgánica de 4 de octubre de 2013 (actualmente en tramitación en el Congreso, con un resultado incierto) modifica los arts. 570 *bis* y *ter* CP de una forma ligera y tangencial, ya que se limita a adaptar ambos artículos a la derogación del Libro

[37] MORILLAS CUEVA, L., *Delincuencia organizada..., op. cit.,* pp. 191 y ss. De "subtipo atenuado" habla también LAMARCA PÉREZ, C., en AA. VV., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.,* p. 515 y ss.

[38] QUINTERO OLIVARES, G., en AA. VV., *La reforma penal de 2010..., op. cit.*, pp. 107 y ss. La caracterización exacta de la naturaleza de la presunción es objeto de debate doctrinal; así, mientras que HAVA GARCÍA, E., en AA. VV., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010, op. cit.,* p. 161, y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P., en AA. VV., *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, *op. cit.,* pp. 214 y ss., señalan que se trata de una presunción *iuris tantum*, GALLEGO SOLER, J. I., en AA. VV., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 300, la califica como presunción *iuris et de iure*. El problema se puede plantear cuando los bienes que originan la desproporción con los ingresos legales tienen un origen ilegal, pero se acredita que éste es por completo independiente de las actividades delictivas cometidas en el marco de la organización o grupo criminal. Los términos estrictos del art. 127.1 CP permiten defender que en este caso también es posible acordar el comiso ampliado.

III del CP (con la consiguiente supresión de las faltas) que el Proyecto propone en su Disposición derogatoria única. Esta adaptación se articula mediante la eliminación de la referencia a la perpetración reiterada de faltas en el párrafo segundo *in fine* del art. 570 *bis* 1 CP y la sustitución de la mención a las "faltas" en el apartado c) del art. 570 *ter* 1 CP por una referencia a los nuevos "delitos leves" que establece el Proyecto. En este último caso, además, desaparece la atenuación de la pena que contempla el tenor actual del precepto[39]. Como evidencia la incorporación de los delitos leves al art. 570 *ter* CP, esta modificación no obedece a una convicción sobre la necesidad de reconducir la definición de las organizaciones y los grupos a los términos fijados en la normativa comunitaria (y, por tanto, a los supuestos en los que la finalidad es la comisión de infracciones penales de cierta entidad), sino que es el resultado de una adaptación puramente técnica que ni siquiera puede decirse que dé lugar de modo general a un ámbito menos extenso de incriminación, dado que algunas de las faltas actuales adquieren en el proyecto la naturaleza de delitos leves o, incluso, de delitos menos graves[40].

En otro orden de cosas, este mismo tipo de ajuste es el que contempla el proyecto en relación con el art. 515 CP; esto es, se suprime la referencia a las faltas dada la propuesta de derogación del Libro III, pero se mantiene la tipificación en el art. 515.1 CP de las asociaciones ilícitas que "tengan por objeto cometer algún delito o" que "después de constituidas, promuevan su comisión", reproduciéndose en el proyecto las situaciones concursales que ya han sido objeto de comentario[41].

Por último, y como demostración de la inercia expansiva asociada a la incorporación al texto legal de instituciones en principio excepcionales, se extiende la posibilidad de ordenar el comiso ampliado del art. 127.1 CP a un elevado número de supuestos (concretamente, catorce grupos de delitos), con independencia de que éstos se cometan o no en el seno de organizaciones y grupos criminales. En la descripción de esta institución, extendida ahora incluso a delitos en los que la obtención de un lucro económico no parece inherente a la conducta (como es el caso de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de quince años), se sigue aludiendo a la idea de "presunción", pues se señala que el comiso ampliado puede apreciarse cuando se aprecien indicios suficientes que permitan "presumir" que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas. No obstante, lo cierto es que esta medida ya no se vertebra propiamente a partir de una presunción, sino de una prueba indiciaria en la que se identifican legalmente indicios especialmente cualificados[42].

---

[39] Conforme al cual, en el caso de los grupos que tienen por finalidad la perpetración reiterada de faltas, se debe imponer la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el nº 1 del art. 623 CP, caso en el que se permite la imposición de la pena en toda su extensión.

[40] FARALDO CABANA, P., y CUENCA GARCÍA, M. J., "Organizaciones criminales: Art. 570 *bis 1*", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012,* Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 949 y ss.

[41] *Vid.,* al respecto, FARALDO CABANA, P., y CUENCA GARCÍA, M. J., "Asociaciones ilícitas", en *Estudio crítico..., op. cit.,* p. 944.

[42] PUENTE ABA, L. M., "Comiso en materia de tráfico de drogas: Art. 374 CP", en *Estudio crítico..., op. cit.,* p. 919, quien en consonancia propone sustituir el verbo "presumir" por "inferir" o "evidenciar".

## 6. CONCLUSIONES

A la vista de cuanto se ha indicado, aun cuando, ciertamente, la criminalidad organizada no puede calificarse con propiedad como una nueva amenaza, sí cabe afirmar que las transformaciones en la extensión y la intensidad de este fenómeno, favorecidas fundamentalmente por la globalización, lo dotan de una relevancia cualitativamente distinta como reto para el Derecho. En este contexto, la modificación del Código Penal de 1995 operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, constituye un hito fundamental en el diseño de una política criminal de lucha sistemática contra la criminalidad organizada en España.

Es ésta una reforma que, a juicio de quien suscribe, acierta tanto en la resolución fundamental de incriminar de forma autónoma la dirección y participación en organizaciones criminales como en la atención prestada al comiso como instrumento imprescindible para la persecución eficaz de este fenómeno. Son discutibles, por el contrario, determinadas decisiones de corte tanto técnico (como el régimen innecesariamente intrincado de asignación de penas a las distintas conductas o la generación de un número excesivo de situaciones concursales de difícil resolución) como político-criminal (la extensión de la tipicidad del nuevo delito de integración en organizaciones y en grupos criminales es, en algún aspecto, excesiva).

Por último, las modificaciones que propone introducir en la regulación sustantiva de las organizaciones y grupos criminales el Proyecto de Ley Orgánica de 4 de octubre de 2013 persiguen únicamente ajustar la regulación vigente a la derogación del Libro III del Código Penal que contempla el referido Proyecto. No entraña, por tanto, una variación en la concepción político-criminal fundamental, sino que es una adaptación de carácter puramente formal. Mayor importancia tiene, en el orden de las consecuencias jurídicas del delito, la propuesta de extensión del comiso ampliado del art. 127.1 del Código Penal a una pluralidad de infracciones penales que no han de estar necesariamente conectadas con la criminalidad organizada, propuesta que va asociada a una mutación en la naturaleza de la institución, que, en rigor, deja de estar fundada en una presunción legal para articularse como el resultado de una prueba indiciaria.

## BIBLIOGRAFÍA

FARALDO CABANA, P., y CUENCA GARCÍA, M. J., "Organizaciones criminales: Art. 570 *bis 1*", en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012,* Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA RIVAS, N., y LAMARCA PÉREZ, C., en AA. VV., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010,* Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., "La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea,* Ministerio de Defensa, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ RUS, J.J., "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma", en Anales de Derecho nº 30, 2012.

LAMARCA PÉREZ, C., en AA. VV., *Derecho Penal. Parte Especial,* Colex, Madrid, 6ª ed., 2011.

LLOBET ANGLÍ, M., en AA. VV., *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma,* La Ley, Madrid, 2012.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., y QUINTERO GARCÍA, D., en AA. VV., *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios,* Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., "Delincuencia económica y organizaciones criminales", en AA. VV., *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica,* Comares, Granada, 2012.

MORILLAS CUEVA, L., "Delincuencia organizada y mecanismos de respuesta penales. El principio de justicia universal", en AA. VV., *La criminalidad organizada,* J.J. González Rus (Dir.), Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial,* 18ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, F. J., "Organizaciones y grupos criminales. Tipificación penal imprescindible contra esta forma de delincuencia", en *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 1, 2011.

OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, J., "La reparación del bien jurídico como medio de resolución del conflicto penal", en AA. VV., *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables,* Bosch, Barcelona, 2014.

—, *Derecho Penal. Parte General: elementos básicos de Teoría del Delito,* Tecnos, Madrid, 2012.

ROPERO CARRASCO, J., "¿Es necesaria una reforma penal para resolver los problemas de atribución de responsabilidad y "justo" castigo a la delincuencia organizada?", en *Estudios penales y criminológicos,* nº 27, 2007.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal la LO 5/2010", en *La Ley Penal,* nº 86, octubre 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Trata de seres humanos y delincuencia organizada", en InDret, 1/2012.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal,* Comares, Granada, 2009.

# INICIATIVAS CONTRA LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS BIOLÓGICAS

José María Sánchez Sánchez

*Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico Militar*
*Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil. Ministerio de Defensa.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, no cabe duda de que la amenaza biológica constituye un peligro real, un riesgo difícil de prevenir y de controlar, y de posibles resultados catastróficos que, además, serían obtenidos con un coste irrisorio en comparación con otro tipo de armas, no sólo las convencionales, sino también las de destrucción masiva como las nucleares o las químicas.[1]

Basta con una somera incursión en los medios de comunicación para comprobar que en el panorama actual, marcado, entre otros aspectos, por el conflicto en Ucrania y el rebrote y expansión ciertamente incontrolada del virus del ébola en algunos países africanos, pero con repercusiones en nuestro entorno, sigue preocupando el hecho de que ciertos Estados tengan la capacidad de fabricar en masa determinados virus similares a otros conocidos -como el propio ébola- en variantes mucho más letales,[2] preocupación que no es tanto por el uso que de ellos puedan hacer los actores estatales -aunque también-, como por la posible ocurrencia de accidentes o, especialmente, por

[1] Machín, N., "Las armas biológicas. Perspectivas de futuro", UNISCI Discussion Papers (núm. 35, mayo 2014), p. 210.

Otero V., "Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el Derecho Internacional Humanitario", en Rodríguez-Villasante, J. L. (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 413.

[2] "El virus gemelo del ébola que la URSS convirtió en arma biológica", en el diario ABC del día 11 de agosto de 2014. Puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.abc.es/sociedad/20140811/abci-virus-marburgo-arma-biologica-201408101715.html. Última consulta el 17-ago-2014.

su uso por otros agentes no estatales en cuyas manos pudieran acabar, estando siempre presente la amenaza del terrorismo.

La vigente Estrategia de Seguridad Nacional (ESN)[3] española, aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión del día 31 de mayo de 2013, y en la que tiene su punto de partida este trabajo, reconoce que la proliferación de armas de destrucción masiva -tanto las biológicas, como las nucleares y las químicas- y sus sistemas de lanzamiento supone una grave amenaza para la paz y la seguridad internacional.

Si bien no existe consenso en cuanto a la forma de afrontar el riesgo biológico,[4] lo cierto es que la ESN aborda de forma integral[5] la cuestión de la seguridad y la defensa y recoge como uno de los riesgos y amenazas principales para la seguridad nacional el de las armas de destrucción masiva. No obstante, también la propia ESN reconoce la existencia de importantes dificultades a la hora de hacer frente de forma efectiva a tal amenaza, cuando señala lo siguiente:

> «*Una dificultad especial de los regímenes de verificación y control de las exportaciones de sustancias y agentes químicos y biológicos deriva de su doble uso. Esto constituye un gran reto para la Convención de Armas Químicas y su sistema de verificación, a cargo de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ). Por lo que se refiere a los agentes biológicos, la inexistencia de un protocolo de verificación de la Convención de Armas Biológicas, unido al aumento del potencial uso indebido de la tecnología de doble uso y de los conocimientos científicos en ese ámbito, hacen necesaria la definición de un marco alternativo.*»

En este sentido -y en ello se profundizará más adelante- compartimos las palabras del profesor e investigador Félix Arteaga cuando dice que la ESN presenta una «*visión integral de la seguridad, transversal, transfronteriza, abierta a nuevos actores públicos y privados para proporcionar la libertad, la seguridad, el bienestar y el funcionamiento de los servicios que precisan los ciudadanos*», si bien adolece de una «*insuficiencia de las estructuras y procedimientos de coordinación existentes para afrontar problemas complejos, por lo que acercan la responsabilidad a la Presidencia del Gobierno*».[6]

---

[3] La Estrategia de Seguridad Nacional 2013 puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf. Última consulta 17-ago-2014.

[4] Por ejemplo, Nieva Machín entiende que «*la valoración de bajo riesgo de sufrir un ataque con armas biológicas realizada por la estrategia nacional de seguridad resulta errónea*», en Machín, N., op. cit., p. 213.

[5] Coinciden en este aspecto el investigador Félix Arteaga y el Teniente Coronel de la Guardia Civil Fernando Moure:

Arteaga, F., "La estrategia de Seguridad Nacional 2013", Comentario Elcano (núm. 37/3013, de 31 de mayo 2013), disponible en la siguiente dirección:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-arteaga-estrategia-seguridad-nacional-2013. Ultima consulta 17-ogo-2014.

Moure F., "Contribución del Ministerio del Interior en las líneas de acción de la Estrategia de Seguridad Nacional española", Cuadernos de la Guardia Civil (núm. 48/2014), p.131.

[6] Arteaga, F., op. cit.

Al hilo de lo anterior, y de la especial responsabilidad que en este campo cabe atribuir a la Presidencia del Gobierno, habrá de prestarse especial atención a la forma en que el nuevo Sistema Nacional de Protección Civil[7] se imbrique en el Sistema de Seguridad Nacional determinado por la ESN, pues no son deseables disfunciones en el Sistema de Seguridad Nacional por falta de una clara y determinante delimitación de competencias entre los distintos intervinientes -ya sea por exceso o por dejación- o por infracción de algunos de los principios constitucionales que afectan a todas las Administraciones Públicas, como es el de coordinación (art. 103.1 de la Constitución Española de 1978).[8]

A continuación se expondrán algunas de las iniciativas adoptadas con la intención de luchar y acabar con la proliferación de armas biológicas, tanto las más destacadas por su universalidad e iniciativa, como algunas otras -fruto de las anteriores- en las que España tiene o ha tenido participación activa.

Ello nos llevará necesariamente a efectuar un breve examen sobre la legislación española en el campo de la no proliferación de armas biológicas -con una necesaria incursión en una concreta parcela de la lucha contra las armas químicas-, a fin de comprobar y valorar si se cumplen los mandatos recogidos en los principales instrumentos internacionales al respecto.

## 2. LA CONVENCIÓN DE ARMAS BIOLÓGICAS Y TOXÍNICAS

Sin olvidar el importante precedente del Protocolo de Ginebra de 1925[9], que prohíbe el uso bélico de los medios bacteriológicos[10] -y, por tanto, más incardinada en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario-, el principal instrumento internacional en esta materia es la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y su destruc-

[7] En el Consejo de Ministros del día 29 de agosto de 2014 se da cuenta de la recepción del informe elaborado por el Ministerio del Interior referente al Anteproyecto de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil. La referencia del Consejo de Ministros y el texto pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2014/refc20140829.aspx. Última consulta el día 30 de agosto de 2014.

[8] Dice el artículo 103.1 CE: «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*.»

[9] Protocolo de Ginebra, de 1925, sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. Su texto puede consultarse en la siguiente dirección electrónica:

http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1925-gases-and-bacteriological-protocol-5tdm2p.htm. Última consulta el día 20 de agosto de 2014.

[10] Puede encontrarse una interesante evolución histórica sobre la prohibición de las armas biológicas en Soteras, F., "Las armas biológicas y toxínicas: La consideración de su empleo como un crimen de guerra", *Revista Española de Derecho Militar* (núm. 98, julio-diciembre de 2011), pp. 251-257.

ción (CABT)[11], de 10 de abril de 1972, que entró en vigor el día 26 de marzo de 1975, y de la que a día de hoy forman parte 170 Estados.[12]

En virtud de las obligaciones adquiridas en la CABT, cada Estado Parte en ella se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o, de cualquier otra forma, adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia, tanto los agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos, como las armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados. También se obliga a destruir o a desviar hacia fines pacíficos todos los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores citados que estén en su poder o bajo su jurisdicción o control, así como a no traspasarlos a nadie, sea directa o indirectamente, y a no ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado, grupo de Estados u organizaciones internacionales a fabricarlos o adquirirlos de otra manera (arts. 1 a 3 CABT).

Por otro lado, y es lo más importante a efectos de este trabajo, pues no en vano está dedicado a los nuevos retos que debe afrontar el Derecho, los Estados Partes en la CABT se comprometen a adoptar, en conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para prohibir y prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los indicados agentes, toxinas, armas, equipos y vectores en el territorio de dicho Estado, bajo su jurisdicción o bajo su control en cualquier lugar (art. 4.1 CABT).

No cabe duda de que la CABT supone un paso importante en materia de desarme -fue texto pionero en este campo-, teniendo en cuenta que ha sido ratificada por un número importante de Estados. No obstante, también existe un consenso generalizado en que la mayor carencia que presenta es la ausencia de un mecanismo de verificación[13] similar al existente en materia de armas químicas.

---

[11] El Instrumento de Ratificación por España y el texto de la Convención se publicaron en el BOE núm. 165, de 11 de julio de 1979.

[12] Fuente: Comité Internacional de la Cruz Roja. Puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=BACF97285A9CB2A2C12563CD002D6C88&action=openDocument. Última consulta el día 19 de agosto de 2014.

[13] Ballesteros, M. A., "Proliferación de armas de destrucción masiva", *Tiempo de Paz* (núm. 102, otoño 2011). Puede consultarse en la siguiente dirección electrónica:

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/revistas/ProliferacionArmasDestruccionMasiva_BallesterosMartin.pdf. Última consulta el día 22 de agosto de 2014.

Borreda, F, "Las armas químicas y las biológicas", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), p. 79.

De Salazar, G., "La VII Conferencia de Examen de la Convención de Armas Bacteriológicas y Toxínicas: Balance y perspectivas", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (núm. 15/2012, de 21 de febrero de 2012). Puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2012/DIEEEO15-2012_VIIConf_GSal.pdf. Ultima consulta el día 19 de agosto de 2014. Machín, N., op. cit., pp. 207-209.

Ballesteros, M. A., "Proliferación de armas de destrucción masiva", *Tiempo de Paz* (núm. 102, otoño 2011).

La implementación de la CABT en el ámbito doméstico requiere dos tipos complementarios de medidas: la promulgación de prohibiciones relacionadas con el desarrollo, la producción, el almacenaje, la adquisición, la retención y la transferencia de armas biológicas y sus medios vectores; y las medidas de prevención con relación al uso dual de agentes, equipo y tecnologías.[14]

## 3. LA RESOLUCIÓN 1540

En virtud de la Resolución 1540 (2004),[15] el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas abordó la cuestión de las armas de destrucción masiva, y lo hizo de forma novedosa, pues se ocupó de ella desde un punto de vista integral y global, siguiendo la pauta marcada por la CABT.

Así, en dicha Resolución decidió que todos los Estados debían abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que tratasen de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores. Decidió, igualmente, que todos los Estados debían adoptar, de conformidad con sus procedimientos nacionales, leyes apropiadas y eficaces que prohíban a cualquier agente no estatal la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas. También se decidió la obligación para los Estados de adoptar medidas eficaces de control a fin de evitar la proliferación de ese tipo de armas.

Igualmente, en virtud de dicha Resolución se creó un Comité, el denominado *Comité 1540*, al que deberán rendir informe todos los Estados sobre las medidas que hayan adoptado o tengan previsto adoptar para aplicar la Resolución. En enero de 2014, la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas habían presentado tal informe y más de la mitad habían presentado la información complementaria[16]

---

Borreda, F, "Las armas químicas y las biológicas", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), p. 79.

[14] Sobre este particular, ofrece interesante información VERTIC, organización independiente y sin ánimo de lucro que presta apoyo al desarrollo, implementación y verificación de acuerdos internacionales, con especial énfasis en la CABT. Su página web es accesible en la siguiente dirección electrónica: http://www.vertic.org/pages/homepage/about/about-vertic.php.

[15] Resolución 1540 (2004), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4956ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2004 [S/RES/1540 (2004)]. Puede consultarse en la siguiente dirección electrónica:

http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1540%20(2004). Última consulta el día 20 de agosto de 2014.

[16] Fuente: Comité 1540 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/es/sc/1540/.

requerida por la Resolución 1977 (2011),[17] continuadora de la anterior, siendo España uno de los Estados que ha cumplido con tales obligaciones, presentando tres informes, el último de ellos en marzo de 2014,[18] en los que se aprecia el alto nivel de cumplimiento respecto de las obligaciones derivadas de la Resolución 1540.

Por su parte, la Unión Europea también juega un papel importante en este campo y viene apoyando de forma expresa la Resolución 1540 y adoptando medidas para su aplicación.[19]

## 4. LA INICIATIVA SOBRE LA SEGURIDAD DE LA PROLIFERACIÓN

Esta iniciativa internacional (Proliferation Security Initiative -PSI-), en la que España tuvo una importante participación en su creación,[20] y que ahora es definida de forma un tanto crítica como «*herramienta americana con respaldo multinacional*»,[21] surgió en el año 2003 como un intento de ofrecer una respuesta multinacional al problema de la proliferación de armas de destrucción masiva, tratando de coordinar las acciones de los Estados parte en el marco de sus legislaciones nacionales y de las internacionales.

Actualmente forman parte de ella 102 Estados,[22] de los cuales 21, entre los que se encuentra España, configuran el llamado Grupo de Expertos Operativos (Operational Experts Group -OEG-), que son los que lideran la Iniciativa ofreciendo herramientas legales y expertos en diferentes áreas (policial, militar, aduanera, judicial) para lograr los objetivos de la Iniciativa, diseñando y organizando reuniones, grupos de trabajo o ejercicios.

La PSI no se constituye como ningún tipo de organización, sino como lo que su propio nombre indica, es decir, una mera iniciativa, a través de la cual un buen núme-

---

[17] Resolución 1977 (2011), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6518ª sesión, celebrada el 20 de abril de 2011 [S/RES/1540 (2004)]. El texto de la Resolución puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1977%20(2011). Última consulta el día 30 de agosto de 2014.

[18] Puede encontrarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.un.org/es/sc/1540/national-implementation/pdf/spainreport11mar2014(s).pdf. Última consulta el día 25 de agosto de 2014.

[19] Véase la Decisión 2013/391/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2013, de apoyo a la aplicación práctica de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L198/40, de 23 de julio de 2013).

[20] Sobre su origen, puede consultarse Hidalgo, Mª M., "Décimo aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative)", *Documento Informativo del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (núm. 18/2013, de 12 de junio de 2013).

[21] Guisández, J., "Iniciativas multilaterales de no proliferación", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), p. 38. En parecido sentido, Arteaga, F., "La contraproliferación", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), p. 94.

[22] Fuente: http://www.psi-online.info/Vertretung/psi/en/Startseite.html. Última consulta el día 21 de agosto de 2014.

ro de Estados trata de luchar contra la proliferación de armas de destrucción masiva. Ello implica una serie de dificultades, como la ausencia de obligaciones vinculantes, pero lo cierto es que el grado de compromiso de la mayoría de los Estados de alto y, a pesar de ciertas reticencias, el intercambio y puesta en común de información puede considerarse como satisfactorio, lo mismo que el respeto por las especificidades legales internas de cada Estado participante.

## 5. ACCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

La participación de la Unión Europea en la lucha contra la proliferación de armas biológicas no es desdeñable. El 12 de diciembre de 2003, el Consejo Europeo adoptó la Estrategia de la Unión Europea contra la proliferación de armas de destrucción masiva.[23] La citada Estrategia, por lo que a este trabajo concierne, recoge una serie de medidas entre las cuales está la de reforzar la CABT, su cumplimiento ante la ausencia de medidas de verificación y el liderazgo de la Unión para fortalecer la normativa comercial relativa a las sustancias que pueden utilizarse para la producción de armas biológicas y en el apoyo a la aplicación nacional de la CABT.

En el marco de esos esfuerzos relacionados con la universalización, la aplicación y el fortalecimiento de la CABT, en los años 2006, 2008 y 2012 el Consejo adoptó tres Acciones Comunes en apoyo de la CABT en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de las armas de destrucción masiva,[24] Acciones que siempre han mostrado un interés especial, entre otras cosas, por lograr que el número de Estados Partes de la CABT aumentase y por que los que ya fuesen Parte adoptasen las medidas legislativas necesarias para una adecuada implementación en su ámbito doméstico de las prescripciones de la CABT.

En ese sentido, a raíz de la Acción Común 2008/858/PESC, dos Estados solicitaron asistencia de la Unión para esa adecuada implementación y ambos -Perú y Nigeria- se beneficiaron de forma especial de la asistencia facilitada por los técnicos de la Unión Europea. Ha de destacarse que España tuvo una especial participación en el caso de Perú, por evidentes razones culturales y lingüísticas, aportando un miembro del hoy extinto Departamento de Infraestructura y Seguimiento para Situaciones de Crisis

[23] Disponible en http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&f=ST%2015708%202003%20INIT. Última consulta el día 22 de agosto de 2014.

[24] Acción Común 2006/184/PESC, de 27 de febrero, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 65/51, de 7-mar-2006). Acción Común 2008/858/PESC, de 10 de noviembre, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 302/29, de 13-nov-2008). Acción Común 2012/421/PESC, de 23 de julio, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 196/61, de 24-jul-2012).

(DISSC) [25] de Presidencia del Gobierno al Grupo de Expertos encargados de asesorar a dicho Estado para la adopción de medidas legislativas en su derecho interno, a fin de implementar de forma efectiva las disposiciones de la CABT.

## 6. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como se ha expuesto con anterioridad, tanto de la CABT como de la Resolución 1540 se derivan una serie de obligaciones para los Estados Partes, entre las que se encuentra la de adoptar en su respectiva legislación interna las disposiciones derivadas de ambos instrumentos. Veamos a continuación de forma somera cuál es la normativa española al respecto.

### 6.1. Principios de la implementación de la CABT en España

España firmó el original de la CABT el 10 de abril de 1972 y depositó su instrumento de ratificación el 20 de junio de 1979. Como es habitual, no se produjo un acto de implementación formal de sus obligaciones, sino que se ha de acudir al artículo 96 de la Constitución Española, en cuya virtud los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Así, el día 11 de julio de 1979 se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Instrumento de Ratificación de la CABT y, consiguientemente, el texto de la CABT.[26]

Si bien ya se tuvo en cuenta la CABT en diversas reformas legislativas, la primera mención expresa en el Derecho interno español a las obligaciones derivadas de la CABT se produce con el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso aprobado por el Real Decreto 1782/2004, de 30 de julio,[27] el cual fue sustituido a finales de 2008 por un nuevo Reglamento[28], que, a su vez, ha sido recientemente derogado por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de con-

[25] El día 24 de julio de 2012 entró en vigor el Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de modificación del R.D. 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno (BOE núm. 175, de 23 julio de 2012), y en cuya virtud se creaba el Departamento de Seguridad Nacional en la Presidencia del Gobierno, desapareciendo el DISSC.

[26] Véase nota a pie de página número 11.

[27] Real Decreto 1782/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2004).

[28] Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009).

trol del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso[29] y al que se aludirá más adelante.

La asunción de las obligaciones derivadas de la CABT se ha ido efectuando de forma paulatina, y mediante la modificación o promulgación de diversas normas jurídicas que tienen relación con su objeto, y que pueden ser encuadradas en cuatro ámbitos: penal, laboral, comercial y de la bioseguridad.

## 6.2. Ámbito penal

### *6.2.1. Código Penal*[30]

Son varios los preceptos que nuestro Código Penal (CP) dedica a las armas biológicas. Especialmente han de ser destacados los artículos 566 y 567, pues recogen de forma específica aspectos directamente previstos por la CABT como obligaciones que deben asumir los Estados Partes en el Convenio.

Así, en el artículo 566 CP se castiga:

— a los que trafiquen con armas biológicas. Para definir qué se entiende por armas biológicas, el CP se remite a los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte (art. 567 CP);

— a los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas biológicas no autorizados, significándose que a los efectos del CP, se considera como depósito de armas biológicas, su fabricación, comercialización (tanto adquisición como enajenación) o tenencia (art. 567 CP); y

— a los que desarrollen o empleen armas biológicas o inicien preparativos militares para su empleo; se especifica que el desarrollo de armas biológicas incluye cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma biológica o la modificación de una preexistente (art. 567 CP).

También, en virtud de la reforma operada en el año 2010 en el CP,[31] se tipifica como delito en el artículo 566 CP la no destrucción de armas biológicas con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

[29] Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 207, de 26 de agosto de 2014).

[30] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

[31] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

Además de lo anterior, *ex* artículo 160 CP se penaliza la producción de armas biológicas o exterminadoras de la especie humana mediante la utilización de la ingeniería genética.

En otro orden de cosas, en el año 2003 se introdujo en el artículo 561 CP[32] una mención específica a las sustancias biológicas, que ya castigaba al que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirmare falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto.[33]

También conviene traer a colación las disposiciones contenidas en los artículos 348 y 349 CP. El artículo 348.1 CP castiga a los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de sustancias tóxicas, contraviniendo las normas de seguridad establecidas, pongan en concreto peligro la vida, la integridad física, la salud de las personas, o el medio ambiente. Y el artículo 349 castiga a los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, pongan en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente.

### *6.2.2. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando*[34]

También está directamente vinculada esta norma penal especial con la CABT, pues en su redacción actual tipifica específicamente como delito el contrabando de agentes biológicos y de toxinas, con independencia de su valor [artículo 2.3.a)], definiéndose «*agentes biológicos o toxinas*» por remisión al artículo 1 de la CABT (artículo 1.19).[35] A estos efectos, por contrabando se entiende cualquiera de las acciones previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley.[36]

---

[32] Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

[33] Art. 561 CP: «*El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida.*»

[34] Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995).

[35] Hasta la reforma operada en esta Ley en el año 2011 (Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio), había de acudirse a la figura delictiva de la exportación de material de doble uso sin autorización o con autorización fraudulenta cuando su valor fuese superior a 3.000.000 de pesetas, incluyéndose entre dicho material las sustancias indicadas en el artículo 3 de la CABT.

[36] Artículo 2. Tipificación del delito.

1. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

## 6.3. Ámbito laboral

Ha de mencionarse en este apartado el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.[37] Dicha norma determina qué se entiende por agentes biológicos, microorganismos y cultivo celular, clasificando los agentes biológicos en cuatro grupos, en función del riesgo de infección, desde el poco probable al muy peligroso, estableciendo una lista de agentes biológicos, clasificados en función del riesgo que presentan.

---

b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

[…]

d) Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.

e) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) nº 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.

f) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.

g) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.

2. Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:

[…]

b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:

Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.

[…]

c) Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes:

1º La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

2º El Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.

[…]

[37] Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1997).

Además, se establecen obligaciones para trabajadores y empresarios relativas a los siguientes aspectos:

— identificación, evaluación y reducción de riesgos;
— sustitución de agentes biológicos;
— medidas higiénicas;
— vigilancia de la salud de los trabajadores;
— documentación;
— notificación a la autoridad laboral;
— información a las autoridades competentes; e
— información y formación de los trabajadores.

### 6.4. Ámbito comercial

#### *6.4.1. Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso*[38]

La referida Ley hace referencia expresa a la CABT y a la Resolución 1540, dando cumplimiento a las obligaciones derivadas de ambos instrumentos de establecer medidas de control sobre las transferencias de los agentes biológicos y toxinas y de los equipos y tecnologías conexos. Además, se reitera el compromiso de España con el impulso de un Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas y se reafirma el deber de España de cumplir todas las obligaciones internacionales con las que se ha comprometido en este campo.

Con la promulgación de esta ley se elevó de rango la normativa reguladora del comercio internacional de material de defensa y de doble uso, hasta entonces regulado por el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso del año 2004,[39] lo que contribuye a que los controles se ejerzan con mayor eficacia.

#### *6.4.2. Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso*[40]

Mantiene el principio general de la necesidad de autorización administrativa previa para poder efectuar transferencias de material de doble uso. Esta autorización se otorgará o no teniendo en cuenta la existencia de indicios racionales de que el ma-

[38] Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

[39] Véase nota a pie de página núm. 27.

[40] Véase nota a pie de página núm. 29.

terial de defensa, el otro material o los productos y tecnologías de doble uso puedan ser empleados en acciones que perturben la paz, la estabilidad o la seguridad en un ámbito mundial o regional, puedan exacerbar tensiones o conflictos latentes, puedan ser utilizados de manera contraria al respeto debido y la dignidad inherente al ser humano, con fines de represión interna o en situaciones de violación de derechos humanos, tengan como destino países con evidencia de desvíos de materiales transferidos o puedan vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España, los intereses generales de la defensa nacional y de la política exterior del Estado. En este sentido, se autoriza a la Administración a retener el material de doble uso en tránsito por el espacio soberano español cuando concurran las circunstancias anteriores.

Concretamente, y por lo que respecta a las obligaciones derivadas de la CABT, el artículo 2.3.a) párrafo 5º del vigente Reglamento mantiene la sujeción a control ya establecida en los anteriores:

> «*Estarán sujetas a control las transferencias de productos y tecnologías de doble uso a que se refiere la prohibición contemplada en el artículo III de la Convención de 10 de abril de 1972 sobre la prohibición de desarrollo, producción y almacenamiento de las armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, relativas a agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción; de los equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.*»

## 6.5. Ámbito de la bioseguridad

### *6.5.1. Orden PRE/305/2009, de 10 de febrero, por la que se crea la Red de Laboratorios de Alerta Biológica "RE-LAB"*[41].

La creación de la RE-LAB es uno de los principales pasos dados en esta materia recientemente y posiblemente el principal hito práctico del DISSC en los últimos años antes de crearse el Departamento de Seguridad Nacional (DSN).[42]

La RE-LAB desempeña funciones en el ámbito de la seguridad biológica, en especial en todo lo relacionado con la detección e identificación de agentes biológicos peligrosos en las áreas de salud humana, sanidad ambiental, seguridad alimentaria, sanidad animal y sanidad vegetal, y concretamente, de conformidad con el artículo 3 de la expresada Orden:

a) Detección de posibles alertas por agentes biológicos.

b) Apoyo científico-técnico, en crisis biológicas, al Gobierno de la Nación, como una infraestructura científico-técnica especializada del Sistema Nacional de Gestión de Situaciones de Crisis.

[41] 6.5.1. Orden PRE/305/2009, de 10 de febrero, por la que se crea la Red de Laboratorios de Alerta Biológica "RE-LAB" (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2009).

[42] Véase nota a pie de página número 25.

c) Creación y mantenimiento de una red informática para interconexión de datos y compartimiento de información entre los laboratorios de la RE-LAB, integrando en red la detección e identificación de riesgos, la planificación y preparación de respuestas y el desarrollo de las intervenciones que corresponda a cada uno de los Departamentos con competencias sectoriales en las áreas anteriormente mencionadas dentro de las Administraciones Públicas.

d) Establecimiento de contactos con la Red Europea de Alertas Biológicas y otras redes internacionales similares.

e) Elaboración de protocolos de primera actuación y respuesta rápida (toma de muestras, traslado de las mismas, comunicaciones, etc.).

f) Puesta en marcha de técnicas novedosas de detección e identificación de agentes biológicos y optimización de las existentes.

g) Coordinación de la intervención adecuada de los laboratorios en cada actuación, así como de las informaciones y las comunicaciones derivadas de las actuaciones de las distintas Instituciones que participan en la respuesta.

h) Apoyo y coordinación de los medios científico-técnicos necesarios para la toma de decisiones de la autoridad competente en cada caso, en las situaciones de alerta y emergencia por agentes biológicos peligrosos.

i) Formación en el ámbito de estas funciones.

#### *6.5.2. Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente*[43]

Dicha norma tiene por objeto prevenir los eventuales riesgos o reducir los posibles daños que para la salud humana y el medio ambiente pudiesen derivarse de tales actividades. Parte del principio de la necesidad de autorización administrativa previa, ya sea de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, y del principio de la prevención y cautela, en evitación de los potenciales efectos adversos que para la salud humana y el medio ambiente pudieran surgir. Por todo ello, la evaluación de los riesgos asociados a los organismos modificados genéticamente se realizará *caso por caso* y la liberación se producirá *paso a paso*, es decir, sólo se procederá a la liberación de los organismos modificados genéticamente cuando la evaluación de las etapas anteriores revele que puede pasarse a la siguiente sin existencia de riesgos. También rige el principio de información y participación pública, en el sentido de que se garantiza la consulta al público antes de autorizar las actividades y el acceso de los ciudadanos a la información sobre las liberaciones o comercializaciones autorizadas.

[43] Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2003).

La Ley crea la Comisión Nacional de Bioseguridad[44], órgano consultivo de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, que deberá emitir con carácter preceptivo informe acerca de las solicitudes de autorización. Su regulación se encuentra recogida en el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, aprobado por Real Decreto 178/2004, de 30 de enero.[45]

### *6.5.3. Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*[46]

Esta norma determina la necesidad de obtener autorizaciones especiales en el caso de vacunas y productos biológicos utilizables como medicamentos, así como en el caso de la fabricación de medicamentos para la exportación. Además, se establecen garantías sanitarias para el control del comercio exterior de medicamentos y de trazabilidad de los medicamentos.

## 7. LA AUTORIDAD NACIONAL PARA LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS QUÍMICAS

Si bien el objeto de esta ponencia son las armas biológicas, conviene efectuar una referencia a la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción (CAQ), de 13 de enero de 1973,[47] y a determinada regulación que, en cumplimiento de las obligaciones emanadas de la CAQ, se ha promulgado en España, a fin de establecer términos comparativos con la CABT y poder extraer las conclusiones pertinentes.

---

[44] Sustituye a la Comisión Nacional de Biovigilancia, que fue creada en virtud del Real Decreto 1697/2003, de 12 de diciembre (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2003), derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2010).

[45] Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2004).

[46] Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2006).

[47] El Instrumento de Ratificación por España y el texto de la Convención se publicaron en el BOE núm. 300, de 13 de diciembre de 1996. Actualmente cuenta con 190 Estados Partes (fuente OPAQ, en http://www.opcw.org/nc/sp/acerca-de-la-opaq/estados-miembros, última consulta el día 22 de agosto de 2014).

En este sentido, la CAQ, a fin de lograr sus fines de erradicar las armas químicas, implanta un sistema de sistema de verificación que garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de los Estados Partes, a través de la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ). Además, la CAQ prevé la designación de una Autoridad Nacional, con la responsabilidad de asegurar en el ámbito interno la aplicación efectiva de las obligaciones derivadas de la CAQ, además de servir de enlace con la OPAQ y con los demás Estados Partes.

En España, la Autoridad Nacional para la Prohibición de las Armas Químicas (ANPAQ) se constituyó mediante el Real Decreto 663/1997, de 12 de mayo,[48] que determina su composición y funciones, siendo éstas las siguientes (art. 2):

1. Garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de España en virtud de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.
2. Mantener un enlace eficaz entre España y la OPAQ, así como con los otros Estados Parte de la CAQ.
3. Defender, dentro del respeto a la CAQ, los legítimos intereses nacionales en la OPAQ y en las relaciones con otros Estados Parte.
4. Coordinar las actividades de la totalidad de los organismos de la Administración General del Estado para la aplicación de la CAQ.
5. Instar la aprobación de las disposiciones y la adopción de las medidas que fueran necesarias para la aplicación de la CAQ.
6. Ejercer las competencias que en materia sancionadora le sean legalmente atribuidas.
7. Adoptar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información obtenida en virtud de lo dispuesto en la CAQ.
8. Establecer los criterios para el eficaz cumplimiento de las misiones de control llevadas a cabo tanto por la OPAQ como a instancia de la propia Autoridad Nacional, asegurándose también la protección de los intereses, tanto públicos como privados.
9. Requerir la información exigida por la CAQ a las personas físicas o jurídicas afectadas por la misma.
10. Coordinarse con los órganos competentes en materia de comercio exterior respecto a la importación y exportación de las sustancias químicas previstas en la CAQ.

[48] Real Decreto 663/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de la autoridad nacional para la prohibición de las armas químicas (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1997).

## 8. CONCLUSIONES

Las anteriores consideraciones permiten extraer una serie de conclusiones que, en general, nos llevan a afirmar que España se encuentra entre los Estados plenamente comprometidos con la erradicación de las armas biológicas, sin perjuicio de indicar que, desde el punto de vista jurídico, existe campo para la adopción de ulteriores medidas que determinen un más firme compromiso con la cuestión. Así:

1. España ha implementado adecuadamente las obligaciones derivadas de la CABT y de la Resolución 1540 en su Derecho interno. Se han adoptado medidas prohibitivas relacionadas con el desarrollo, la producción, el almacenaje, la adquisición, la retención y la transferencia de armas biológicas y sus medios vectores que llevan aparejadas penas privativas de libertad, así como medidas de prevención relacionadas con el uso dual de agentes, equipo y tecnologías.

2. España ha cumplimentado también las obligaciones derivadas de la Resolución 1540 en cuanto a facilitar información al Comité 1540, debiendo continuar en esta línea.

3. España participa en diversos foros internacionales que tienen por objeto la erradicación de las armas biológicas. Fue uno de los fundadores de la PSI y ha tenido participación activa en la Iniciativa, considerándose importante la presencia y participación en ella, impulsada y coordinada por el Departamento de Seguridad Nacional de Presidencia del Gobierno. No en vano, en el seno de la PSI, entre otras cosas, se efectúan seguimientos y puestas en común de los avances y novedades legislativas adoptadas por los Estados miembros en el campo de la no proliferación de armas de destrucción masiva.

4. En el mismo sentido, creemos muy conveniente que España apoye decididamente las iniciativas de la Unión Europea encaminadas a que aumenten los Estados Partes en la CABT y aquellas otras que tiene por objeto prestar asistencia técnico-jurídica a los Estados que la soliciten para implementar las disposiciones de la CABT -y consiguientemente de la Resolución 1540- en su Derecho interno.

5. Dadas las obligaciones dispares derivadas de la CABT y de la CAQ, no existe en España un organismo similar a la Autoridad Nacional para la Prohibición de la Armas Químicas. No obstante, resultaría interesante ofrecerse a la comunidad internacional como Estado líder en materia de verificación creando un organismo *ad hoc* similar a la ANPAQ o, al menos, residenciar formalmente en dicha Autoridad las mismas funciones que tiene en relación con las armas químicas, pero relativas a las biológicas.

6. La creación de DSN no debiera ser una mera formalidad que no tenga otras repercusiones que la de cambiar el nombre al anterior DISSC y unas pequeñas adaptaciones orgánicas y organizativas. El esfuerzo de la erradicación de

las armas biológicas debe recaer en el DSN. En este sentido, la promulgación de la ESN 2013 ha de servir como punto de partida para que el DSN tenga realmente un papel trascedente en ese esfuerzo, lo lidere, coordine, vele por él y establezca las líneas de acción que deben ser adoptadas por nuestro país en los próximos años, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA, F., "La estrategia de Seguridad Nacional 2013", *Comentario Elcano* (núm. 37/3013, de 31 de mayo 2013).

—, "La contraproliferación", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), pp. 87-100.

BALLESTEROS, M. A., "Proliferación de armas de destrucción masiva", *Tiempo de Paz* (núm. 102, otoño 2011).

BORREDA, F, "Las armas químicas y las biológicas", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), pp. 73-85.

DE SALAZAR, G., "La VII Conferencia de Examen de la Convención de Armas Bacteriológicas y Toxínicas: Balance y perspectivas", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (núm. 15/2012, de 21 de febrero de 2012).

GUISÁNDEZ, J., "Iniciativas multilaterales de no proliferación", *Documentos de Seguridad y Defensa del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* (núm. 27, marzo 2009), pp. 31-48.

HIDALGO, Mª M., "Décimo aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative)", *Documento Informativo del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (núm. 18/2013, de 12 de junio de 2013).

MACHÍN, N., "Las armas biológicas. Perspectivas de futuro", *UNISCI Discussion Papers* (núm. 35, mayo 2014), pp. 205-221.

MOURE, F., "Contribución del Ministerio del Interior en las líneas de acción de la Estrategia de Seguridad Nacional española", *Cuadernos de la Guardia Civil* (núm. 48/2014), p.131-157.

OTERO V., "Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el Derecho Internacional Humanitario", en Rodríguez-Villasante, J. L. (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 399-438.

SOTERAS, F., "Las armas biológicas y toxínicas: La consideración de su empleo como un crimen de guerra", *Revista Española de Derecho Militar* (núm. 98, julio-diciembre de 2011), pp. 251-271.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

Acción Común 2006/184/PESC, de 27 de febrero, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 65/51, de 7-mar-2006).

Acción Común 2008/858/PESC, de 10 de noviembre, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 302/29, de 13-nov-2008).

Acción Común 2012/421/PESC, de 23 de julio, en apoyo de la Convención de armas bacteriológicas y toxínicas en el marco de la ejecución de la estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 196/61, de 24-jul-2012).

Anteproyecto de Ley del Sistema Nacional de Protección Civil. Ministerio del Interior. Gobierno de España. 2014.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 1978).

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas y sobre su destrucción, de 10 de abril de 1972 (BOE núm. 165, de 11 de julio de 1979).

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción, de 13 de enero de 1973 (BOE núm. 300, de 13 de diciembre de 1996).

Decisión 2013/391/PESC del Consejo, de 22 de julio de 2013, de apoyo a la aplicación práctica de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L198/40, de 23 de julio de 2013).

Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE núm. 100, de 26 de abril de 2003).

Ley 29/2006, de 26 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio de 2006).

Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1995).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 junio de 2010).

Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (BOE núm. 156, de 1 de julio de 2011).

Orden PRE/305/2009, de 10 de febrero, por la que se crea la Red de Laboratorios de Alerta Biológica "RE-LAB" (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2009).

Protocolo de Ginebra, de 1925, sobre la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

Real Decreto 663/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de la autoridad nacional para la prohibición de las armas químicas (BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1997).

Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 1997).

Real Decreto 1697/2003, de 12 de diciembre, por el que se crea la Comisión Nacional de Biovigilancia (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2003).

Real Decreto 178/2004, de 30 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2004).

Real Decreto 1782/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2004).

Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009).

Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo, de modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley de libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2010).

Real Decreto 1119/2012, de 20 de julio, de modificación del R.D. 83/2012, de 13 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno (BOE núm. 175, de 23 julio de 2012).

Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE núm. 207, de 26 de agosto de 2014).

Resolución 1540 (2004), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4956ª sesión, celebrada el 28 de abril de 2004 [S/RES/1540 (2004)].

Resolución 1977 (2011), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 6518ª sesión, celebrada el 20 de abril de 2011 [S/RES/1540 (2004)].

# EL PROGRAMA NUCLEAR IRANÍ: UNA CUESTIÓN SENSIBLE PARA LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y EL RÉGIMEN DE NO PROLIFERACIÓN

Alfonso J. Iglesias Velasco

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid*

Anass Gouyez Ben Allal

*Doctorando en Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid*

## 1. INTRODUCCIÓN

El programa nuclear iraní se enmarca en uno de los grandes debates en los que se encuentra inmersa la comunidad internacional. El régimen de los ayatolahs alterna su discurso entre la defensa de su legitimidad a desarrollar un programa civil en virtud del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP), el deseo de demostrar su capacidad atómica, y su ausencia de cooperación a la verificación internacional de su programa nuclear, lo que genera el lógico recelo de la comunidad internacional[1].

[1] Véanse por ejemplo Arredondo, R., "El plan nuclear iraní a la luz del derecho internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº11, 2006, disponible en http://www.reei.org/index.php/revista/num11/notas/plan-nuclear-irani-luz-derecho-internacional. Fecha de consulta: 1 de julio de 2014; Ibáñez, F., "El programa nuclear iraní: estado de la cuestión y posibles escenarios", en *Relaciones Internacionales*, nº16, 2011, disponible en la siguiente web: http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/271/236.html. Fecha de consulta: 5 de julio de 2014; y Zaccara, L., "Irán y la cuestión nuclear", en *Política Exterior*, nº109, 2006, pp. 113-121, en http://www.uam.es/otroscentros/TEIM/archivos/documentos/lucianozaccara_polext.pdf. Fecha de consulta: 10 de julio de 2014.

Para el régimen iraní el desarrollo de un programa nuclear es más que cuestión de supervivencia, pues supone la suma de varias motivaciones: aúna a la vez búsqueda de prestigio, afirmación de identidad nacional, fuerza de disuasión, fortalecimiento del poder en la escena política interior, independencia política, equiparación con las potencias occidentales, y sobre todo búsqueda de liderazgo regional. Irán está tratando de constituirse en un interlocutor fuerte, un paladín regional que no admita discriminaciones para él humillantes. Teherán quiere proponer sus propias reglas de juego en esta región, beneficiándose de varios factores, como su influencia religiosa, su capacidad de penetración política, recursos energéticos y su evolutiva capacidad armamentística.

Por otra parte, el régimen de los ayatolahs está convencido de que la supervivencia del legado chiita y, en concreto, de su régimen político, depende sobre todo del alejamiento de las grandes amenazas, que serían, en primer lugar, Israel y Estados Unidos y, en menor medida, los vecinos árabes de mayoría sunita, con Arabia Saudí a la cabeza.

En este orden de ideas, la supervivencia del sistema y el liderazgo regional constituyen conceptos muy interdependientes. Así, el objetivo de Irán se centra en poseer una fuerza de disuasión nuclear -por ahora, virtual- con la que afrontar eventuales ataques o amenazas del exterior, que al mismo tiempo le garantice cierta libertad en la toma de decisiones de política exterior, con la intención de posicionarse como líder regional.

Este programa nuclear conlleva grandes amenazas para la seguridad regional e internacional, pues agrava y alimenta nuevos riesgos y conflictos en una zona geográfica ya muy problemática y sometida a una fuerte inestabilidad. El aumento de tensión entre Israel, Estados Unidos e Irán es permanente, y puede desembocar en graves consecuencias. Además, el temor de los Estados vecinos a una hipotética hegemonía iraní puede provocar la aparición de más programas nucleares nacionales en esa región.

Por otra parte, dado que Irán es un Estado parte del Tratado de No Proliferación (TNP), el desarrollo de un programa nuclear militar por este país debilitaría el régimen internacional de no proliferación. Al haber fracasado las negociaciones con Corea del Norte, la actitud del Gobierno iraní se ha convertido en la prueba clave para saber si la comunidad internacional es capaz de poner coto a la proliferación nuclear.

Últimamente se ha llegado a firmar un acuerdo preliminar entre el Grupo del P5+1 e Irán con el objetivo de garantizar que su programa solo persiga fines pacíficos y, sin embargo, las divergencias políticas y técnicas ralentizan este proceso[2].

[2] Así, el 24 de noviembre de 2013, el grupo de los 5 Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, más Alemania (conocido como Grupo P5+1) firmaron un acuerdo temporal con Irán, por el cual este país se comprometía a congelar su programa nuclear a cambio de la suspensión de las sanciones económicas que se le habían impuesto anteriormente.

## 2. AUMENTO DE LA TENSIÓN EN ORIENTE MEDIO: ACCIONES BÉLICAS Y DINÁMICA DE PROLIFERACIÓN NUCLEAR

### 2.1. El contexto de inestabilidad regional provocado por el programa nuclear iraní

Los escenarios que pueden plantearse ante la crisis generada por el programa nuclear iraní pueden dividirse en tres categorías bien interrelacionadas; las tres suponen verdaderas amenazas para la estabilidad regional e internacional, al poder desencadenar una confrontación armada en la región e incentivar una dinámica de proliferación nuclear.

1) Un primer posible escenario es el mantenimiento del *statu quo* actual, debido al fracaso de la vía diplomática y la ineficacia de las sanciones internacionales para resolver el problema. En esta situación, los actores seguirán con sus políticas actuales, es decir, descartada la opción militar, Irán seguirá desarrollando su programa nuclear encubierto; y por su parte, Israel y Estados Unidos seguirán con recelo y políticas de presión, al tiempo que mantendrán preparados sus arsenales militares como alternativa.

Según la situación actual, la opción de una acción militar contra Irán es muy complicada. Por consideraciones estratégicas y tácticas optar por la guerra contra Irán es una decisión difícil tanto en el marco multilateral en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como a través de la vía unilateral por parte de potencias occidentales. La situación actual hace pensar que el *statu quo* permanecerá por un largo tiempo. Los indicios revelan que Irán no va a renunciar a su programa nuclear, ni tampoco hará pública su capacidad nuclear militar si así la desarrolla, mientras que, por otro lado, no parece probable que se desencadenen ataques militares occidentales generalizados contra Irán.

2) El segundo escenario de amenaza, que ya es una realidad, es la guerra indirecta táctica de inteligencia y contrainteligencia. Este conflicto paramilitar implica a los aparatos de inteligencia de Estados Unidos, Israel, Irán y de otros Estados, que realizan ataques cibernéticos, acciones contra las instalaciones nucleares iraníes, y operaciones encubiertas de neutralización selectiva de personal científico y de alto rango en ambas partes. Tales actividades encubiertas suponen, por sí mismas, amenazas reales a la evolución del conflicto y la situación en la región.

Entre las operaciones que han salido a la luz, destacaría primero la neutralización selectiva física de personalidades iraníes de especial relevancia, en concreto de científicos relacionados con el desarrollo de su programa nuclear. En este contexto, entre los años 2007 y 2012 Israel lanzó una campaña de asesinatos de científicos iraníes, de los cuales se conocen los casos de cinco científicos nucleares víctimas de atentados.

La mayoría de estos científicos fueron asesinados en sus coches mediante detonación de bombas magnéticas en pleno centro de Teherán. Entre muchos otros casos[3],

[3] Entre otros nombres de víctimas de atentados terroristas, destacaríamos a Majid Shariairi en 2010, el profesor Dariush Rezainejad en 2011 y Mostafa Ahmad Roshan en 2012.

en 2007 murió Ardeshir Hassanpour, y en 2010 la agencia de noticias Fars informó del asesinato de otro prominente físico, Masoud Ali Mohammadi. En el mismo año, tras un atentado con bomba magnética, se asesinó a Majid Shahriari, profesor de física nuclear de la Universidad Shahid Beheshti[4]. Consideramos que el objetivo de estos asesinatos consistía en aterrorizar a toda la comunidad científica iraní para disuadirla de trabajar en el programa nuclear nacional[5].

Por su parte, el Gobierno de Teherán, con la cooperación del grupo Hizbulah, también efectuó una serie de operaciones encubiertas. Así, un primer ejemplo ocurriría el 26 de mayo de 2011 en Estambul, al estallar una bomba al paso de un coche consular israelí sin causar víctimas mortales. Otra operación que salió a la luz tuvo lugar en Estados Unidos el 11 de octubre de 2011, cuando el Departamento de Justicia estadounidense informó de la detención de dos iraníes en Nueva York, acusados de preparar el asesinato del embajador de Arabia Saudí en ese país[6].

En este sentido, destaca también el atentado atribuido a Hizbulah en la ciudad búlgara de Burgas, donde el 18 de julio de 2012 un presunto suicida detonó un explosivo cerca de un autobús de turistas causando la muerte a ocho personas, entre ellas cinco ciudadanos israelíes[7]. Igualmente se produjeron ataques contra las embajadas de Israel en India y Georgia en febrero de 2012, y una serie de explosiones en Tailandia[8].

En cuanto a las operaciones en el seno del ciberespacio, se han desarrollado capacidades que permitieron iniciar una serie de ciberataques estratégicos contra las instalaciones nucleares iraníes. De hecho, en junio 2012 un artículo del *New York Times* confirma lo que muchos sospechaban: el virus informático *Stuxnet*, destinado a estropear los sistemas de control de la central nuclear de Bushehr e infectar el centro de cálculo de la planta de enriquecimiento de uranio de Natanz, había sido lanzado bajo los órdenes de la Casa Blanca. Se trataba del primer ciberataque atribuido a Estados Unidos contra infraestructuras críticas de otro Estado[9].

---

[4] Véase Gordon, T., "Mossad: was this the chief's last hit?", *The Telegraph*, (05.12.2010), disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/8182126/Mossad-was-this-the-chiefs-lasthit.html. Fecha de la consulta: 28 de marzo de 2013.

[5] Publicado en lemonde.fr en 17/01/2012, en http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2012/01/17/les-scientifiques-iraniens-du-nucleaire-cibles-d-une-guerre-de-l-ombre_1628368_3218.html. Fecha de la consulta: 28 de junio de 2014.

[6] Alman, A., "Iran claims Mossad kidnapped Tehran official with Hezbollah ties", *The Times of Israel* (16.12.2012), disponible en http://www.timesofisrael.com/iran-claims-mossad-kidnapped-tehran-official-with-hezbollah-ties/. Fecha de la consulta: 29 de marzo de 2013.

[7] Vid. Hashem, A., "Hezbollah faces pressure after Bulgaria indictment", *Al Monitor* (06.02.2013), disponible en http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/02/response-bulgaria-accuses-hezbollah-attack-on- raelis.html. Fecha de la consulta: 30 de marzo de 2013.

[8] Defontaine, C., "Israel et le programme nucléaire: quelles stratégies, quelles conséquences?», *Revue de Défense Nationale*, nº 287, 2012, p.6.

[9] En los primeros meses de su mandato, el presidente estadounidense Barack Obama, según cita The New York Times, ordenó seguir con el desarrollo del proyecto secreto "Olympic Games", iniciado por su antecesor George W. Bush en 2006. Cfr. Sanger, D.A., "Obama order sped up wave of cyberattacks against Iran", *The New York Times* (01.06.2012), disponible en la siguiente web: http://www.

También se cree que a través de otro virus, denominado *Flame* llegaron a ser infectados los sistemas informáticos de infraestructuras claves de Irán[10], algunas de ellas relacionadas con su programa nuclear, así como ordenadores de autoridades iraníes y de algunos ministerios, de los cuales podría haberse extraído información sensible[11].

Como represalia, se temía que Irán había efectuado ciberataques contra bancos y mercados estadounidenses de cambio de divisas, así como provocado daños en la mayor empresa de Arabia Saudí, Saudí Aramco[12]. Tanto oficiales de Estados Unidos como expertos informáticos sospechan que Irán podría ser el presunto instigador y ejecutor de ambas acciones[13].

3) El tercer escenario a analizar es un hipotético enfrentamiento armado directo, que podría abarcar desde el uso de la fuerza armada y el lanzamiento de ataques contra las instalaciones nucleares iraníes por parte de Estados Unidos o Israel, hasta, en su caso, la invasión del país -repitiendo el ejemplo de Irak en 2003-, iniciando así una guerra a gran escala que implicaría a varios actores, y cuyas consecuencias para la región podrían ser catastróficas.

A pesar de la habitual lógica racional y prudente de las actuaciones en política exterior, la percepción de una amenaza a los intereses vitales de cada uno puede desencadenar una guerra en la región. En un momento de crisis, una mala interpretación del estado del conflicto, un accidente o una anticipación estratégica errónea pueden desencadenar una reacción bélica de la otra parte y, por consiguiente, el comienzo de un enfrentamiento armado abierto.

Este escenario podría producirse por la conjunción de diversos factores. Por un lado, la ideología radical adoptada por las autoridades iraníes y la ambigüedad de su

---

nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html?pagewanted=all&_r=0. Fecha de la consulta: 31 de marzo de 2013.

[10] En este sentido, *Flame* es el virus más sofisticado: extrae informaciones, mensajes y capturas de pantalla, guarda las conversaciones, se comporta como un espía numérico, y después se autodestruye para no dejar huellas. Vid. F. Bernard Huyghe, "Des armes a la Stratégie", en «Le cyberespace, nouvel enjeu stratégique», *La Revu Internationale et Stratégique*, n°87, 2012, p.58.

[11] "Iran 'fends off new Stuxnet cyber-attack", *BBC News* (25.12.2013), disponible en http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-20842113. Fecha de la consulta: 11 de abril de 2013.

[12] Precisamente y en relación con el ciberataque contra la empresa Saudí Aramco, el 20 de marzo de 2013 un portavoz del Ministerio del Interior de Arabia Saudí anunció la detención de un nacional iraní, un libanés y dieciséis ciudadanos saudíes, todos chiíes y algunos de ellos trabajadores de la propia compañía Aramco, acusados de formar parte de una presunta red de espionaje al servicio de Irán: en "Espionage ring in Saudi Arabia linked to Iran: interior ministry", Al Arabiya (26.03.2013), disponible en http://english.alarabiya.net/en/2013/03/26/Espionage-ring-in-Saudi-Arabia-linked-to-Iran-interiorministry.html. Fecha de la consulta: 26 de marzo de 2013.

[13] Perlroth, N. y Hardy Q., "Bank hacking was the work of Iranians, officials says", *The New York* Times (08.01.2013), disponible en http://www.nytimes.com/2013/01/09/technology/online-banking-attacks-were-work-of-iran-us-officials-say.html?pagewanted=1&_r=0&pagewanted=all. Fecha de la consulta 11 de abril de 2013; y Perlroth, N., "In cyberattack on Saudi firm, U.S. sees Iran firing back", *The New York Times* (23.12.2012), disponible en http://www.nytimes.com/2012/10/24/business/global/cyberattack-on-saudi-oil-firm-disquiets-us.html?pagewanted=all. Fecha de la consulta: 11 de abril de 2013.

programa nuclear preocupan a Israel. Por su parte, el Gobierno de Tel-Aviv considera que Irán representa una gran amenaza a su supervivencia, no solamente por la mera consideración de la hostilidad mostrada a raíz de las declaraciones iraníes al respecto, o por el eterno antagonismo religioso. Israel no puede permitir que Irán se convierta en una potencia nuclear, mientras que Irán es consciente de que el Estado hebreo constituye un gran obstáculo para su programa nuclear y, por tanto, para su proyecto de liderar la región.

Las constantes declaraciones belicistas iraníes, acompañadas por el desarrollo de sus capacidades nucleares y de lanzamiento de misiles hacen que Israel se sienta cada vez más amenazado, lo que le lleva a no confiar en cambio alguno de posición en el gobierno iraní[14]. Este contexto podría llevar a Israel a considerar la respuesta militar como que única solución posible para esta amenaza. De hecho, el Estado hebreo viene declarando constantemente su preocupación y su clara intención de no permitir a Irán la adquisición ni posesión de armas nucleares. Ante la posibilidad de que Irán acabe desarrollando sus propias armas nucleares, Israel ya ha hecho saber varias veces que no permanecerá de brazos cruzados. El Gobierno de Tel-Aviv no descarta en sus discursos oficiales la respuesta armada.

Además, Israel considera igualmente otros escenarios pues teme que, si Irán logra armas nucleares, pueda decidir transferir dicho armamento a grupos terroristas con el fin de atacar Israel, con especial referencia al grupo libanés Hizbulah y al palestino Hamas[15].

Por otro lado, un motivo añadido para un eventual enfrentamiento armado tiene que ver con el conflicto de Siria. Este último país supone el eslabón de unión de Irán con el resto de la región, y la esfera de influencia que le permite posicionarse como potencia regional en Oriente Medio. Así, si en la guerra civil siria el presidente Bachar Al Assad cae, la posición regional iraní se debilitaría desde el punto de vista geopolítico, ya que un hipotético nuevo gobierno sunita se alejaría, sin duda, de los parámetros de Teherán[16].

Por consiguiente, Irán no va a dejar de apoyar a Al Asad. En este contexto, Israel se ve amenazado directamente por este conflicto, pues la implicación de Irán en el mismo agrava aún más la percepción israelí de inseguridad. No olvidemos que el Gobierno de Teherán puede traspasar arsenales de armamento a la milicia chiita libanesa o a Hamas[17]. Esta situación puede agravar el conflicto y llevar a Israel a realizar ataques

[14] En este sentido, cabe destacar que el ascenso de Hassan Rohani a la Presidencia de Irán en junio 2013, con su promesa de una mayor apertura a la comunidad internacional, no ha logrado modificar hasta ahora la posición israelí sobre la política exterior iraní.

[15] Rabkin, Y.M.,, "La campagne contre Iran: le lobby sioniste et l'opinion juive», *La Revue Internationales et Stratégique*, n° 70, 2008, pp.195-196.

[16] Cfr. Abdo, G., *The New Sectarianism: The Arab Uprisings and the Rebirth of the Shi'a-Sunni Divide*, The Brookings Institution. Analysis Paper n°29, Nueva York, 2013, p.34, disponible en http://www.brookings.edu/~/media/research/files/papers/2013/04/sunni%20shia%20abdo/sunni%20shia%20abdo.pdf

[17] Cabe destacar que Irán es proveedor regular de armas, tanto a Siria como a Hizbulah.

preventivos contra Siria, Hizbulah y Hamas, lo cual puede provocar que Irán se sienta obligado a defender militarmente sus intereses en la zona, desencadenando así una espiral bélica en la región, que Israel puede aprovechar para atacar las instalaciones nucleares iraníes[18].

En otro escenario, un eventual cierre del estratégico Estrecho de Ormuz puede ser el claro detonante de un enfrentamiento armado en la zona. Cualquier acción iraní encaminada al bloqueo del citado punto estratégico conllevaría la respuesta de las fuerzas militares estadounidenses. En situaciones anteriores las amenazas de las dos partes no llegaron a materializarse, pero una concatenación de factores podría provocar la decisión iraní de cerrar el Estrecho de Ormuz: la degradación de la situación económica interna debido a las severas sanciones internacionales, las consiguientes protestas internas y de la oposición, una escalada de tensión o error de cálculo de la situación, o finalmente la apreciación por Irán de que la presencia de poderosas fuerzas navales hostiles en el Estrecho amenaza la supervivencia de su régimen.

Irán puede aprovechar esta hipotética injerencia ilegal para proceder a ejercer su derecho a retirarse del Tratado de No Proliferación, alegando una amenaza a su seguridad y supervivencia, como hizo Corea del Norte, lo que le permitiría adoptar una nueva política de seguridad y defensa para acelerar la fabricación de armas nucleares.

Finalmente, el resultado de la evolución lógica del programa nuclear iraní puede ser *per se* otra razón del aumento de la tensión. Irán puede llegar a fabricar finalmente un modelo fiable de ojiva nuclear; al igual que todas las potencias con capacidad atómica, el Gobierno de Teherán puede decidir ensayar su arma nuclear para verificar su funcionamiento con su perfeccionado misil Shehab. Con esta prueba, Irán habría enviado un mensaje claro al mundo, particularmente a Israel, demostrándole que ya es una potencia nuclear. Por su parte, como respuesta, Israel puede proceder a un ensayo en las instalaciones de Estados Unidos, haciendo así público su arsenal nuclear. Ante este escenario, es probable que el gobierno israelí -tal vez junto a su aliado estadounidense- se vea impelido a lanzar un ataque militar masivo sobre Irán para destruir sus instalaciones nucleares[19].

Por otra parte, la amenaza de un Irán con capacidad nuclear militar no reside solamente en el eventual enfrentamiento entre las partes implicadas en este conflicto, pues es el simple hecho de contemplar a Irán como potencia nuclear reconocida provocaría serios problemas en la región. De hecho, un Irán nuclear significa el desequilibrio de poder en la región. Los desafíos que proyectaría esta situación no se limitan únicamente a la presión de esta nueva realidad en la estabilidad regional, sino que cambiaría los parámetros de fuerza y generaría una clara hegemonía: de ahí los temores de

[18] Courmont, B., 'Apres l'Iran: vers une prolifération nucléaire au Moyen Orient?", en *La Revue Internationale et Stratégique,* 2008, pp.119-121.

[19] George, M. y Hosseinian, Z., "Iran will destroy Israeli cities if attacked: Khamenei," 21.03.2013, Reuters, disponible en http://www.reuters.com/article/2013/03/21/us-iran-khamenei-idUSBRE92K0LA20130321. Fecha de consulta: 4 de julio de 2014.

los países árabes, liderados por Arabia Saudí y Egipto, para quienes Irán representa un peligro mayúsculo[20].

Así, los Estados no nucleares de la zona tendrán entonces que elegir entre dos opciones: o bien alinearse con Israel o bien con Irán, pues la tercera opción consistiría en acometer programas nucleares nacionales para obtener arsenales propios. De este modo, esta tercera última alternativa parece ser la más probable, si tenemos en cuenta la eterna e indiscutible oposición de los Estados árabes de Oriente Medio tanto a Israel como a Irán.

Así por ejemplo, Arabia Saudita tiene músculo financiero probado para lanzarse a un programa intensivo de compra de misiles y ojivas de su aliado nuclear Pakistán, que ya se había beneficiado de la ayuda financiera saudí cuando desarrollaba su primera "bomba islámica"[21]. Igualmente, Egipto puede decidir cambiar su estrategia militar y buscar vías para dotarse de armas nucleares o, al menos, mantener su posición contraria a ratificar el Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares. Por su parte, Turquía también podría iniciar un programa nuclear militar y, de hecho, declaraciones públicas de varios dirigentes del partido político turco AKP han revelado su intención de lanzar un programa nuclear militar en caso de que Irán se convierta en potencia atómica[22].

### 2.2. El cambio de gobierno en Irán y las expectativas generadas por las nuevas rondas negociadoras

La característica más destacable del programa nuclear iraní es su carácter encubierto. Irán es Estado parte del Tratado de No Proliferación Nuclear, y sin embargo, la opacidad y falta de transparencia de su programa nuclear y la ausencia de cooperación de las autoridades con la supervisión internacional levantan sospechas sobre que tenga solo carácter civil. A medida que se ha incrementado la presión internacional, han ido surgiendo distintas propuestas de solución de la crisis.

Sin embargo, hasta hoy las negociaciones no han logrado poner fin a este conflicto, lo que se debe principalmente a que las contrapartidas para negociar no son tan claras; de hecho, Irán tiene más puntos fuertes que débiles en su posición actual: el Gobierno de Teherán no es dependiente de ayudas extranjeras, ni sufre inestabilidad

---

[20] Botta, P., "Los Estados árabes ante el programa nuclear iraní", *Política Exterior*, vol.25, nº 139, 2011, pp. 32-37.

[21] Cabe destacar, en este sentido, que la cadena británica BBC informó en noviembre 2013 sobre un acuerdo de venta de armas nucleares entre Pakistán y Arabia Saudí. Sin embargo, la información ha sido desmentida por ambas partes. http://www.europapress.es/internacional/noticia-islamabad-desmiente-tenga-acuerdo-riad-venderle-armamento-nuclear-20131108033950.html. Fecha de consulta: 20 de junio de 2014.

[22] Así, por ejemplo, la declaración de Murat Mercan de 19 de mayo de 2009 ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado (resumen de la Comisión de Asuntos Exteriores), en http://www.nti.org/e_research/e3_40a.htm. Fecha de consulta: 10 de abril de 2013.

política, pues al contrario el régimen de los ayatolahs presume de contar con un fuerte nacionalismo y la sólida ideología chiita como elementos de unificación. Asimismo, otros condicionantes le otorgan un punto de partida favorable, como su riqueza energética, ubicación geoestratégica, amplia extensión territorial y elevada población. Por todo ello, no resultan fáciles ni el éxito de las negociaciones ni la eficacia de las sanciones de la comunidad internacional.

En las negociaciones llevadas a cabo en noviembre de 2013 la situación ha cogido un nuevo rumbo. Una vez elegido como nuevo Presidente de Irán, Hassan Rohani continuó pronunciando discursos de apertura, mostrando la voluntad política de su gobierno de resolver esta cuestión, disipar las preocupaciones de Occidente y hacer del programa nuclear "más transparente que antes"[23].

Las promesas en esta dirección del nuevo Presidente iraní durante su campaña electoral no tardaron en materializarse en actos, pues la dura situación económica provocada por las sanciones internacionales han llevado a Irán a suavizar su estrategia, en orden a sacar al país de la grave crisis económica que está viviendo. Así, el Grupo del P5+1 (formado por Estados Unidos, Rusia, China, Reino Unido, Francia y Alemania) e Irán llegaron a un "acuerdo preliminar" -basado en un Plan de Acción Conjunto, *Joint Plan of Action* (JPA)-, a la espera de concluir un acuerdo global final para garantizar que el programa nuclear iraní sólo persiga fines pacíficos (dicho acuerdo entró en vigor el 20 de enero de 2014).

Las negociaciones se estructuraban en dos procesos paralelos: por una parte, las negociaciones entre Irán y el Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA) se centran en la presentación de informes trimestrales sobre el acuerdo de garantías que vincula a las dos partes. Este paso tiene como objetivo despejar las dudas existentes sobre el carácter militar del programa iraní. Por otra parte, estas negociaciones pretenden circunscribir el futuro del programa nuclear iraní, restringiendo su capacidad de producir rápidamente uranio altamente enriquecido o plutonio de uso militar[24]. Además, Irán se compromete a no seguir realizando actividades de este tipo durante los seis meses siguientes a la entrada en vigor del acuerdo en sus plantas de Natanz, Fordo y en el reactor de Arak, ni en el centro laser de Lashkar Ab'ad. Por otro lado, los inspectores del OIEA tendrán acceso, sin previo aviso, a las instalaciones de Fordo y Natanz[25].

A cambio, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Estados Unidos y la Unión Europea suspenderían las sanciones sobre la importación de petróleo iraní, oro y metales preciosos así como el régimen de embargo a los suministros relativos a las industrias del automóvil y aviación. Teherán, además, deberá firmar el Protocolo Adi-

[23] "Iran vote: Rouhani vows transparency on nuclear issue". *BBC,* 17 de junio de 2013.

[24] Joseph, J., "Parallel negotiating tracks with Iran: the P5+1 and the IAEA", *Belfer Center for Science and International Affairs*, 2014, pp.1-10.

[25] Está previsto también que Irán facilite información sobre el desarrollo de detonadores explosivos, así como la visita de supervisores a la planta de Parchín.

cional que permitirá en un futuro a los inspectores de la OIEA visitar todas sus instalaciones nucleares.

Por ahora, los últimos informes del OIEA han revelado que Teherán está cumpliendo con las disposiciones del acuerdo firmado: así, los inspectores del OIEA entraron en la planta de Arak de enriquecimiento de agua pesada, y obtuvieron todas las informaciones necesarias, además de que Irán ha facilitado datos sobre las 16 instalaciones nucleares civiles e información sobre las futuras instalaciones. Los informes subrayan también que Irán ha parado el enriquecimiento de uranio superior a 5% en sus plantas de Natanz y Fordo, y ha comenzado a diluir una parte de su stock de uranio. Los informes hacen constar también que Irán no ha procedido a construir ninguna nueva instalación ni en Arak ni en Ispahán[26].

Por su parte, los Estados miembros del P5+1 empiezan a levantar las sanciones de forma limitada, temporal, precisa y reversible. En efecto, el grupo P5+1 ha desbloqueado a principios de febrero de 2014, a través de un banco japonés, un primer pago congelado que alcanza los 550 millones de dólares, mientras que al mes siguiente han sido liberados un segundo y tercer pago de 450 y 550 millones de dólares, vía un banco surcoreano[27].

Ahora bien, las divergencias políticas y técnicas entre las dos partes ralentizan el proceso y puedan paralizar las negociaciones. En primer lugar, las discusiones se tropiezan con la cuestión de la producción de centrifugadoras: Irán quiere continuar con el enriquecimiento de uranio al 20% para fines de investigación y desarrollo, mientras que el Plan de Acción Conjunto prohíbe formalmente todo enriquecimiento que supere el 20%.

Otro punto de desacuerdo concierne a la instalación de un nuevo modelo de centrifugadoras en la planta de Natanz antes de la conclusión del acuerdo de Ginebra. Según las últimas declaraciones el Líder religioso supremo, Ali Khamenei, Irán necesitará 190.000 centrifugadoras para preservar su programa de enriquecimiento industrial, pero el acuerdo establecido hasta ahora autoriza únicamente el reemplazo de las centrifugadoras averiadas, prescribiendo que no debe haber nuevas instalaciones[28].

Por otra parte, Teherán no ha ratificado el Protocolo Adicional del OIEA y no lo aplica, por lo que no puede hablarse de un avance sustancial en la resolución del conflicto. El OIEA todavía no tiene un marco legal para actuar libremente, pues todo depende de la voluntad de Irán y de las negociaciones que llevan a cabo las dos partes. Cabe recordar que, según el acuerdo firmado, el OIEA investiga únicamente en las instalaciones declaradas por Irán y, por tanto, podría haber instalaciones secretas o

[26] Consúltense, por ejemplo, el informe del OIEA GOV/2013/56, de 14 de noviembre de 2013, y su informe GOV/2014/10, de 20 febrero de 2014.

[27] Rouppert, B., *Le programme nucléaire iranien: rétrospectives sur les accords conclus avec l'AIEA et le P5+1*, Groupe de Recherche et de l'information sur la Paix et la Sécurité (GRIP), 2014, pp.29-30.

[28] Vid. Rouppert, B., *op.cit*, pp.24-25.

subterráneas, como también podrían existir cantidades no declaradas de uranio y plutonio enriquecidos.

En este sentido, el gobierno iraní considera que el enriquecimiento de uranio no es una violación del TNP, y que el Protocolo Adicional no le resulta vinculante. Las autoridades iraníes han manifestado claramente que no van a renunciar a desarrollar su capacidad de enriquecimiento de uranio ni de reprocesamiento de plutonio -procesos que como tales no restringe el TNP-, con independencia del acuerdo al que eventualmente se pudiera llegar.

En términos de política interna, la actitud de aperturismo y cooperación encabezada por el nuevo Presidente Rohani afronta una feroz oposición por los conservadores, que -en principio- rechazan cualquier tipo de acuerdo en esta materia. Tanto el Líder Supremo como el cuerpo de los Guardianes de la Revolución apoyan oficialmente la nueva política de Rohani, pero en el fondo mantienen cierto recelo y desconfianza, por lo cual puede temerse que las autoridades iraníes den marcha atrás en las negociaciones en cualquier momento y volver al *statu quo* anterior, que les garantizaba mayor libertad de acción en este asunto.

En nuestra opinión, es difícil que Irán acepte las exigencias de la comunidad internacional y renunciar definitivamente a sus planes en esta materia. Teherán no va a aceptar obligaciones internacionales que debiliten su estrategia nuclear. Incluso en el improbable caso de que Irán desmantelara sus instalaciones nucleares, cualquier otro futuro gobierno o régimen podría reiniciar el programa nuclear, incluso un programa militar no secreto. Esto se debe principalmente a tres razones: primero, el régimen de los ayatolahs contempla el programa nuclear como un pilar básico para su supervivencia y legitimidad. En segundo lugar, aunque el régimen político actual fuera derribado, cabe señalar que ninguna otra facción política iraní cuestiona el derecho legítimo de Irán a desarrollar su programa nuclear y al enriquecimiento de uranio. Por último, no es posible que la comunidad científica iraní haga abstracción de las capacidades científicas, tecnológicas, técnicas e industriales que se han adquirido a lo largo de este proceso[29].

Así, en nuestra opinión, la hipótesis más probable detrás de esta nueva estrategia iraní es que trate de establecer una política nuclear imitadora de "la diplomacia nuclear de Corea del Norte", con el objetivo de obtener ventajas económicas y avanzar más en el desarrollo de su programa nuclear, beneficiándose de la confianza internacional. Cabe indicar, en este contexto, que el mismo Rohani dirigía la delegación iraní en las negociaciones sobre el programa nuclear, y declaró en 2004: "Mientras estábamos negociando con los europeos en Teherán, instalábamos piezas en Isfahán. Al crear esta atmósfera de calma, fuimos capaces de completar el trabajo ahí"[30].

---

[29] Clapper, J.R., declaraciones del Director nacional de inteligencia de Estados Unidos, "Unclassified statement for the record on the world wild threat assessment of the US Intelligence community for the Senate Selected Committee on Intelligence", de 31 enero de 2012. p. 6.

[30] Shalev, C., "Rowhani's surprise election in Tehran could resuscitate Obama's speech in Cairo", *Haaretz* 17.06.2012, disponible en http://www.haaretz.com/news/middle-east/rowhani-s-surprise-elec-

A esta declaración se añade la evidencia de que el programa nuclear iraní no se ha detenido por la subida de Rohani al poder y sus declaraciones optimistas al respeto[31]. Además, recientemente frente a la amenaza del Congreso estadounidense de adoptar nuevas sanciones en paralelo a las negociaciones internacionales, el Parlamento de Irán preparaba una norma para el enriquecimiento de uranio al 60%, con destino a las necesidades de su flota submarina de propulsión nuclear[32]. Esto significa que Irán no acepta obligaciones internacionales que no tengan en cuenta su voluntad en esta materia. En resumen, Teherán sigue una política de doble rasero, pues negocia con la comunidad internacional al mismo tiempo que afirma su derecho a mantener su programa nuclear.

Otro factor determinante que puede obstaculizar el éxito de las negociaciones es el "factor Israel", pues este Estado no escatima esfuerzos para frustrar las expectativas de lograr un acuerdo final. Así, por ejemplo, el Gobierno de Tel Aviv desprecia ostentosamente el acuerdo preliminar firmado que garantiza el carácter pacífico del programa nuclear iraní, al juzgarlo insuficiente. Israel se considera en cierto modo "traicionado" por su aliado estadounidense, describe el acuerdo como un "error histórico", y estima que Irán no va a paralizar su actividad de enriquecimiento de uranio. En definitiva, según los responsables israelíes, Irán sigue siendo una amenaza nuclear directa[33].

Al mismo tiempo que declara su recelo sobre este acuerdo, el gobierno israelí está movilizando su diplomacia en todas las direcciones para obstaculizar la marcha de las negociaciones de un acuerdo final. Además, a través del lobby judío, Israel está favoreciendo en el seno del Congreso estadounidense la imposición de más sanciones a Irán, rechazando toda iniciativa que promueva un acuerdo internacional en la materia[34].

Además, como se encuentra fuera de estas negociaciones, el recelo de Israel sobre este asunto es aún mayor, y puede llegar a no respetar el acuerdo. Es obvio que Israel está aplicando una estrategia que le resulte ganadora en todo supuesto: por una parte, su armamento nuclear le permite mantener una fuerza disuasoria frente a sus adversarios en la región; y por otra parte, apuesta por el régimen internacional de no proliferación nuclear para impedir que sus vecinos árabes e Irán adquieran capacidad nuclear. En realidad, para Israel la única solución aceptable sería el desmantelamiento total de las instalaciones nucleares iraníes.

---

tion-in-tehrancould-resuscitate-obama-s-speech-in-cairo-1.530198. Fecha de la consulta : 23 de junio de 2013.

[31] Rouppert, B., *Le programme nucléaire iranien: Rétrospectives sur les accords conclus avec l'AIEA et le « P5+1*, Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), 2014, p.9.

[32] "Hard-liners in Iran offer mild praise for interim nuclear agreement". *The New York Times*, de 13 de enero de 2014, p.5.

[33] "Israeli Leaders Denounce Geneva Accord", *The New York Times*, 24 de noviembre de 2013.

[34] "A battered Israel resumes campaign against Iran", *The Times of Israel*, 26 de noviembre de 2013; "Bill Clinton and AIPAC urge delay on Iran sanction", *Politico*, 6 de febrero de 2014.

## 3. CONCLUSIONES

En suma, las dos partes se encuentran todavía lejos de alcanzar un acuerdo global, y es más previsible que las negociaciones desemboquen en prorrogar el acuerdo preliminar en vigor. El fracaso que se atisba para concluir un acuerdo final demuestra que en realidad se están negociando otros temas de interés político, alejados del compromiso de estos Estados en el régimen internacional de desarme y no proliferación nuclear. Tanto Irán como Estados Unidos han mostrado cierta flexibilidad consensuada en sus posiciones en estas negociaciones, lo que se explica porque Estados Unidos está negociando con el nuevo gobierno de Teherán diversos temas de interés regional -como el conflicto interno de Siria-, mientras que Irán está aprovechando esta situación para tratar de salir de la difícil situación económica causada por la aplicación de sanciones internacionales contra él.

Ahora bien, si el Gobierno de Teherán percibe un recrudecimiento de las sanciones internacionales y un empeoramiento de su situación económica, puede verse tentado a abandonar el TNP, lo que supondría un duro golpe al régimen internacional de no proliferación nuclear.

Por lo cual, en nuestra opinión, la solución pasa primero por un cambio de actitud en la parte negociadora occidental, pues hay que entender y respetar la postura iraní. Este país quiere convertirse en un Estado fuerte en su región; para lograr dicho objetivo, Irán quiere apuntarse a la estrategia de la "disuasión virtual," es decir, mostrar a la comunidad internacional que es capaz de obtener armas nucleares y los vectores de lanzamiento. Así, es posible que las sanciones internacionales y la política hostil de Estados Unidos e Israel en realidad agraven la situación y fomenten la desconfianza.

En segundo lugar, a pesar de la dificultad de las negociaciones entre el grupo de P5+1 e Irán, hay que avanzar en ellas y aprovechar la política más abierta del nuevo gobierno iraní. Hay que ir más lejos en las negociaciones ofreciendo al gobierno de Teherán un abanico de incentivos económicos, políticos y de seguridad. Otro elemento importante sería implicar también en estas negociaciones a Israel y a los Estados árabes de la región, porque ningún progreso podrá tener lugar si los Estados afectados por esta crisis no desarrollan un sentimiento de confianza mutua.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *l'Iran, Plaque sensible des relations internationale*, Institut de relations internationales et Stratégiques, n°70, 2008.

ABDO, G., *The New Sectarianism: The Arab Uprisings and the Rebirth of the Shi'a-Sunni Divide*, The Brookings Institution, Analysis Paper n°29, Nueva York, 2013, disponible en http://www.brookings.edu/~/media/research/files/papers/2013/04/sunni%20shia%20abdo/sunni%20shia%20abdo.pdf

ARREDONDO, R., "El plan nuclear iraní a la luz del derecho internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº11, 2006, disponible en http://www.reei.org/index.php/revista/num11/notas/plan-nuclear-irani-luz-derecho-internacional.

ALMAN, A., "Iran claims Mossad kidnapped Tehran official with Hezbollah ties", *The Times of Israel* (16.12.2012), disponible en http://www.timesofisrael.com/iran-claims-mossad-kidnapped-tehran-official-with-hezbollah-ties/.

BERNARD HUYGHE, F., "Des armes a la Stratégie", en *La Revu Internationale et Stratégique*, n°87, 2012.

BOTTA, P., "Los Estados árabes ante el programa nuclear iraní", *Política Exterior*, vol.25, n° 139, 2011, pp.32-37.

CLAPPER, J.R., "Unclassified statement for the record on the world wilde threat assessment of the US Intelligence community for the Senate Select Committee on intelligence", de 31 de enero de 2012.

COHEN, S., "Israël et Iran: La bombe ou le bombardement ?", *Centre d'Estudes et de Recherches International, (CERI)/ Sciences Po Paris*, 2010.

COURMONT, B., « Apres l'Iran: vers une prolifération nucléaire au Moyen Orient?», *La Revue Internationale et Stratégique,* 2008.

DEFONTAINE, C., "Israel et le programme nucléaire : quelles stratégies, quelles conséquences?», *Revue de Défense Nationale*, n° 287, 2012.

GEORGE, M., y HOSSEINIAN, Z., "Iran will destroy Israeli cities if attacked: Khamenei," 21.03.2013, Reuters, disponible en http://www.reuters.com/article/2013/03/21/us-iran-khamenei-idUSBRE92K0LA20130321

GORDON, T., "Mossad: was this the chief's last hit?", *The Telegraph*, (05.12.2010), disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/israel/8182126/Mossad-was-this-the-chiefs-lasthit.html. Fecha de la consulta 28.03.2013.

HASHEM, A., "Hezbollah faces pressure after Bulgaria indictment", *Al Monitor* (06.02.2013), disponible en http://www.al-monitor.com/pulse/originals/2013/02/response-bulgaria-accuses-hezbollah-attack-on- raelis.html.

IBAÑEZ, F., "El programa nuclear iraní: estado de la cuestión y posibles escenarios", en *Relaciones Internacionales*, nº16, 2011, disponible en http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/271/236.html

JOSEPH, J., "Parallel negotiating tracks with Iran: the P5+1 and the IAEA", *Belfer Center for Science and International Affairs*, 2014.

PERLROTH, N. y HARDY, Q., "Bank hacking was the work of Iranians, officials says", *The New York* Times (08.01.2013), disponible en http://www.nytimes.com/2013/01/09/technology/online-banking-attacks-were-work-of-iran-us-officials-say.html?pagewanted=1&_r=0&pagewanted=all

RABKIN, Y.M., "La campagne contre Iran: le lobby sioniste et l'opinion juive", en *La Revue Internationales et Stratégique*, n° 70, 2008.

ROUPPERT, B., *Le programme nucléaire iranien : Rétrospectives sur les accords conclus avec l'AIEA et le « P5+1*, Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), 2014.

SHALEV, C., "Rowhani's surprise election in Tehran could resuscitate Obama's speech in Cairo", *Haaretz* 17.06.2012, disponible en http://www.haaretz.com/news/middle-east/rowhani-s-surprise-election-in-tehrancould-resuscitate-obama-s-speech-in-cairo-1.530198.

ZACCARA, L., "Irán y la cuestión nuclear", en *Política Exterior*, nº109, 2006, pp. 113-121, en http.//www.uam.es/otroscentros/TEIM/archivos/documentos/lucianozaccara_polext.pdf.

# EL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL ESPACIO MARINO: RESPUESTA DESDE LA ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL

Rosario Domínguez Matés

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Huelva*

## 1. INTRODUCCIÓN

"Si el terrorismo es parecido al teatro, ¿cuál será la próxima escena? Algunos opinan que el sector marítimo es una posible elección. Mientras un carguero oceánico sea capaz de llevar un contenedor que pueda transportar cargas con armas de destrucción masiva, se debe reconocer que para un terrorista, la industria marítima será un objetivo de primera línea."[1]

Tras los acontecimientos ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, la Organización Marítima Internacional, durante el 22º periodo de sesiones de la Asamblea de la Organización celebrada del 19 al 29 de noviembre de 2001, acordó por unanimidad que se deberían establecer nuevas medidas en relación con la protección de los buques y de las instalaciones portuarias[2]. A partir de este momento, se iniciaron una serie de enmiendas a tratados internacionales relativos a la materia en cuestión, así como a adoptar nuevos sistemas de alerta y detección, y programas

[1] Petersen, Kim E., "El Transporte Marítimo, ¿Próximo objetivo terrorista?", disponible en: http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=1813, marzo 2002.

[2] Organización Marítima Internacional, Resolución A. 934 (22) denominada "Examen de las medidas y procedimientos para prevenir actos de terrorismo que ponen en peligro la integridad personal de los pasajeros y de la tripulación y la seguridad de los buques". A continuación se celebró una Conferencia de los Gobiernos Contratantes de la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (1974) denominada "Conferencia Diplomática sobre Protección Marítima, y que llevó a cabo en diciembre de 2002. Los preparativos para esta Conferencia Diplomática se encomendaron al Comité de Seguridad Marítima de la OMI, cuya labor se basó en los documentos presentados por los Estados Miembros, Organizaciones Intergubernamentales y Organizaciones No Gubernamentales con carácter consultivo ante la OMI.

de seguimiento, en particular dirigidos a eventuales amenazas terroristas vía el uso de armas de destrucción masiva.

En abril de 2004, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó la Resolución 1540 que, actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, reconoce que la proliferación de armas de destrucción masiva, así como sus sistemas vectores, son una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y, entre otras medidas, la resolución obliga a los Estados, entre otras cosas, a abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores[3].

Igualmente, la Resolución 1540 impone obligaciones vinculantes a todos los Estados para que aprueben medidas legislativas a fin de prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores, y establezcan controles nacionales adecuados de los materiales conexos con miras a prevenir su tráfico ilícito. También alienta a fomentar la cooperación internacional en tal sentido. La Resolución afirma su apoyo a los tratados multilaterales que tienen por objeto eliminar o prevenir la proliferación de las armas de destrucción en masa y la importancia de que todos los Estados los apliquen integralmente; reitera que ninguna de las obligaciones enunciadas en la Resolución contradirá o modificará los derechos y las obligaciones de los Estados partes en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, la Convención sobre las Armas Químicas y la Convención sobre las Armas Biológicas y Toxínicas, o modificará las atribuciones del Organismo Internacional de Energía Atómica o la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas[4].

## 2. LA INSTITUCIONALIZACIÓN A NIVEL UNIVERSAL DE LA LUCHA CONTRA LA AMENAZA DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA EN EL MAR

### 2.1. La Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (1974), y el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (2002)

En esencia, el objetivo principal de la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974[5] -en adelante Convención SOLAS, siguiendo

[3] Vid. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1540%20%282004%29.

[4] *Ibidem.* Para el seguimiento de la Resolución 1540 el Consejo de Seguridad creó en tanto que órgano subsidiario del mismo el Comité 1540, siendo su trabajo amparado bajo las Resoluciones 1673 (2006), 1810 (2008), 1977 (2010), y 2055 (2012).

[Vi]*d.* un análisis conciso y claro sobre la actual proliferación de armas de destrucción masiva en: Ballesteros Martín, M. A., "Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, *Tiempo de Paz* (núm. 102, otoño, 2011), 12 pp., en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/revistas/ProliferacionArmasDestruccionMasiva_BallesterosMartin.pdf.

[5] La Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar se adoptó el 1 de noviembre de 1974, y entró en vigor el 25 de mayo de 1980. A fecha de 28/07/2014 el número de Estados Partes

su acrónimo en inglés: *Safety of Live at Sea*-, es concretar las normas relativas a la construcción, equipamiento y explotación buques para garantizar su seguridad y de las personas a bordo. De esta forma, los Estados de abanderamiento que sean Estados Partes en la Convención SOLAS son responsables de garantizar que los buques bajo su pabellón cumplan con sus prescripciones, mediante los oportunos reconocimientos y emisión de los certificados establecidos en la Convención SOLAS como prueba de dicho cumplimiento. Las disposiciones de control también permiten a los Gobiernos Contratantes a inspeccionar los buques de otros Estados contratantes si hay motivos fundados para creer que el buque y su equipo no cumplen sustancialmente con los requisitos de la mencionada Convención; este procedimiento se conoce con el nombre de 'Control del Estado Rector del Puerto'[6].

La reforma más significativa para nuestro tema de estudio es la relativa al Capítulo XI-2 de dicha Convención titulado "Medidas especiales para incrementar la protección marítima"[7], que adopta el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias -en adelante Código ISPS, siguiendo su acrónimo en inglés: *International Ship and Port Facility and Security*-, instaurado en la Conferencia Diplomática en el seno de la Organización Marítima Internacional en el año 2002 con el objetivo de establecer un marco internacional en el ámbito marítimo de cooperación para detectar amenazas y adoptar medidas preventivas[8].

Efectivamente, este Capítulo XI-2 exige que los buques, las compañías y las instalaciones portuarias cumplan las prescripciones pertinentes y las orientaciones de este Código ISPS. Así, Código ISPS está estructurado en dos partes: "Prescripciones Obli-

---

era de 162, constituyendo aproximadamente el 99'20% del tonelaje mundial del transporte mercante. *Vid.* http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202014.pdf.

[6] Europa pertenece a la región 'Paris MOU' (Memorando de Acuerdo de París). Los Estados Miembros actuales de la región 'Paris MOU' son: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, y Suecia. El resto de las regiones son: MOU de Tokyo, MOU del Océano Índico, MOU del Mediterráneo, Acuerdo Latino -Viña del Mar-, MOU del Caribe, MOU de Abuya, MOU del Mar Negro, y el MOU de Riyadh. El funcionamiento de la zona 'Paris MOU' así como los buques detenidos y otros datos de interés vienen reflejados en su página web: www.parismou.org.

[7] Como se ha observado, la Organización Marítima Internacional distingue entre los términos "safety" y "security", que en español se han traducido como "seguridad" y "protección", de manera que este último término se refiere en concreto a las medidas adoptadas para la protección de las naves e instalaciones portuarias frente a amenazas, como el terrorismo. Möller Undurraga, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), p. 323, nota a pie de página nº 7.

[8] En la reunión de la 22ª Asamblea de la Organización Marítima Internacional, celebrada en noviembre de 2001 y debido a los atentados del 11 de septiembre y sus consecuencias, se acordó por unanimidad que deberían elaborarse nuevas medidas legislativas relativas a la protección de los buques e instalaciones portuarias. Estas medidas fueron adoptadas en una Conferencia de los Gobiernos Contratantes (GGCC) de la Convención SOLAS (Conferencia Diplomática sobre Protección Marítima), en diciembre de 2002, con el nombre de Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias, habiendo entrado en vigor en julio de 2004.

*Vid.* un análisis más amplio de la autora en relación con la Convención SOLAS y el Código ISPS en: Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.), *International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 214-219 y 223-230.

gatorias" (Parte A del Código que contiene las prescripciones obligatorias relativas a las disposiciones del Capítulo XI-2 de la Convención SOLAS, enmendado); y, "Orientaciones" (Parte B del Código que contiene las orientaciones relativas a las disposiciones del Capítulo XI-2 de la Convención SOLAS, enmendado, y a la parte A del Código)[9].

El Código ISPS se aplica los buques de pasaje, incluidas la naves de pasaje de gran velocidad, en viajes internacionales; a los buques de carga, incluidas las naves de gran velocidad, en viajes internacionales de un arqueo mínimo de 500 TRB (Toneladas de Registro Bruto); a unidades móviles de perforación submarina en alta mar; e instalaciones portuarias que presten servicio a tales buques y unidades[10].

Para la protección de los mismos, el Código ISPS establece un marco de cooperación internacional para detectar amenazas contra la seguridad y adoptar medidas preventivas. También define funciones y responsabilidades a nivel nacional e internacional, garantiza la recopilación e intercambio de información, ofrece una metodología para efectuar evaluaciones de la protección y garantiza la confianza de que se cuenta con las medidas de protección adecuadas. Debido a la amplitud de la normativa relativa al Código ISPS, a continuación sólo señalaremos algunos aspectos esenciales del mismo[11].

Es importante subrayar en primer lugar que es responsabilidad de los Gobiernos Contratantes determinar el nivel de protección que se aplica en un momento determinado a los buques e instalaciones portuarias, en función de la información disponible. Existen tres niveles de protección: a) Nivel 1 (Normal): es el nivel en el que funcionan normalmente los buques e instalaciones portuarias; b) Nivel 2 (Reforzado): se aplicará si hay un incremento del riesgo; y, c) Nivel 3 (Excepcional): se establece durante el período de tiempo en que sea probable o inminente un suceso que afecte a la protección[12].

Igualmente, de acuerdo con las prescripciones del Código ISPS, los buques llevarán a bordo un Plan de Protección del Buque o (PPB) que deberá ser aprobado por la Administración, y operar de acuerdo a él. El plan debe indicar las medidas de protección que se deben de tomar en el buque para poder funcionar de manera permanente en el nivel 1 de protección y, las adicionales que sean necesarias para pasar y operar en los niveles 2 o 3 cuando se requiera[13].

---

[9] Organización Marítima Internacional, Conferencia de los Gobiernos Contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974, Puntos 7 y 8 del orden del día, Documento SOLAS/CONF.5/34, de 17 de diciembre de 2002, donde se adopta el Código ISPS en su Anexo 1: Resolución 2 de la Conferencia, adoptada el 12 de diciembre de 2002, titulada "Adopción del Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias".

[10] Apartado 3 del Código ISPS, *vid.* nota a pie de página nº 8.

[11] Para mayor información, *vid.* por ejemplo: Organización de Estados Americanos (OEA) y Administración Marítima de Estados Unidos (MARAD), "Guía para el conocimiento y la implementación del Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (OMI ISPS)", (sin fecha), p. 11, disponible en: http://www.oas.org/cip/docs/areas_tecnicas/4_proteccion_portuaria/3_guia_conoc_implem.pdf

[12] Apartados 7 y 8 del Código ISPS, *vid.* nota a pie de página nº 8.

[13] Apartado 9 del Código ISPS, *vid.* nota a pie de página nº 8.

El Plan contendrá las medidas para evitar la introducción de armas, explosivos, etc., el acceso no autorizado al buque y a zonas restringidas del mismo. De la misma forma se establecen los procedimientos para evaluar las amenazas, verificar las tareas de protección, informar de los sucesos, formar a las personas que intervienen en la prevención (tripulantes, etc.), realizar ejercicios y prácticas, así como responder a las instrucciones que den los gobiernos para el nivel 3 de protección[14].

Asimismo, cada instalación portuaria también debe elaborar y mantener un Plan de Protección de la Instalación Portuaria (PPIP), basándose en una evaluación y que comprenderá los tres niveles de protección, que tendrá que ser aprobado por el Gobierno, estar redactado en el idioma de trabajo de la instalación y contener, como mínimo, las medidas para evitar que se introduzcan en la instalación portuaria o en los buques armas, sustancias peligrosas para las personas, buque o puerto, o cuyo transporte no esté autorizado, prevenir accesos no autorizados a la instalación, buques o zonas restringidas, garantizar la protección de la carga y equipos para la manipulación de la misma[15].

Como acertadamente se ha concluido[16], el Código ISPS supone un ejemplo a seguir por los Gobiernos contratantes siguiendo una metodología centrada en la identificación del activo y la infraestructura vital para el flujo seguro e ininterrumpido de las operaciones marítimas comerciales, en particular en lo que se refiere a la adopción de planes de seguridad; aun reconociendo, a su vez, que estos factores pueden ser objeto de acciones vinculadas a eventuales riesgos y amenazas, como puede ser la del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva. Por ello mismo, el Código ISPS no debe ser entendido como una fuente única y absoluta dirigida a la búsqueda de la seguridad portuaria internacional, sino que ha de observarse como un documento eminentemente dinámico en el tiempo que contiene una serie de normas y prácticas a seguir por los Gobiernos contratantes para la adopción y gestión de sus programas nacionales de seguridad portuaria.

### 2.2. La Convención Internacional para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988), su Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental (1988), y el Protocolo (2005) a la Convención

El secuestro del crucero italiano *Achille Lauro* en diciembre de 1985 supuso un punto de inflexión en la preocupación por la protección marítima frente a actos terro-

[14] *Ibidem.*

[15] Apartados 14 a 16 del Código ISPS, *vid.* nota a pie de página nº 8.

[16] Organización de Estados Americanos (OEA) y Administración Marítima de Estados Unidos (MARAD), "Guía para el conocimiento y la implementación del Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (OMI ISPS)", (sin fecha), p. 11, disponible en la siguiente página web: http://www.oas.org/cip/docs/areas_tecnicas/4_proteccion_portuaria/3_guia_conoc_implem.pdf

ristas[17]. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 40/61, instó a la Organización Marítima Internacional a estudiar la cuestión del terrorismo en el mar y adoptar recomendaciones sobre las medidas adoptar. El resultado fue la Convención Internacional para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988), y su Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental (1988) (en adelante citados respectivamente Convención SUA de 1988 y Protocolo SUA de 1988, siguiendo su acrónimo en inglés: *Supression of Unlawful Acts*)[18].

Desgraciadamente, los atentados terroristas de 11 de septiembre de 2001 dieron lugar a una pensar en una actualización a nivel jurídico en materia de la lucha contra el terrorismo, en particular el marítimo[19]. De ahí que en noviembre de 20012, como respuesta a la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la Asamblea de la Organización Marítima Internacional adopta la Resolución A.924 (22). El resultado fue la adopción del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 2005 a la citada Convención SUA de 1988[20].

En primer lugar, hay que aclarar que el Protocolo SUA (2005) cataloga nuevos actos ilícitos contra la seguridad marítima, pero nunca señalando a los mismos como actos terroristas, refiriéndose sólo por vía indirecta a ello mediante la técnica de la incorporación por referencia a tratados expresamente anti-terroristas[21].

---

[17] *Vid*. studios doctrinales sobre este incidente en: Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.), *International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 231, nota a pie de página nº 68.

[18] La Convención Internacional sobre para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima se adoptó el 1 de marzo de 1988, y entró en vigor el 1 de marzo de 1992. A fecha de 28/07/2014 el número de Estados Partes era de 164, constituyendo aproximadamente el 94'52% del tonelaje mundial del transporte mercante. Por su parte, el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental se adoptó el 1 de marzo de 1988, y entró en vigor el 1 de marzo de 1992. A fecha de 28/07/2014 el número de Estados Partes era de 151, constituyendo aproximadamente el 88'52% del tonelaje mundial del transporte mercante. Vid. http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202014.pdf.

*Vid*. un análisis de ambos tratados internacionales en: Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.), *International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 230-234.

[19] *Vid.* la influencia de Estados Unidos en este aspecto y en particular en la redacción de lo que iba a ser el futuro Protocolo SUA de 2005 en: Enríquez, D., "Terrorismo marítimo y libertad de la navegación. La actividad de la Organización Marítima Internacional en materia de protección y los claroscuros del Convenio SUA y del Protocolo SUA de octubre de 2005", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (vol. II, 2007), pp. 173-174.

[20] El Protocolo SUA de 2005 se adoptó el 14 de octubre de 2005, y entró en vigor el 28 de julio de 2010. A fecha de 28/07/2014 el número de Estados Partes era de 31, constituyendo aproximadamente el 37'76% del tonelaje mundial del transporte mercante. *Vid.* http://www.imo.org/About/Conventions/StatusOfConventions/Documents/Status%20-%202014.pdf.

[21] Enríquez, D., "Terrorismo marítimo y libertad de la navegación. La actividad de la Organización Marítima Internacional en materia de protección y los claroscuros del Convenio SUA y del Protocolo SUA de octubre de 2005", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (vol. II, 2007), pp. 175-176.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Protocolo SUA (2005) se aplicará si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior del mar territorial de un solo Estado, o de los límites laterales del mar territorial con Estados adyacentes; igualmente, se aplicará cuando el presunto delincuente se encuentre en territorio de un Estado Parte[22].

Sin perjuicio de que se tengan en consideración estudios doctrinales más profundos sobre estas y otras cuestiones[23], hay tres aspectos a destacar en relación con el Protocolo SUA (2005) y el tráfico ilícito de armas de destrucción masiva, a saber:

El primer está en relación con las conductas indicadas en sus artículos 3bis, 3ter, y 3quarter, que agrupan tres novedosas categorías: a) la utilización del buque como armas; así como el transporte de armas biológicas, químicas y nucleares, explosivos y materiales relacionados[24]; b) el transporte de personas implicadas en cualquiera de las otras dos categorías de delitos citados; y, c) la coparticipación y la tentativa de comisión de las conductas citadas.

En segundo lugar, la relación entre el Protocolo SUA (2005) y la normativa jurídico internacional en materia de no proliferación nuclear presenta claras y serias tensiones en relación con la extensión de las obligaciones del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares de 1968 al ámbito de aplicación del Protocolo SUA citado. En esencia, los Estados disidentes mostraron su opinión sobre las capacidades de la Organización Marítima Internacional en este aspecto, restando competencia a quien la tiene: la Agencia Internacional de la Energía Atómica; y, además, hubo serias críticas respecto al trato discriminatorio entre los Estados nucleares que son miembros del Tratado de No Proliferación respecto de aquéllos que no lo son[25].

Y, por último, el Protocolo SUA (2005) añade un nuevo artículo 8 bis, que representa hoy en día el mayor avance en la regulación jurídica de las operaciones de inter-

---

[22] En consecuencia, el único supuesto en que el Protocolo SUA (2005) no sería de aplicación es cuando el delito se cometió dentro del mar territorial de un solo Estado y el presunto delincuente fue encontrado dentro del territorio del Estado ribereño. En tal caso, éste es el titular de la soberanía y exclusiva jurisdicción sobre ese espacio al amparo de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, y por tanto, el único que resultaría competente para reprender tales actos. Virseda Fernández, M. C., "Terrorismo Marítimo. Convenio SUA 2005", *Revista General de la Marina* (vol. 263, nº 3, 2012), p. 483.

[23] *Vid.* a modo de ejemplo, Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.), *International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 234-235.; Enríquez, D., "Terrorismo marítimo y libertad de la navegación. La actividad de la Organización Marítima Internacional en materia de protección y los claroscuros del Convenio SUA y del Protocolo SUA de octubre de 2005", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (vol. II, 2007), pp. 176-186; y, Virseda Fernández, M. C., "Terrorismo Marítimo. Convenio SUA 2005", *Revista General de la Marina* (vol. 263, nº 3, 2012), pp. 484 y 487-493.

[24] En particular, han señalado problemas en relación con la tipificación penal del transporte de uso dual, advirtiéndose que el tipo delictivo consistente en el transporte de un objeto de uso dual, vinculado a la definición misma de transporte hace una conducta penal típica verdaderamente abierta, en donde toda práctica, todo sujeto directa o indirectamente relacionado con cualquier eslabón de la cadena logística y respecto a cualquier material transportado es presuntamente responsable. Enríquez, D., *ibidem*, pp. 176-179.

[25] *Vid*. con mayor profundidad, Enríquez, D., *ibidem*, pp. 183-185.

dicción marítima. En este sentido, este artículo establece un procedimiento de visita e inspección que ha de ejecutarse cuando se den determinadas circunstancias y bajo un método establecido; subraya expresamente que se evitará el uso de la fuerza, salvo en determinadas circunstancias y que, en todo caso, ha de ser proporcionado; se indican cautelas o salvaguardas durante la ejecución de las medidas propuestas; y, finalmente, se prevén indemnizaciones por parte del Estado interviniente a favor de los perjudicados[26].

Cierto es que el Protocolo SUA (2005) hace frente a la nueva y posible amenaza del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva por vía marítima, pero las controversias y los claroscuros de sus disposiciones que inciden, en esencia, contra los principios de libertad de navegación y de jurisdicción del Estado del pabellón, hacen del mismo un tratado internacional de escasa aplicación práctica, como lo demuestra el escaso número de Estados Partes a día de hoy (31, que constituyen aproximadamente el 37'76% del tonelaje mundial del transporte mercante).

### 2.3. El Sistema de Identificación y Seguimiento de Largo Alcance de Buques (2006)

En mayo de 2006 la Organización Marítima Internacional adoptó en el ámbito de su Comité de Seguridad Marítima (MSC) un dispositivo de importancia para la seguridad y protección marítima: el "Sistema de Identificación y Seguimiento de Largo Alcance de Buques" - en adelante Sistema LRIT, siguiendo su acrónimo en inglés: *Long Range Identification and Tracking*-, enmarcado dentro del Capítulo V de la Convención SOLAS, y estando operativo desde el 1 de enero de 2009[27].

El Sistema LRIT establece un mecanismo para compartir información sobre seguridad, búsqueda y rescate, que es obligatorio para todos los buques que realicen viajes internacionales: buques de pasaje, incluidos los de alta velocidad, buques de carga de un arqueo mínimo de 300 TRB (Toneladas de Registro Bruto), y unidades móviles de perforación submarina en alta mar; y se aplicará igualmente a las naves construidas en o después del 31 de diciembre de 2008.

---

[26] Para un desarrollo de estos aspectos, *vid*. Virseda Fernández, M. C., "Terrorismo Marítimo. Convenio SUA 2005", *Revista General de la Marina* (vol. 263, nº 3, 2012), pp. 487-491.

[27] El Sistema LRIT se concibió a principios del 2002 como un sistema de seguimiento remoto obligatorio para todos los buques SOLAS. A mediados del 2006 se publicó la Resolución MSC.202(81) y MSC.211(81) definiendo la norma del Sistema LRIT que entró en vigor el 1 de enero de 2008. La Organización Marítima Internacional en dicha resolución MSC.202(81) estableció la obligatoriedad del Sistema LRIT para determinados buques. Dicha resolución enmienda el Capítulo V de la regulación 19-1 de la Convención SOLAS), y obliga a todos los Estados Miembros de la Organización Marítima Internacional. La mencionada resolución MSC.202(81) se diferencia del resto de resoluciones de la Organización en que no establece un procedimiento formal ni homogéneo para la aprobación de equipos dejando en manos de cada Administración la validación del medio tecnológico para cumplir con las exigencias. Lo mismo ocurre con el dispositivo interno de seguimiento, que cada Estado Miembro ha de establecer.

En esencia, con este Sistema LRIT se permitirá controlar el recorrido de los buques e identificar a aquellos que puedan presentar una amenaza a la seguridad marítima[28]. El coordinador internacional del sistema, nombrado por la Organización Marítima Internacional, es la Organización Internacional de Telecomunicaciones Móviles por Satélite (IMSO -*International Mobile Satellite Organization*-). Esta Organización actúa en nombre de todos los Gobiernos Contratantes, examina e inspecciona los aspectos del funcionamiento del Sistema LRIT.

El Sistema LRIT permite a todos los países acceder a información actualizada de los buques, puertos e instalaciones portuarias para responder con eficacia a las emergencias marítimas, además determina el posicionamiento satelital que permite a los Estados obtener la posición de los buques de su bandera en cualquier parte del mundo donde se encuentran navegando y la posición de los que se dirijan a sus instalaciones portuarias o que transiten a una distancia de hasta 1000 millas náuticas de sus costas[29].

El LRIT es un sistema de seguimiento marítimo remoto vía satélite de cobertura mundial, mediante el cual, y resumiendo el procedimiento[30], un Estado Miembro de la Organización Marítima Internacional, a través de su Proveedor de Servicios de Aplicación (ASP -*Aplication Service Provider*-) y de su Centro de Datos LRIT (*Data Center* -DC-, que puede ser nacional, regional o cooperativo), debe ser capaz de obtener automáticamente posiciones actualizadas de sus buques cada 6 horas -o en intervalos inferiores hasta un mínimo de 15 minutos, si fuera necesario- de: la identificación del buque, la posición (expresada en latitud y longitud) y la fecha y hora (expresada en UTC o Tiempo Universal Coordinado -*Universal Time Coordinate*-). Además, el dispositivo instalado en el buque debe permitir una consulta de posición instantánea o *polling*. El mensaje recibido por la Administración debe indicar la identidad de la nave, posición geográfica (latitud y longitud), hora y fecha de la transmisión[31].

En esencia y como se ha señalado[32], el Sistema LRIT obedeció en sus primeros momentos a motivaciones de mejorar la protección marítima (*maritime security*) en relación

[28] *Vid.* una presentación del Sistema LRIT en: Yasnikovski, J., "Último desarrollos relacionados con la identificación y seguimiento de corto y largo alcance de los buques -Sistemas SIA y SRIT-", presentación en el XXI Congreso Latinoamericano de Puertos de la AAPA, Guatemala, 9 a 12 de abril de 2012, en: http://www.aapaports.org/files/SeminarPresentations/2012Seminars/12LatinAmericanCongress/JAVIER%20YASNIKOUSKI.pdf

[29] Möller Undurraga, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), p. 326.

[30] El Sistema LRIT se encuentra compuesto por: a) Equipo de transmisión satelital (terminal, baliza); b) Proveedor de Servicios de Comunicaciones (CSP, *Communication Service Provider*); c) Proveedor de Servicios de Aplicación (ASP, *Application Service Provider*); d) Centro de Datos LRIT (DC, *Data Center*, nacional, regional o cooperativo); e) Plan de Distribución de Datos LRIT (DDP, *Data Distribution Plan*); y, f) Intercambiador Internacional de Datos LRIT (IDE, *International Data Exchange*).

[31] Rodrigo de Larrucea, J., "Hacia un sistema europeo integral de información y seguimiento marítimo (*SafeseaNet*) y el sistema LRIT (*Long Range Identification Tracking System*)", 2011, p 3., disponible en la siguiente web: http://upcommons.upc.edu/eprints/bitstream/2117/11321/1/355timo%20_SafeseaNet%20y%20el%20sistema%20LRIT%20_Long%20Ra%29.pdf

[32] *Ibidem.*

con el buque y la posibilidad de tomar preventivas con un seguimiento en el alta mar y con carácter previo a la llegada a las costas de los Estados, y que posteriormente se ha manifestado como un instrumento eficaz y funcional para ello. Podemos concluir que resulta a día de hoy uno de los mecanismos más útiles para alertar y prevenir la amenaza del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva y sus eventuales funestas consecuencias.

## 3. LA ACCIÓN PRIVADA A TRAVÉS DE LA DENOMINADA 'INICIATIVA CONTRA LA PROLIFERACIÓN DE ARMAS DE DESTRUCCIÓN MASIVA'

### 3.1. Orígenes, naturaleza y principios rectores de la 'Iniciativa contra la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva'

En mayo de 2003, el Presidente Bush invitó a un grupo de Estados a unirse en su lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva[33], dando así lugar a la *Proliferation Security Initiative* -en adelante PSI, siguiendo su acrónimo en inglés-. Siguiendo la Estrategia Nacional de Estados Unidos para combatir las armas de destrucción masiva, la PSI se dirige a evitar que las armas de destrucción masiva lleguen a manos de Estados deshonestos, o Estados que se definieron como parte del 'Eje del Mal' y organizaciones terroristas[34].

La PSI no es una organización o institución internacional (no tiene sede, ni secretaría y convoca sus reuniones a conveniencia)[35]. Algunos la llamaron como 'un conjunto de actividades geométricamente variables'; otros, con más audacia, la señalaron como 'una coalición *ad hoc* de voluntarios' o, usando el término en inglés, '*coalition of*

[33] *Vid.* la implicación de España en los comienzos de la PSI en: Hidalgo García, M. M., "Décimo Aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative)", Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Informativo 18/2013, 12 junio 2013, pp. 3-4, disponible en la siguiente web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI18-2013_DecimoAniversario_PSI_MMHG.pdf.

[34] En la lista original se señalaron Estados como Corea del Norte, Irán, Sudán, Siria y Cuba (Libia estaba en esta lista, pero al renunciar a estas armas en diciembre de 2003 su nombre fue borrado de la misma). Möller Undurraga, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), p. 328.

[35] Quizás el único órgano con cierta permanencia y regularidad en sus reuniones es el *Operational Expert Group* (OEG), formado por 21 Estados, entre ellos España, con el objeto de garantizar la efectividad de la PSI. *Vid.* http://www.psi-online.info/Vertretung/psi/en/04-Operational-Experts-Group/0-operational-experts-group.html.

La primera reunión tuvo lugar el 12 de junio de 2003 en Madrid, en la que se reunieron once países (Australia, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Polonia, Portugal, España, Gran Bretaña, y Estados Unidos); y es significativo para las conclusiones a las que llegaremos que uno de los primeros principios que se establecieron es que organizaciones internacionales, tales como la Unión Europea o la OTAN, no tendrían representantes en este núcleo central de la PSI, argumentando que de este modo la iniciativa se pondría en marcha de forma más rápida, huyendo por lo tanto del lento proceder en la toma de decisiones de estas organizaciones. Hidalgo García, M. M., "Décimo Aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative")", Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Informativo 18/2013, 12 junio 2013, p. 4, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI18-2013_DecimoAniversario_PSI_MMHG.pdf.

*the willing*', liderada por Estados Unidos con el objetivo de intensificar los compromisos políticos en aras de obtener cooperación en materia de la detención de la proliferación de armas de destrucción masiva[36].

Inmediatamente, en septiembre de 2003, se aprobó la "Declaración de Principios de Interceptación de la PSI"[37] en la que se concretan medidas que pueden adoptar los Estados participantes para interceptar el tráfico de armas de destrucción masiva, tales como[38]: a) no transportar o asistir en el transporte de armas de destrucción masiva; b) abordar sus propias naves en sus respectivas aguas interiores y mar territorial, como en alta mar, si hay razonables sospechas de que están envueltas en actividades de proliferación; c) considerar otorgar autorización para que se aborde naves de su bandera por autoridades de otros Estados participantes; y, d) tomar medidas contra aeronaves extranjeras en su respectivo espacio aéreo nacional.

Igualmente, en el ámbito estrictamente operativo, los Estados participantes en la PSI han realizado una serie de ejercicios de interceptación en tierra, mar y aire, con el objetivo de lograr una actuación coordinada y efectiva entre ellos para detener, inspeccionar e incautar los embarques[39], así como la ejecución de interdicciones reales. No obstante, y como se ha señalado con acierto[40], en relación con estas interceptaciones reales, la información dada al público ha sido muy escasa tanto en éxitos como en fracasos debido, quizás, al recelo de los Estados de desvelar sus capacidades militares y de inteligencia en la lucha contra la proliferación[41].

### 3.2. Consideración tras una década de la 'Iniciativa contra la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva'

Hoy en día 102 Estados forman parte de la PSI, estando España entre ellos[42]. Cierto es que su naturaleza de alianza *ad hoc*, según dicen, puede agilizar trámites para lograr

---

[36] Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.),*International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 224. Möller Undurraga, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), pp. 329-330.

[37] *Vid*. http://www.psi-online.info/Vertretung/psi/en/07-statement/Interdiction-Principes.html.

[38] Möller Undurraga, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), p. 330.

[39] *Vid*. http://www.psi-online.info/Vertretung/psi/en/02-activities/0-activities.html.

[40] Hidalgo García, M. M., "Décimo Aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative")", Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Informativo 18/2013, 12 junio 2013, p. 5, disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI18-2013_DecimoAniversario_PSI_MMHG.pdf.

[41] Respecto a las interceptaciones reales, un caso conocido fue el del buque 'BBC China' en octubre de 20003. En ese caso, Estados Unidos y Gran Bretaña alertaron a Alemania e Italia sobre la presencia de un buque registrado en Alemania con la sospecha de que contenía componentes de centrifugadoras para enriquecer uranio, siendo su destino Libia. Estados Unidos y Gran Bretaña pidieron desviar el buque hasta el puerto italiano de Tarento para proceder a su registro. Italia y Alemania así lo hicieron; el primero porque el buque navegaba por sus aguas, el segundo porque el buque estaba registrado con esa nacionalidad. Se interceptó y se evitó el funesto envío. *Ibidem*, pp. 5-6.

[42] *Vid*. http://www.psi-online.info/contentblob/3627884/Daten/2885430/endorsingstates.pdf.

sus fines adaptándose con flexibilidad a las circunstancias del momento; pero la opacidad o débil transparencia propia de estas reuniones, hacen de la PSI un mecanismo difícilmente considerable bajo las prescripciones contemporáneas del Derecho Internacional Público -en particular, del Derecho Internacional del Mar-[43], que abogan por un medio institucionalizado que garantice permanencia, claridad y publicidad en la toma de decisiones, aun en situaciones tan críticas y sensibles como la lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva.

En este sentido, no estoy en consonancia con quien afirma que "un paso importante para contribuir a su éxito (refiriéndose a la PSI) en la lucha contra la proliferación es reforzar, en paralelo, el marco legal de las interdicciones (refiriéndose a la Convención Internacional para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988, y a su Protocolo de 2005; así como a la Convención para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional de 2010[44], y las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas)"[45]. En mi modesta opinión, el éxito contra la proliferación de armas de destrucción masiva ha de ubicarse en el marco jurídico internacional ya existente, que se ha adaptado a los nuevos tiempos y amenazas bajo el resguardo del paraguas de la Organización Marítima Internacional o de la Aviación Civil Internacional; sólo queda que los Estados tengan la suficiente voluntad política para comprometerse y cumplir sus disposiciones. Parece ser que, aún no abandonando la liga PSI, en su última reunión en Varsovia en mayo de 2013 se instó a los Estados a unirse y reforzar dicho marco jurídico e, incluso, el propio mecenas de la PSI -Estados Unidos- se comprometió a ratificar tratados internacionales en la materia[46]. El tiempo nos dirá en qué se revela esta oda al multilateralismo institucionalizado.

---

[43] *Vid*. al respecto el análisis más profundo de esta autora en: Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.),*International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 224-230.

[44] La Convención para la Represión de Actos Ilícitos relacionados con la Aviación Civil Internacional de 2010 (Convención de Beijing) actualiza la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 y su Protocolo complementario de 1988, haciendo que sean delito el acto de utilizar aeronaves civiles como armas y el acto de utilizar materiales peligrosos para atacar a aeronaves u otros objetivos. También es punible el transporte ilícito de armas nucleares, biológicas y químicas, y el material conexo a las mismas. Igualmente, los ciberataques a instalaciones de navegación aérea serán causa de responsabilidad penal. Hoy en día, la Convención de Beijing no se encuentra en vigor (*vid.* http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Conv_ES.pdf), a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional para reforzar la capacidad de los Estados para prevenir la comisión de estos delitos y enjuiciar y castigar a quienes los cometan, modernizando pues el marco jurídico de la seguridad de la aviación en el siglo XXI.

[45] Hidalgo García, M. M., "Décimo Aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative")", Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Informativo 18/2013, 12 junio 2013, pp. 6-7, disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI18-2013_DecimoAniversario_PSI_MMHG.pdf.

[46] *Ibidem*, pp- 7-8.

## 4. CONCLUSIONES

Cierto es que existe un marco jurídico internacional adecuado para prevenir y actuar frente a acciones contra la seguridad marítima en las que se utilicen armas de destrucción masiva, que ha ido desarrollándose desde 1974 a 2005 a raíz de trágicos sucesos ocurridos en la esfera internacional y de los que ha sido impulsora la Organización Marítima Internacional. El más significativo fue la adopción del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 2005 que actualiza la Convención SUA de 1988; no obstante, el escaso número de Estados que se han comprometido a su cumplimiento y los dilemas que presentan sus disposiciones hacen del Protocolo de 2005 un tratado de escasa relevancia hoy en día.

Igualmente, con el mismo fin y promoción por la Organización Marítima Internacional, se han adoptado mecanismos y procedimientos técnicos con eficacia probada, tales como el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (2002) y el Sistema de Identificación y Seguimiento de Largo Alcance de Buques (2006).

Este desarrollo jurídico y técnico representa un cambio significativo del enfoque en el sector marítimo internacional sobre la cuestión de la protección del transporte internacional por vía marítima y eventuales funestas consecuencias en relación con la proliferación de armas de destrucción masiva.

Al respecto, hay que admitir que estas disposiciones pueden suponer una considerable carga adicional para algunos Estados Partes en el sentido de que su implantación requerirá una continua y eficaz cooperación y entendimiento entre todos los que tienen que ver con los buques y las instalaciones portuarias, o los utilizan, incluido el personal del buque, el personal portuario, los pasajeros, los intereses de la carga, los gestores navales, los administradores de puertos y las autoridades nacionales y locales que tengan responsabilidades en el ámbito de la protección. Las prácticas y procedimientos existentes tendrán que someterse, pues, a revisión y modificarse si no ofrecen un nivel adecuado de protección. En interés de una mayor protección marítima, tanto los sectores navieros y portuarios como las autoridades nacionales y locales tendrán que asumir responsabilidades adicionales. Es esencial, pues, que los estándares que se establezcan sean adecuados, realistas, alcanzables y efectivos en su cumplimiento.

En definitiva, la acción de la Organización Marítima Internacional en esta materia se encuentra con el complejo dilema de lograr un equilibrio entre las medidas de seguridad que deben adoptar los Estados, las consiguientes restricciones a los principios de libertad de navegación y de jurisdicción del Estado del pabellón, y el mínimo de interferencia con el transporte marítimo internacional.

Ante esta realidad, los Estados han optado por eludir el medio institucionalizado que representa la Organización y manifiestan su preferencia y compromiso con acciones privadas que les parecen más realistas y efectivas, tal como la 'Iniciativa contra la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva' en la que participan actualmente 102

Estados bajo la égida de Estados Unidos, y cuya adecuación a las prescripciones del Derecho Internacional del Mar, en particular, es criticada.

Como he señalado, soy partidaria de el éxito de la lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva ha de ubicarse en el marco jurídico internacional ya existente, que se ha adaptado a los nuevos tiempos y amenazas en el seno del medio institucionalizado que supone la Organización Marítima Internacional o la Aviación Civil Internacional. No obstante, este actual análisis de la cuestión me lleva con pesar a concluir lo mismo que hace cinco años[47]: que los esfuerzos para prevenir y abolir los actos ilícitos contra el tráfico marítimo son un claro ejemplo de la persistencia de dos regímenes internacionales: el tradicional, vía la adopción de tratados multilaterales, y aquello que se ha llamado "nuevo multilateralismo", "multilateralismo instrumental" o "multilateralismo eficaz", con el que los Estados se sienten más cómodos debido a que les permite flexibilidad en su devenir político frente a lo que entienden como "intransigencia" del Derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS MARTÍN, M. A., "Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, *Tiempo de Paz* (núm. 102, otoño, 2011), 12 pp., disponible en la siguiente página web: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/revistas/ProliferacionArmasDestruccionMasiva_BallesterosMartin.pdf

DOMÍNGUEZ MATÉS, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.), International Legal Dimension of Terrorism, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 213-237.

ENRÍQUEZ, D., "Terrorismo marítimo y libertad de la navegación. La actividad de la Organización Marítima Internacional en materia de protección y los claroscuros del Convenio SUA y del Protocolo SUA de octubre de 2005", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (vol. II, 2007), pp. 153-187.

HIDALGO GARCÍA, M. M., "Décimo Aniversario de la PSI (Proliferation Security Initiative)", Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento Informativo 18/2013, 12 junio 2013, 8 pp., disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_informativos/2013/DIEEEI18-2013_DecimoAniversario_PSI_MMHG.pdf

MÖLLER UNDURRAGA, M. F., "La Seguridad Marítima y el Derecho del Mar", *REVISMAR -Revista de la Marina de Chile-* (4/2007), pp. 322-332.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) y ADMINISTRACIÓN MARÍTIMA DE ESTADOS UNIDOS (MARAD), "Guía para el conocimiento y la implementación del Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (OMI ISPS)", (sin fecha), 12 pp., disponible en la siguiente página web: http://www.oas.org/cip/docs/areas_tecnicas/4_proteccion_portuaria/3_guia_conoc_implem.pdf.

RODRIGO DE LARRUCEA, J., "Hacia un sistema europeo integral de información y seguimiento marítimo (*SafeseaNet*) y el sistema LRIT (*Long Range Identification Tracking*

[47] Domínguez Matés, R., "From the Achille Lauro to the Present Day: an Assessment of the International Response to Preventing and Suppressing Terrorism at Sea", en Fernández Sánchez, P.A. (dir.),*International Legal Dimension of Terrorism*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, pp. 236-237.

*System*), 2011, 6 pp., disponible en la siguiente página web: http://upcommons.upc.edu/e-prints/bitstream/2117/11321/1/355timo%20_SafeseaNet%20y%20el%20sistema%20LRIT%20_Long%20Ra%29.pdf

VIRSEDA FERNÁNDEZ, M. C., "Terrorismo Marítimo. Convenio SUA 2005", *Revista General de la Marina* (vol. 263, nº 3, 2012), pp. 479-494.

VV.AA., "Work Undertaken by the International Maritime Organization in an Effort to Prevent and Combat Terrorism", 2 mayo 2007, disponible en la siguiente página web: http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=19263&filename=IMO-CTC-Melbournerev.1.pdf.

YASNIKOVSKI, J., "Último desarrollos relacionados con la identificación y seguimiento de corto y largo alcance de los buques -Sistemas SIA y SRIT-", presentación en el XXI Congreso Latinoamericano de Puertos de la AAPA, Guatemala, 9 a 12 de abril de 2012, en: http://www.aapa-ports.org/files/SeminarPresentations/2012Seminars/12LatinAmericanCongress/JAVIER%20YASNIKOUSKI.pdf.

# V.
# INESTABILIDAD ECONÓMICA Y FINANCIERA

# UN "AGUJERO NEGRO" PARA LA GOBERNANZA MUNDIAL "LOS PARAÍSOS FISCALES"

Domingo Carbajo Vasco

*Inspector de Hacienda del Estado*

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

La fiscalidad internacional se encuentra a las puertas de desarrollar un nuevo paradigma: el vinculado al proyecto BEPS ("Base Erosion and Profit Shifting" o, en su traducción española: "Abordar la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios")[1].

Este número paradigma de la fiscalidad internacional[2], cuyo contenido supone un cambio radical en la filosofía que regía las relaciones fiscales internacionales hasta la fecha, implica también un cambio significativo en la lucha contra los paraísos fiscales y otros regímenes de baja o nula tributación, además de adaptar los parámetros en los cuales se movían los textos normativos más relevantes para regular aquélla, en especial, el modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) para evitar la doble imposición sobre la renta y el patrimonio (en adelante, CDI) [3] y la Guía de Precios de Transferencia, cuya última

[1] *Passim*. OECD. Addressing Base Erosion and Profit Shifting, Ed. OECD Publishing, París, 2013, concretamente, el 12/02/2013.

El Plan de Acción derivado de esta iniciativa se encuentra en: OECD. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Ed. OECD Publishing, París, 2013; editada, concretamente, el 19/07/2013.

Hay traducción española: Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios.

[2] *Vid*. Carbajo Vasco, Domingo. "El informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional", Carta Tributaria, serie Monografías, mayo de 2014.

[3] Aunque el CDI se encuentra en proceso de actualización permanente y, dentro de la iniciativa BEPS, se tiene prevista la publicación en septiembre de 2014 de una nueva versión del mismo, la traducción al español más segura, oficial y aplicada del mismo puede verse en: OCDE. Instituto de Estudios

edición se remonta a julio de 2010[4], para adaptarlos a los nuevos contextos técnicos y económicos, vinculados a la expansión de la denominada "economía digital"[5].

En síntesis, la iniciativa BEPS altera la finalidad fundamental del Derecho Internacional Tributario, ya que, en vez de buscar la eliminación o reducción de la doble imposición internacional, se pasa a combatir contra la doble no imposición o la reducción ilegal, incluso contra el espíritu de la Ley, de los impuestos a pagar en las diversas Haciendas nacionales.

Y aquí tenemos un primer cambio de perspectiva en la importancia otorgada por las autoridades internacionales, tanto por la OCDE como por las instituciones de la UE[6], para luchar contra los "paraísos fiscales", que éstos ya no se ven como un problema aislado, vinculado a la existencia de un fraude fiscal directo y de pérdida de recursos públicos derivada del mismo, sino que se enmarcan en una nueva filosofía: la búsqueda de una nueva "gobernanza" a nivel mundial, la cual persigue que, tanto las empresas (en especial, las multinacionales o transnacionales, auténticos agentes de la globalización; en adelante, ETN)[7] como los ciudadanos paguen su justa parte en atención a la capacidad económica que manifiestan en cualquier jurisdicción o Estado donde tengan un "nexus", evitando tanto la doble imposición como la no imposición, por razones no sólo de equidad, sino de "transparencia"; impidiendo, asimismo, el riesgo sistémico que genera la existencia de millones de rentas y capitales sin control y por la competencia imperfecta que suponen, vía menores costes, las actividades al margen del control tributario.

Todo ello explica, por ejemplo, el énfasis puesto dentro del proyecto BEPS y de otras iniciativas internacionales, lideradas por la OCDE y también por la propia UE, para acabar con la denominada "planificación fiscal agresiva" o abusiva y los denominados popularmente como "paraísos fiscales", pues aunque la definición de qué es un

---

Fiscales. Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, Eds. OCDE/ Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, julio de 2010,

[4] OCDE. Instituto de Estudios Fiscales. Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, Eds. OCDE/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, julio de 2010.

[5] Esta nueva modalidad de economía que, en general, se entiende por la doctrina no representa un nuevo modelo económico, sino la "digitalización" y desmaterialización de las actividades económicas ordinarias, debido al impulso de las omnipresentes tecnologías de la información y las comunicaciones (las omnipresentes TIC), conlleva relevantes cambios en los conceptos y parámetros tributarios "ad usum", verbigracia, la diferencia entre entrega de bienes y prestación de servicios en el IVA; y sus relaciones con el sistema tributario son objeto de un significativo debate en los momentos actuales, tanto como Acción 1 del citado Plan de Acción de la BEPS como en el seno de la propia Unión Europea (en adelante, UE). Al respecto, nos remitimos a: Expert Group on Taxation of the Digital Economy. Report, 28/05/2014, www.ec.europe.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf

[6] Toda la información y documentos acerca de la fiscalidad en la UE pueden encontrarse acudiendo al portal de la Dirección General de la Comisión de la UE dedicada a las cuestiones fiscales y aduaneras, conocida como TAXUD, www.ec.europe.eu/taxation_customs

[7] Se estima que el 60% del comercio mundial se produce entre empresas multinacionales.

"paraíso fiscal", como la de cualquier otro concepto jurídico indeterminado, es discutible y debatible, supone directamente que en el territorio calificado como tal se producen: falta de información, descontrol de recursos, riesgo sistémico y ausencia de justicia en la distribución de la carga tributaria.

## 2. LAS CAUSAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL[8]

¿Y por qué ha cambiado este paradigma del Derecho Tributario internacional y se ha relanzado la acción contra los paraísos fiscales y otras jurisdicciones calificadas con una terminología similar, caso de las denominadas "zonas de baja o nula tributación"?.

La respuesta más sencilla es porque, desde los inicios de la crisis económica, la institución clave a nivel mundial para desarrollar la coordinación, siquiera limitada, de las Políticas Económicas, el G-20, ha señalado la necesidad de construir una nueva "gobernanza fiscal" basada en la "transparencia"[9] y, precisamente, si por algo se caracterizan los países y jurisdicciones que son "paraísos fiscales" (pues muchas de ellas son, formalmente, colonias de la Corona británica, siendo el ejemplo más sangrante Gibraltar), es por su falta de transparencia, la ausencia de comunicación de la propiedad y el origen de rentas y patrimonios localizados en sus territorios, siendo muchos de ellos, producto no sólo del fraude y la evasión fiscal, sino del contrabando, de la corrupción y de todo tipo de crímenes y delitos.

Esta negativa a proporcionar información sobre los orígenes y la licitud de las rentas y capitales situados en estos territorios es peligrosa, acrecienta los problemas de riesgo sistémico en el contexto de la crisis actual y claramente resulta contraria a los principios de libre competencia en una economía de mercado, por lo cual, pueden identificarse los "paraísos fiscales" como un auténtico riesgo para la economía mundial y como "free riders", cuya existencia, beneficiándose de las normas y estructuras del orden mundial, viola sistemáticamente las reglas de conducta del mismo, su "buena gobernanza", generando una competencia imperfecta.

Se trata, por lo tanto, de auténticos "agujeros negros"[10] en la economía mundial, cuya necesidad de control es evidente, y no sólo por razones recaudatorias, sino para

---

[8] En general, si se desea disponer de una versión actualizada de los debates fiscales internacionales, conviene acudir al portal de la OCDE, www.oecd.org, mediante el uso de las pestañas "Topics" y luego "Tax".

[9] Sobre el concepto de "gobernanza fiscal", no siempre meridianamente claro, puede verse: Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Europeo Económico y Social. Promoviendo la buena gobernanza en materia fiscal, COM (2009) 201 final, Bruselas, 28/04/2009.

[10] Sobre la oportunidad de estas palabras, nos remitimos a: Escario, José Luis. Paraísos fiscales, Los agujeros negros de la economía globalizada, Eds. Libros de la Catarata, Fundación Alternativas, Madrid, abril de 2011.

impedir su uso por actividades delictivas, por ejemplo, el lavado de capitales., "money laundering operations" y para dificultar la imprescindible regulación del sistema financiero internacional, cuya debilidad se halla detrás de la crisis sistémica vigente.[11]

Sobre esto volveremos más adelante.

## 3. EL CONTEXTO DE LA LUCHA ACTUAL CONTRA LOS "PARAÍSOS FISCALES" Y LOS TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACIÓN

Mientras que, hace algunos años, la lucha contra los territorios calificados como "paraísos fiscales" (entre los cuales siempre se ha calificado la colonia inglesa de Gibraltar, ejemplo prototípico de lo que es la piratería financiera y fiscal contemporánea) se desarrollaba de manera aislada y se centraba en consideraciones de justicia tributaria y éticas; al igual que el planteamiento de la llamada "competencia fiscal dañina" ("harmful tax competition"), también originada en la doctrina OCDE y extendida a la UE por medio de la acción del conocido como "Grupo Primarolo" que desarrolla y estudia el Código de Conducta empresarial, se buscaba acabar con situaciones fiscales que favorecían a determinadas inversiones de no residentes para competir en condiciones de competencia imperfecta con otras empresas.

En los momentos actuales, por el contrario, la lucha contra los "paraísos fiscales" se enmarca en la búsqueda de un nuevo orden fiscal, transparente, equilibrado y sistémico, donde existan reglas de conductas equilibradas y solidarias para todos sus componentes, en particular, los agentes más dinámicos de la globalización: las ETN; pues en el presente estado de la misma, con problemas mundiales evidentes y acuciantes: cambio climático, pérdida de biodiversidad, crisis financieras, etc., deben exigirse unas reglas mundiales de conducta, una "responsabilidad social corporativa", la "buena gobernanza", en suma.

Estas ideas no han hecho sino reforzarse y generalizarse tras la reciente crisis sistémica, de la cual se cumplen ahora siete años y cuya salida en muchas zonas del Mundo, especialmente, en la denominada "zona euro"[12], aún no se vislumbra claramente, así como tampoco la eficacia de las diferentes medidas adoptadas para solucionarla[13].

La acción contra los "paraísos fiscales" que, hasta las decisiones políticas del G-20 y su implantación por su brazo técnico, la OCDE, solía limitarse a algunos círculos oficiales y a grupos arcanos de teóricos y funcionarios, así como a aquellas personas,

[11] Un reciente "reading" acerca de la crisis económica internacional y su vinculación con la crisis económica española en: García Norberto, E.; Ruesga Benito, Santos M. ¿Qué ha pasado con la economía española. La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013), Ed. Pirámide, Madrid, 2014.

[12] De la cual forman parte en estos momentos 18 Estados miembros de la UE, incluyendo España.

[13] Sobre el enfoque keynesiano de la crisis económica, puede verse: Novelo Urdanivía, Federico. De Keynes a Keynes. La crisis económica global en perspectiva histórica, Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, SITESA, México D.F., 2011.

instituciones, Organizaciones No Gubernamentales[14], etc., que plantean la necesidad de recuperar para el erario público las cantidades ingentes que el fraude fiscal, la elusión fiscal y la ahora denominada "planificación fiscal agresiva" o "abusiva"[15] detraen cada año de las arcas públicas, ha entrado ahora en la Agenda Internacional y se incorpora armónicamente en el seno de la iniciativa BEPS.

Y la razón inmediata es evidente: aunque difíciles de estimar y con evaluaciones muy diversas, es tal el volumen de recursos financieros que resultan perdidos por el fraude y la elusión fiscal internacionales, utilizando los "paraísos fiscales", que su cuantía pone en riesgo el equilibrio financiero internacional, ya que la ausencia de control sobre los movimientos de capitales, la existencia entre los mismos de recursos detraídos ilícitamente de muchos Estados y la carencia de información sobre sus orígenes, su opacidad y el vacío de regulación y control financiero sobre las entidades y fondos en los cuales se ocultan estos fondos, conlleva que está en peligro la propia estabilidad de la economía mundial o, como ahora, se indica, los "paraísos fiscales", y conforman un riesgo sistémico para la estabilidad del orden económico mundial, y no solamente un problema de recaudación (sin, lógicamente, menospreciar tal asunto).

Por ello, la lucha contra los "paraísos fiscales" es, hoy por hoy, no sólo un acto de justicia y de equidad tributarias, sino una necesidad para evitar riesgos sistémicos a la economía mundial, lograr el óptimo paretiano que supone la competencia perfecta en los mercados y obtener recursos públicos necesarios para atender necesidades urgentes de la sociedad, tanto internacionales (nuevamente, la lucha contra el cambio climático aparece en primer lugar) como nacionales, supuesto de la sanidad pública.

En cualquier caso, estamos hablando de cantidades ingentes, así[16] los volúmenes de fraude fiscal en general suponen, según las propias estimaciones del denominado *"tax gap"*, realizadas por el Consejo de la UE[17], la impresionante cifra de un billón de euros de pérdida recaudatoria anual sólo en el espacio europeo[18][19] y su cierre resulta imprescindible, en muchos casos, en el marco de Políticas de austeridad presupuestaria, como las propugnadas por la propia UE, que exigen la reducción del déficit público.

---

[14] Entre las más activas destacamos, por ejemplo, "*Tax Justice Network*". Ver www.taxjustice.net y Oxfam-Intermón, www.oxfamintermon.org

[15] No existe acuerdo entre la doctrina española acerca de cuál es la expresión más apropiada al respecto.

[16] Un resumen de estas estimaciones en: Escario, José Luis. Tax Evasion and tax fraud with the help of tax havens, ERA Seminar, June 2014, *mimeo.* En general, VVAA. Tax Evasion and Tax Fraud in the UE, Ed. ERA, Academy of European Law, Trier, 16/17 June 2014.

[17] *"Fight against fraud: news study confirms billions lost in VAT Gap"*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-844_en.htm.

[18] Murphy, Robert. "*Closing the European Tax Gap. A report for the Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament"*, 10 February 2012, www.taxresearch.org.uk/blog.

[19] Téngase en cuenta, a la hora de analizar las cifras, que en los documentos internacionales suele utilizarse el "billón" norteamericano, que equivale a mil millones españoles.

Sin embargo, con independencia de un fraude doméstico, interno, vinculado o autónomo de la economía sumergida, fenómeno en expansión a causa de la crisis[20], lo cierto es que la preocupación de las entidades citadas arriba, los *"stakeholders"* de la Hacienda Pública, se ha trasladado en los últimos ejercicios hacia la planificación fiscal "agresiva" internacional, practicada fundamentalmente por el protagonista esencial de la globalización: la ETN[21], tal y como señala el Informe BEPS y la lucha contra los "paraísos fiscales".

En este sentido, Tax Justice Network estima en 21 trillones de dólares el dinero oculto en los paraísos fiscales. Este importe ascendería a 31 billones, si incluyéramos en la estimación la riqueza mantenida en tales paraísos fiscales en forma de bienes de lujo: propiedades, yates, colecciones de arte, etc.

Por su parte, un economista de Oxford, Cohman, estimó en 2005 que solamente las rentas no declaradas situadas en estos "paraísos fiscales" (que, por el contrario, sólo suponían el 3% del Producto Interior Bruto Mundial) ascendieron anualmente a 860 billones de dólares americanos[22].

Asimismo, en el trabajo firmado por James S. Henry, en julio de 2012, bajo los auspicios de la ONG "Tax Justice Network", titulado "*The Price of Offshore Revisited*", se indica que el valor de los capitales ocultos en territorios *"offshore"* se sitúa en una horquilla entre de 21 a 32 billones de dólares, equivalente al doble del PIB de USA y a la décima parte del PIB mundial.

James S. Henry, por su lado, ha calculado también que, en diciembre de 2010, 12,06 billones de dólares de riqueza situada en territorios "*offshore*" se halla en manos de los 50 principales bancos mundiales especializados en Banca privada y, especialmente, en los 21 más importantes.

Es decir, que, según el mencionado análisis de James S. Henry, el grueso de la riqueza escondida en territorios "*offshore*" no se encuentra en manos de oscuros bancos innominados situados en islas paradisíacas, sino en las de los principales bancos del mundo especializados en banca privada, así como de los más importantes despachos de asesoría legal y contable, situados no en ignotos y lejanos territorios, sino en las mayores capitales del Primer Mundo como Nueva York, Londres, Ginebra, Frankfurt y Singapur.

---

[20] Nuestras propias estimaciones para España evalúan el peso de la economía sumergida en nuestra patria, en el ejercicio 2011, en el 28,7% del PIB. En cualquier caso, importa resaltar (como hace también el informe) que no toda la economía sumergida se convierte en fraude fiscal y viceversa.

*Passim.* Carbajo Vasco, Domingo; Ruesga Benito, Santos. "El *"tax gap"* en España, definición, estimaciones y medidas dinámicas para su reducción", 2013, *mimeo.*

[21] En nuestra opinión, la expresión "empresa multinacional" resulta, incluso, inadecuada para reflejar la verdadera naturaleza de las explotaciones económicas que se desarrollan y expanden en la globalización económica y social, resultando más apropiadas las voces: "empresa transnacional" o ETN que aplicamos en este artículo.

[22] Cobham, A. Tax Evasion, Tax Avoidance and Development Finance, Queen Elizabeth House Working Papers, Oxford, 2005.

Y también nos dice el precitado profesor que 91.000 personas, el 0,001% de la población mundial, ostentan el 30% de esa riqueza y que los últimos datos, 2013, de la ONU y la ONG Oxfam-Intermon revelan un aumento de la desigualdad social en el Mundo, producto de la crisis sistémica.[23] Asimismo, según el profesor Reuven Avi Yonah, las rentas evadidas por individuales norteamericanos por medio de "paraísos fiscales" suponen para el Tesoro USA entre 40 y 70 billones de dólares al año.[24]

Otros ejemplos de la importancia de los paraísos fiscales son los siguientes:

— El mayor importador de plátanos en la Unión Europea está en la Isla de Jersey.

— Las principales compañías de seguros se hallan establecidas en Bermudas y en las Islas Caimán.

— 83 de las 100 empresas más importantes de Estados Unidos tienen estructuras en paraísos fiscales.

— En el caso de España, de acuerdo con un informe del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, con información relativa al ejercicio 2011, 33 de las 35 empresas del IBEX 35, el 94%, tienen presencia en paraísos fiscales, habiendo aumentado aquella un 8% desde 2010, y un 60% el número de filiales y sociedades participadas o dependientes en dichos territorios desde el año 2009.

Parece, en consecuencia, que mientras la estrategia de las ETN para "reducir" su carga tributaria se centra en la planificación fiscal agresiva y en diferentes técnicas de erosión de la base imponible, denunciadas en BEPS, los "paraísos fiscales" siguen permitiendo una evasión directa de impuestos y resultan válidos tanto para las ETN como para los particulares, por lo que podíamos señalar que su abuso del Derecho Internacional es doble.

Además, no puede olvidarse que los "paraísos fiscales" y el secreto bancario que conllevan y otros secretos, por ejemplo, en la titularidad de los títulos- valores de las entidades residentes en tales territoriales, son un lugar ideal para encubrir las ganancias de lo que hemos denominado "economía ilegal" (derivada del tráfico de drogas, por ejemplo). Por ello, no puede tampoco marginarse que luchar contra la falta de transparencia de los "paraísos fiscales" es combatir también la economía ilegal y la economía sumergida, por lo cual, el combate contra los mismos puede revertir en dobles y triples dividendos para la Justicia con mayúsculas.

Dado que los "paraísos fiscales" son auténticos "free rides" que se aprovechan de la creciente contradicción entre la globalización económica y social[25] y la existencia

[23] Oxfam-Intermón. ¿Tanto tienes, tanto pagas?. Fiscalidad justa para una sociedad más equitativa, www.oxfamintermon.org, 2014.

[24] Pueden encontrarse más estimaciones sobre evasión fiscal y fraude internacionales en. Figazzolo, Larua; Harris, Bob. Global Corporate Taxation and Ressources for Quality Public Services, Ed. Education International Research Institute, Brussels, December 2011.

[25] *Passim*. Stiglitz, Joseph E. El malestar en la globalización, Ed. Santillana, colecc. Punto de Lectura, Madrid, 2007.

de Administraciones tributarias (en adelante, AATT) nacionales[26], carentes de toda competencia y poder para aplicar los impuestos más allá de sus fronteras nacionales, contradicción que no ha hecho sino agudizarse, reproducirse y expandirse en los últimos ejercicios; acabar con los mismos es una urgente tarea, no sólo moral o ética, sino imprescindible por razones de justicia y, lo más relevante, por causa del riesgo sistémico que suponen para la estabilidad económica.

Ahora bien, las AATT se encuentran, en muchos supuestos, impotentes para hacer frente a los efectos de la internacionalización sobre la movilidad acelerada de las bases imponibles y sus diferentes sistemas legales y procedimientos tributarios son aprovechados por los "paraísos fiscales" y las ETN para realizar operaciones tanto de evasión pura y dura como de "planificación fiscal agresiva", por ejemplo, en materia de híbridos.[27]

En este contexto de internacionalización y de ausencia de una regulación internacional coactiva, no sólo tributaria, sino especialmente financiera[28] (es también claro que las carencias de una regulación financiera internacional han sido una de las causas inmediatas de la presente crisis sistémica)[29], los agentes económicos que viven de la globalización, la nutren y expanden, las ETN; no sólo han podido organizar sus actividades económicas, sus beneficios y rentas (bases imponibles) y sus transacciones (hechos imponibles clásicos de la fiscalidad indirecta) como mejor les ha convenido, sino que han proliferado las fórmulas "innovadoras" de fiscalidad que han permitido a estas ETN colocar sus bases imponibles directas e indirectas en aquellos países o territorios donde tributen de manera mínima, generándose una reducción apreciable de la tributación efectiva de las ETN[30].

No es sólo que las ETN puedan localizar sus bases imponibles en aquellos territorios o lugares de menor tributación, pues no podemos olvidar que la lógica de la maximización del beneficio, eje de la vida empresarial, conlleva considerar al tributo (cualquiera que sea su denominación, naturaleza o coste) como una carga para las empresas, sino que, en la esfera internacional, esta "planificación" (incluso la legal) se ve favorecida por

---

[26] *Passim*. Carbajo Vasco, Domingo. "Hacienda Pública y globalización", Crónica Tributaria, n º 123/2007, páginas 41 a 67 y del mismo autor: "La contradicción entre las Haciendas nacionales y las bases tributarias internacionales, ¿hay solución?". Universidad del Mar, Universidad de Murcia, Lorca, Murcia, septiembre de 2010.

[27] La tributación de los denominados "híbridos" es otra de las materias que pretende resolver BEPS. Sobre este problema, en el plano de los productos financieros "mixtos", puede verse: OECD. Hybrid mismatch arrangements. Tax Policy and tax compliance issues, Ed. OECD Publishing, París, March 2012.

[28] Cazorla Prieto, Luis. El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número y contestación del Exmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.

[29] *Passim*. Houghton Budd, Christopher. Finanzas en el umbral. Re-pensando las economías real y financiera, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

[30] En este marco resultan muy ilustrativas las reflexiones de: Rosembuj, Tulio. "La regulación financiera global y la fiscalidad innovadora", Crónica Tributaria, n º 143/2012, páginas 185 a 203.

factores muy diversos, en especial, el desarrollo de productos financieros híbridos, compuestos y derivados que permiten imputar ganancias o pérdidas en las soberanías fiscales más favorable, la existencia y proliferación de los "*free riders*" de la fiscalidad internacional: los "paraísos fiscales"[31] e, irónica y significativamente, por el propio desarrollo de Políticas Fiscales nacionales que, interesadas en atraer la inversión extranjera y en el dinamismo económico que suponen las propias ETN, han diseñado e implementado medidas fiscales favorecedoras de la implantación de las precitadas ETN con la subsiguiente proliferación de gastos fiscales, la agudización de las contradicciones entre las normativas de los Estados (que fomentan, a su vez, una planificación fiscal que utilice las mismas, un auténtico "*tax shopping*"), la fragmentación de tales legislaciones, cuyo carácter facilita el arbitraje de normas por parte de las propias ETN y, en suma, la planificación fiscal internacional, precisamente, el mal que se pretende combatir.

De esta manera, bien por razones económicas, de cambio tecnológico o de contradicciones entre Políticas Fiscales nacionalistas y por la falta de armonización fiscal internacional, lo cierto es que la presión tributaria efectiva sobre las ETN se ha visto reducida grandemente y las posibilidades de evasión fiscal internacional en cualquiera de sus modalidades se han acrecentado, lo que supone, nuevamente, la urgencia de luchar contra los "paraísos fiscales" y las políticas similares, caso de la denominada "planificación fiscal agresiva", a través del único mecanismo actualmente posible, dado el estado del Derecho Internacional Tributario, el impulso a la cooperación tributaria internacional, en especial, por medio del intercambio de información tributaria internacional de carácter automático[32] y el reforzamiento de la transparencia en las relaciones internacionales y, en especial, la cooperación y asistencia mutua entre AATT.

## 4. LA REACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

### 4.1. Introducción

Ante este panorama, la debilidad de las organizaciones que ocupan la escena del Derecho Tributario internacional, es patente, pues, o bien solo cuentan con las armas del "*soft Law*" para imponer medidas de lucha contra el fraude fiscal internacional, sometidas a la voluntad y al consenso de los Estados nacionales o, en el supuesto de disponer de competencias propias para superar las restricciones nacionales, caso de las instituciones de la UE, se enfrentan a las debilidades de una "armonización fiscal" europea siempre ancilar, al servicio de otras Políticas de integración europeas y necesitada para su implantación de la regla de la unanimidad de todos los Estados miembros[33].

---

[31] *Cfr.* Escario, José Luis. Paraísos fiscales: los agujeros negros de la economía globalizada; *op. cit.*

[32] Carbajo Vasco, Domingo; Porporatto, Pablo P. "Avances en materia de transparencia e intercambio de información tributaria", Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF, nº 35/2013, páginas 82 a 115.

[33] Anótese que, actualmente, la UE la componen 28 Estados, después de la adhesión de Croacia en julio de 2013, número que da idea de las enormes dificultades que supone llegar a un consenso acerca de normas fiscales europeas.

Esta ausencia de una organización tributaria con competencias universales o al menos la falta de una coordinación impositiva internacional y de una AT con capacidad para aplicar un nuevo "Orden Tributario universal", explican que el mencionado Orden Tributario internacional no exista y, sin embargo, los agentes públicos encargados de la recaudación, las AATT nacionales, demanden con urgencia actuaciones internacionales consensuadas para romper el círculo vicioso que supone que, a mayor globalización económica, mayores oportunidades para que las ETN adapten su fiscalidad a los lugares que más les interese, es decir, con menor presión tributaria efectiva.[34]

### 4.2. El papel de la OCDE

En estas condiciones, no es de extrañar que sea la OCDE, la institución que haya liderado los documentos base de Política Fiscal que responden al desafío de las ETN y a su "planificación fiscal agresiva" y con mucha mayor tradición histórica, el combate contra los paraísos fiscales.

Esta respuesta la ha dado la OCDE, bien mediante su Comité de Asuntos Fiscales, bien por medio de entidades creadas bajo su tutela, pero que le permiten una mayor flexibilidad y, sobre todo, una universalización de sus miembros (las naciones integrantes de la OCDE son 34, mientras que las instituciones citadas seguidamente se precian de integrar más de 120), así como para eludir las críticas a su "imperialismo fiscal", cuyos ejemplos prototípicos con el Foro de Administraciones Tributarias (FAT) y el llamado "Foro Global" (*"Global Forum on Transparency and Exchange of Information")*[35], centrándose en el primero la iniciativa BEPS y en el segundo la acción coordinada contra la falta de transparencia en las relaciones fiscales internacionales que incluye a los "paraísos fiscales", mediante la atribución de "listas negras" a las jurisdicciones consideradas como tales y la exigencia, al menos, de intercambio de información tributaria para las restantes.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la OCDE se ha destacado en los últimos ejercicios, verbigracia, mediante el impulso al denominado "Diálogo Internacional Tributario", www.itdweb.org, por tratar de erigirse en la institución configuradora del naciente Derecho Internacional Tributario, adaptado a las nuevas necesidades de la globalización.

De esta forma, desde principios del siglo XXI, la OCDE y sus entidades hermanas, FAT y Foro Global, se han convertido en las organizaciones creadoras e impulsoras de un Derecho Internacional Tributario que, si bien basado en el consenso y el desarrollo de medidas de *"soft Law"* ( recomendaciones, declaraciones, sistemas de revisión o

[34] Téngase en cuenta, en relación a esta capacidad económica, que se calcula que el 60% del comercio internacional se realiza entre las propias EMN, es decir, es comercio intra-grupo.

[35] El "Foro Global" cuenta, actualmente, con 129 miembros. Ver www.oecd.org/tax/transparency.

*"peer review"*, etc.), ha ido creando una red de acuerdos internacionales en materia fiscal y de expansión de instrumentos y modelos jurídicos que suponen la clave de bóveda del citado Derecho Internacional Tributario.

Estos instrumentos y modelos jurídicos se consideraba, suponían un mínimo de gobernanza y transparencia internacionales y se centraban en la necesidad de que los países y territorios que no quisieran ser declarados como "no cooperantes", firmaran acuerdos de intercambio de información internacional tributaria, al menos, con otros 12 Estados o territorios, no pudiendo alegarse ante este Acuerdo internacional ni el secreto bancario ni ningún otro tipo de restricción (se llegó a indicar que "*la era del secreto bancario había terminado*"). Además, tales acuerdos de intercambio de información tributaria internacional debían seguir el modelo OCDE, lo que supone, en estos momentos (y ésta resulta ser una novedad remalcable el estándar del intercambio automático de información)[36]

Al principio de esta historia, el estándar del Acuerdo de intercambio de información internacional era la petición de información previa demanda, *"on request"* y, asimismo, los Estados y territorios integrantes del Foro se comprometían a permitir la revisión, primero, de su legislación y después de sus prácticas, en materia de buena gobernanza y transparencia internacional, mediante un sistema de *"peer review"*; de forma tal, que tras cada Informe, quedaban comprometidos a cumplir las recomendaciones emanadas de tales informes.[37]

El modelo de Acuerdo internacional de intercambio de información seguía los estándares OCDE al respecto y se consideraba parte integral del "paquete de transparencia fiscal y buena gobernanza", la adopción del modelo de precios de transferencia establecido en la "Guía de Precios de Transferencia" de la OCDE, cuya última edición se publicó en julio de 2010[38]. Asimismo, los Estados se comprometían a firmar entre sí CDI a partir del modelo de la OCDE, como fórmula para evitar la doble imposición internacional.

Éste era el paquete de medidas que la OCDE planteaba hasta 2013 como paradigma de un modelo de transparencia y buena gobernanza fiscal internacionales, de forma tal que los Estados no cumplidores de la misma pasaban a formar parte de la "lista negra" de cooperantes, contra la cual se podrían adoptar medidas de represalia y sanciones internacionales (expresadas siempre de manera muy vaga o tan débil como la ausencia de firma de CDI con los mismos). El mencionado "paquete", claramente insuficiente para luchar contra la falta de transparencia mundial en materia tributaria, está todavía siendo implementado.

---

[36] OECD. Agreement on Exhange of Information on Tax Matters, www.oecd.org/ctp/harmful/2082215.pdf.

[37] En relación al estado de tales trabajos, se ha publicado recientemente el "Tax Transparency 2013. Report on Progress", www.oecd.org/tax/transparency

[38] Y de la cual ya existe una traducción oficial española, preparada por el Instituto de Estudios Fiscales

Sin embargo, la velocidad de la crisis económica, la preocupación por los recursos perdidos a causa de la "planificación fiscal agresiva internacional", la presión social ante el injusto reparto de las cargas tributarias derivadas de las políticas de ajuste y la necesidad por parte de muchos Gobiernos de obtener fondos para compensar los ingresos tributarios perdidos a causa de la crisis económica, así como para minorar los déficits públicos, han hecho que el citado modelo de "gobernanza y transparencia fiscal internacional" que, como se observa, no disponía de muchas medidas coactivas, ni planteaba ningún modelo fiscal propio o la implementación de una AT internacional, salvo el impulso dado y pedido a la cooperación entre las AATT, la asistencia mutua y el intercambio de información tributaria; se haya convertido en pocos años en totalmente obsoleto, siendo el sistema BEPS su potencial sustituto, así como la generalización del intercambio de información tributaria internacional en su modalidad automática.

### 4.3. El rol de la Unión Europea

El protagonismo alcanzado por la OCDE en la esfera fiscal internacional, no conlleva afirmar que las instituciones de la UE, tanto la Comisión, el "motor de la UE", como el Parlamento Europeo, su pretendido foro de debate y representación democrática, se hayan quedado atrás en lo que se refiere a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales.

Sin embargo, su papel es distinto al de la OCDE y más limitado; diferente porque, al configurarse como instituciones de integración económica y política, podría, en principio, parecer que disponían de poderes y competencias suficientes para implantar medidas concretas y obligatorias de fiscalidad, al menos en el territorio de la UE, que respondiesen a este desafío derivado de la planificación fiscal agresiva de las ETN.

Téngase en cuenta que el Derecho Europeo, por su propia naturaleza de Derecho Internacional Público, siquiera específico, prima sobre los Derechos nacionales[39] y es de eficacia directa y de aplicación inmediata en muchos casos, siendo fuente jerárquica prioritaria sobre cualquier rama o especialidad del Derecho nacional, incluyendo el Tributario[40].

Ahora bien, la competencia de la UE en relación a la "armonización fiscal comunitaria" es de las más débiles y secundarias en el proceso de integración europea, ade-

[39] Tal y como reconocen expresamente los artículos 93, 94 y 96.1 de la Constitución Española y la jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Constitucional.

[40] En este sentido, es contundente el artículo 7 de la norma básica de nuestro Ordenamiento Financiero, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, al señalar:

*"Fuentes del ordenamiento tributario.*

*1. Los tributos se regirán:*

*…c) Por las normas que dicte la Unión Europea y otros organismos internacionales o supranacionales a los que se atribuya el ejercicio de competencias en materia tributaria de conformidad con el artículo 93 de la Constitución.".*

más de que lograr el consenso de los 28 Estados miembros para aprobar una normativa europea fiscal se ha demostrado (véase la reciente historia de la llamada "fiscalidad sobre el ahorro"[41] y la todavía más novedosa de la "imposición sobre las transacciones financieras"[42]) muy dificultoso.[43]

De hecho, en el seno de la UE hay auténticos "paraísos fiscales", "*free riders*" como hemos señalado con anterioridad, desde diferentes colonias inglesas, cuya manifestación más evidente es Gibraltar, hasta Estados como Luxemburgo (cuyo 80% del PIB se estima procede de actividades puramente financieras), los cuales resisten denodadamente cualquier intento de avanzar en materia de lucha contra la elusión fiscal a nivel europeo y, en especial, a la idea de intercambiar información en materia fiscal, ya que la deslocalización de capitales y residentes en el propio seno de la UE es una de sus bases económicas fundamentales.

En este sentido, cabe señalar que, a pesar de diversos trabajos de la propia UE para luchar contra los "paraísos fiscales" en la esfera mundial[44], difícilmente se conseguirá acabar con tales "free riders", de no resolver los problemas de falta de transparencia de diferentes jurisdicciones europeas

También dificulta el desarrollo y aplicación de medidas para combatir el fraude fiscal internacional en cualquiera de sus formas, el hecho de que la armonización fiscal de la imposición directa en materia del Impuesto sobre Sociedades (uno de los más relevantes a la hora de decidir la localización de una actividad empresarial cualquiera) está lejos de concluirse en la UE (a pesar de la reciente propuesta BICCIS[45]) y que, tradicionalmente, la elusión fiscal internacional y la planificación fiscal agresiva

---

[41] Delmás, Francisco. "Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del ahorro", Crónica Tributaria, n º 135/2010, páginas 87 a 114.

[42] Que ha forzado, en este último supuesto, a aplicar el llamado "principio de la cooperación reforzada", con grandes debates acerca de la licitud y oportunidad de tal aplicación.

Comisión Europea. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE, Bruselas, 28.9.2011, COM (2011)594 final, 2011/0261 (CNS) y Delmás González, Francisco José. "Propuesta de Directiva de Impuesto sobre Transacciones Financieras", Crónica Tributaria, n º 145/2012, páginas 75-96. También: Rocha Vázquez, Manuel de la; Rodríguez Pinzón, Erika María. El impuesto a las transacciones financieras en el marco de la cooperación reforzada de la UE: Evolución y Perspectivas, Ed. Economistas frente a la crisis, Fundación Salud por Derecho, Madrid, marzo de 2014.

[43] Aunque también en este terreno se producen avances, por ejemplo, la nueva Directiva 2014/48/CE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, "Diario Oficial de la Unión Europea", serie L, número 111, de 15 de abril de 2014.

[44] Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, 2012/771/UE, "Diario Oficial de la Unión Europea", serie L, número 338, de 12 de diciembre de 2012.

[45] Comisión Europea. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS), Bruselas, 16.3.2011, COM (2011) 121 final; 2011/0058 (CNS).

se han centrado en las rentas y en los beneficios y, no tanto, en el tratamiento fiscal de las transacciones y operaciones económicas, materia propia de la fiscalidad indirecta.

Por último, no lo olvidemos, la UE es, como su propia denominación indica, una institución "europea" y la problemática de la elusión fiscal es internacional, por lo que la solución de la misma, así como a la estrategia reductora de su carga fiscal universal por parte de las EMN, por muy relevante que sea el peso económico y político de los 28 Estados miembros, debe hacerse en un plano mundial, en el cual se maneja mucho mejor, dado su ámbito y resulta ser su vocación, la OCDE, ver *supra*.

Este planteamiento no supone negar que la UE no considere la lucha contra el fraude fiscal una prioridad; es más, la necesidad de enfrentarse a la misma, incluso en el ámbito no armonizado de los gravámenes sobre la renta y el capital, viene de lejos[46].

En este sentido, tanto la reciente aprobación de la Directiva 2011/16/UE del Consejo de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE; la cual supone, en realidad, configurar una auténtica Base de Datos fiscales común en el territorio UE que conlleva un paso significativo para el control común de las rentas obtenidas por todos los contribuyentes de la UE en ese territorio, cualquiera que sea el país de su domicilio o residencia[47], así como la publicación de Recomendaciones, caso de la ya lejana Recomendación del Consejo, de 8 de junio de 2010, sobre la coordinación de la transparencia fiscal internacional (SEC) y subcapitalización en la Unión Europea ("Diario Oficial de la Unión Europea"; serie C 156, de 16 de junio de 2010, página 1), avalan este interés de las autoridades europeas para luchar contra el fraude fiscal internacional sofisticado que es el practicado por las ETN.

Este cambio de óptica, hacia una mayor preocupación de las instituciones europeas por la adopción de medidas para luchar contra el fraude se nota, incluso, en la institución clave para superar, vía la denominada "armonización fiscal implícita", los defectos de la "armonización fiscal", nos referimos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

En este sentido, el desarrollo de doctrinas como la de "abuso de Derecho"[48] ha ido cambiando la perspectiva liberal, de "platonismo" ingenuo del primitivo TJUE, hacia

---

[46] Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países, Bruselas, 10.12.2007, COM (2007) 785 final.

[47] Montero Domínguez, Antonio. "Comentario a la nueva Directiva comunitaria sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad", Carta Tributaria, serie monografías, n º 9/2011, 1 ª quincena de mayo.

De todas formas, el citado objetivo surtirá efectos desde el día 1 de enero de 2015, conforme indica el artículo 29 de la Directiva.

[48] En general, Botella García-Lastra, Carmen. "El concepto de "Abuso de Derecho" en el marco de la doctrina del T.J.U.E: y su aplicación práctica", Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 7 de mayo de 2008, *mimeo.*

la aceptación de medidas nacionales para luchar contra el fraude, siquiera proporcionales[49].

Ahora bien y, a pesar de su insistencia en la idea de que el cumplimiento de las obligaciones fiscales es un aspecto esencial en una buena gobernanza y en la transparencia de la sociedad, lo cierto es que en el ámbito de la imposición directa el proceso armonizador comunitario es, como se sabe, muy restringido y las Recomendaciones no constituyen normas jurídicas de carácter obligatorio, no siendo vinculantes ni para los particulares ni para los Estados miembros (último párrafo del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

### 4.4. El plan de acción de las BEPS

En consecuencia, la clave para actuar efectivamente contra la evasión fiscal internacional en cualquiera de sus formas, incluyendo el uso de los denominados "paraísos fiscales" es una efectiva aplicación, además coordinada, de las acciones de la Iniciativa BEPS de la OCDE [50].

Podíamos concluir definir la BEPS como una síntesis de fórmulas modernas de elusión fiscal internacional, practicadas esencialmente por las ETN, e incluyendo la utilización de "paraísos fiscales", las cuales concluyen en una no imposición o en una menor tributación de sus bases imponibles respecto de la legalmente querida por el legislador.

El Informe resalta que el nuevo modelo sistema económico y el nuevo modelo organizativo de las EMN no han hecho sino favorecer estas estrategias de elusión fiscal, a las cuales no han sabido o podido reaccionar unas AATT de competencia territorialmente limitada a sus fronteras nacionales y, es más, se reconoce paladinamente que tampoco los instrumentos jurídicos diseñados por la propia OCDE para configurar un marco fiscal internacional, adaptado a estas EMN, en especial, la red de CDI y la "Guía de Precios de Transferencia" responden ya a las necesidades de nuestro tiempo o son útiles para aumentar la fiscalidad efectiva sobre las citadas empresas.

El Informe comenta diferentes estrategias BEPS, muchas de ellas anticipadas en documentos anteriores de la propia OCDE, así, en lo que se refiere a la "erosión de las bases imponibles", se plantean la clásica problemática de la deducibilidad irrestricta de los gastos financieros intra-grupos, discriminando el uso del capital propio,

---

Se muestra, por el contrario, muy crítico con esta nueva postura del TJUE, Herrera, Pedro M. "Nuevas restricciones fiscales a las libertades comunitarias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", UNED, *mimeo.*

[49] Borja Sanchíz, Adoración. "La responsabilidad solidaria del titular de un depósito fiscal en el Impuesto sobre el Valor Añadido. (Comentario a la STJUE, de 21 de diciembre de 2011, As. C-499/10, *Vlaamse Oliemaatschappij NV c. FOD Financiën),* Crónica Tributaria, n º 148/2013, páginas 217 a 228.

[50] La información general sobre este proyecto, documentos y su desarrollo puede encontrarse en: www.oecd.org/ctp/beps.htm.

las oportunidades que plantean las enormes dificultades para determinar el precio de mercado en operaciones con intangibles, etc. y, en el supuesto de la "ubicación de los beneficios", el uso de fórmulas híbridas de financiación, la proliferación de entidades que, según los Estados, gozan de diferentes personalidades jurídicas, etc. (véase el Anexo C del Informe BEPS)[51].

Impulsado por el G-20, la OCDE lanzó rápidamente un Plan de Acción para luchar contra la BEPS[52].

Las medidas propuestas, con su respectivo calendario, son las siguientes:

i) Plantearse los impactos fiscales de la economía digital.

ii) Introducir la coherencia internacional en la fiscalidad de la renta de las sociedades, lo cual conlleva a su vez:

— Neutralizar los efectos de los acuerdos de híbridos que conllevan un tratamiento diferente de los rendimientos de estos productos financieros (*"mismatch"*).

— Reforzar las reglas de la transparencia fiscal internacional, las denominadas normas CFC, *"Controlled Foreign Corporations"*.

— Limitar la deducibilidad fiscal de los gastos financieros y otros pagos financieros.[53]

— Contrarrestar las prácticas de competencia fiscal dañina, atendiendo a la transparencia y a la sustancia de los negocios.

iii) Restaurar plenamente los efectos y beneficios de los estándares internacionales, principio que comprende:

— Prevenir el abuso fiscal utilizando los CDI.

— Impedir la elusión artificial del estatus de establecimiento permanente.

— Asegurarse que las reglas de precios de transferencia están en línea con la creación de valor por parte de las ETN, específicamente, en tres áreas: intangibles, riesgos y capital y otras transacciones que implican altos riesgos.

iv) Asegurar la transparencia, a la vez que se promueven la certeza y la predictibilidad de las normas, lo que supone:

---

[51] Estas estrategias de reducción de la carga tributaria de las ETN ya habían sido denunciadas en España, *vid.* Sanz Gadea, Eduardo. "La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales", Crónica Tributaria, Boletín de Actualidad, n º 1/2010.

[52] OECD. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, *op. cit.*

Brittingham, Mathew; Batler, Michael. "OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting: Search for a New Paradigm or Is the Proposed Tax Order a Distant Galaxy Many Light Years Away?", Inernational Transfer Pricing Journal, July/August 2013, páginas 238 a 252.

[53] Lo que ya sucede con la nueva redacción del artículo 20 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades español.

— Establecer metodologías para obtener y analizar data sobre la BEPS y las medidas para enfrentarla.

— Pedir a los contribuyentes que informen acerca de sus acuerdos de planificación fiscal agresiva.

— Reexaminar la documentación solicitada en materia de precios de transferencia.

v) Desde las medidas de Política Fiscal acordadas a la necesidad de aplicar rápidamente tales medidas, lo que se traduce en implementar instrumentos jurídicos multilaterales de cooperación tributaria internacional.

Asimismo, el Plan de Acción, presentado el 19 de julio de 2013, incluye un calendario de introducción de las citadas medidas y una metodología de trabajo y se está desarrollando ya, una vez que la reunión del G-20 de Moscú dio su aprobación al mismo y, a nuestro entender, hizo algo más importante: afirmó que el estándar de la OCDE en materia de intercambio de información tributaria internacional pasaba de ser la información previa demanda, mecanismo lento, premioso, escasamente eficiente, etc., al intercambio automático, el cual asegura obtener datos sobre rentas y patrimonios de obligados tributarios en los Estados que firman en el Acuerdo de manera masiva, mediante sistemas telemáticos, *"on line"*, es decir, rápidamente y con bajo coste.

De hecho, a entender de este autor, la verdadera revolución en el campo de la fiscalidad internacional y en la lucha contra, al menos, la evasión fiscal directa que es la practicada por medio de los "paraísos fiscales" (otra cosa son los mecanismos de "planificación fiscal" en cualquiera de sus formas), es el impulso dado recientemente al intercambio de información internacional automático en materia fiscal, cuyo nuevo hito se producirá el día 1 de enero de 2014 con la entrada en funcionamiento del sistema FACTA [54] y que en España ha sido recientemente puesto en marcha, mediante el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Compliancde Act-FACTA (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" (en adelante, BOE) de 1 de julio de 2014.[55]

## 5. ALGUNAS MEDIDAS PARA LUCHAR CONTRA LOS "PARAÍSOS FISCALES"

Como ya hemos anticipado en páginas anteriores, hoy por puede decirse que cualquier fraude fiscal tiene un claro componente internacional y que muchas de las me-

[54] Para una mayor información, se recomienda acudir a: Carbajo Vasco, Domingo; Porporatto, Pablo. "Avances en materia de transparencia e intercambio de información tributaria", Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF, n º 35/2013, julio de 2013, páginas 82 a 115.

[55] Y desarrollado por la Orden HAP/113672014, de 30 de julio, "BOE" de 2 de julio de 2014.

didas adoptadas para combatirlo, sea a nivel mundial o en el plano nacional, han de tomar en consideración esta perspectiva.

Es decir, se trata de una lucha internacional, en la cual el papel de España es presionar a la OCDE para implantar tanto la iniciativa BEPS, como la generalización del estándar del intercambio automático de información internacional en materia tributaria y en el supuesto de la UE, por un lado, luchar contra la estrategias dilatorias contra la transparencia y el fin de los "agujeros negros" para el control fiscal que suponen territorios europeos, supuesto de las islas inglesas del Canal o Estados como Austria y reforzar las medidas de asistencia mutua ya citadas, la lucha cooordinada contra el "tax gap" y la armonización fiscal.

En este sentido, un reciente informe de la Organización de Inspectores de Hacienda del Estado, que me ha cabido el honor de coordinar y dirigir, ha señalado diferentes propuestas en este terreno que voy a exponer seguidamente de manera sintética[56] y que sigue otros documentos anteriores de la Organización Profesional de Inspectores de Hacienda del Estado[57][58], dado que su utilización constituye una de las causas principales del fracaso en la lucha contra el fraude fiscal internacional, además de ser usados los mismos para situar el dinero procedente de otras actividades delictivas, por lo cual, enfrentarse a la problemática de los paraísos fiscales es también hacerlo, repetimos, contra las actividades propias de la economía ilegal, ver arriba.

La primera propuesta en esta área para combatir el fraude fiscal internacional es que, mientras no se incrementen los medios humanos y materiales destinados a la lucha contra el fraude, especializando a los funcionarios de la Agencia Tributaria en fiscalidad internacional y los métodos de elusión fiscal internacional y no se combatan eficazmente los instrumentos utilizados, como los "paraísos fiscales", la situación no va a cambiar sustancialmente.

En segundo lugar, deben aprovecharse los medios para obtener información sobre bienes, derechos y rentas de residentes españoles en el extranjero, caso del Modelo 720.

Ciertamente, la aprobación del modelo 720. Declaración de bienes en el extranjero, aprobado por la Ley 7/2012, de medidas contra el fraude, conforma una medida que se evalúa muy positiva para la lucha contra el fraude fiscal doméstico utilizando medios internacionales, sobre todo por los efectos que produce la falta de presentación de la declaración o la no inclusión de algunos bienes en la misma, dada la consideración, en dichos supuestos, de ganancias patrimoniales no justificadas en el

[56] Organización de Inspectores de Hacienda del Estado. Reforma Fiscal y "agujeros negros" del fraude. Propuestas y Recomendaciones, www.inspectoresdehacienda.org

[57] Documento "Lucha contra el fraude fiscal en España: deficiencias y medidas necesarias", disponible en la página web inspectoresdehacienda.org

[58] Morena Roy, Víctor; Peláez Martos, José María. "La imprescindible desaparición de los paraísos fiscales", mayo de 2013, disponible en la página web: www.inspectoresdehacienda.org.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades y su severo régimen sancionador.

No obstante, para que fuera realmente eficaz la presentación del modelo 720, sería necesario incrementar las posibilidades de detección de los bienes situados en el extranjero, sobre todo en aquellos territorios calificados como paraísos fiscales**.**

En este sentido, la Administración tributaria va logrando lentos y trabajosos avances mediante la firma de Convenios y acuerdos de intercambio de información bilaterales con algunos de dichos territorios, pero tales acuerdos se suscribieron conforme con el estándar de transparencia que propugnaba hasta hace muy poco la OCDE hasta, precisamente, la implementación del Informe BEPS, ver supra; conforme con el cual el intercambio de información con esos territorios se efectúa en base a requerimientos individualizados en los que ha de identificarse a la persona respecto a la que se solicita la información y acreditarse que la información que se solicita es "*previsiblemente relevante*" para el esclarecimiento del caso.

Por ello, es imprescindible adaptar los Convenios y Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria Internacional, TAIES, firmados con paraísos fiscales o países con secreto bancario al nuevo estándar internacional de intercambio de información tributaria y, además, hacerlo de manera rápida y consistente. Continuar con Acuerdos firmados con determinadas jurisdicciones, supuesto de Andorra, en base a información individualizada y no automática, no es operativa, por las siguientes circunstancias:

— Los intercambios de información previstos en los convenios firmados han de ser fundamentados y sobre casos concretos. No admiten que se requiera, por ejemplo, la identidad de los españoles que tienen cuentas en Suiza en el UBS, iniciativas que sería tildada peyorativamente como de "expedición de pesca", "*fishing expedition*", y rechazada como han dejado muy claro, por ejemplo, las autoridades de Andorra en el Convenio de Intercambio de Información Tributaria firmado con España.

— Algunos paraísos han firmado convenios con otros paraísos para salir de la lista. Es el caso de Mónaco, donde la mayoría de los convenios firmados ha sido con otros paraísos fiscales. Ha salido de la lista de paraísos, al haber cerrado 12 acuerdos de intercambio con los siguientes países: Andorra, Austria, Bahamas, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Liechtenstein, Luxemburgo, Qatar, Samoa, San Marino y Saint Kitts (el país más pequeño del continente americano, tanto en tamaño, 261 km2, como en población 38.000 habitantes).

— Cuando se utilizan los paraísos fiscales, no se utiliza solo uno de ellos, sino que se teje una red de sociedades que actúan en varios, por lo que será preciso poner a prueba la sinceridad del paraíso de que se trate, a la hora de cumplir el compromiso al que le obliga la suscripción del convenio de identificar al propietario real y efectivo de la sociedad o cuenta de que se trate.

"Tax Justice Network", por poner un ejemplo, es contundente a la hora de valorar la utilidad del estándar propugnado por la OCDE hasta los momentos actuales:

> *"El intercambio de información en virtud de un requerimiento no constituye un efectivo intercambio de información porque exige que el Estado requirente conozca ya la información que está requiriendo".*

Pues bien, desde la reunión del G-20 en Moscú y tras la aprobación del Informe BEPS por la OCDE, ver arriba, es claro que el estándar internacional de intercambio de información tributaria a nivel internacional ha pasado del modelo de petición individualizada, *"by demand", "on request";* al intercambio automático y, por ello, no queda sino solicitar al Gobierno español (cosa que, por otra parte, está haciendo, vgr. en lo que se refiere a la firma del modelo FACTA, ver *supra*) que revise todos los Acuerdos de Intercambio de Información firmados hasta la fecha con paraísos fiscales, caso de Andorra, para implantar el nuevo estándar internacional de intercambio de información tributaria.

España tiene, por lo tanto, que exigir intercambio automático de información tributaria fiscal, conforme al modelo normalizado de la OCDE y la generalización del sistema FACTA que también va en esta línea.

"The Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA) es una norma aprobada el 18 de marzo de 2010 en los EE. UU para combatir el fraude fiscal cometido por personas físicas residentes fiscales en EE. UU que, con el fin de ocultar a la autoridad tributaria estadounidense determinados rendimientos derivados de inversiones en activos financieros, deciden obtenerlos a través de cuentas *"off-shore"* mantenidas con entidades financieras extranjeras.

Mediante dicha norma, las instituciones financieras extranjeras (IFE) tienen la obligación de declarar la información relativa a ciertas cuentas propiedad de personas y entidades norteamericanas, y aplicar una retención del 30% sobre los pagos efectuados con fuente USA, llegando en determinados casos a cancelar la cuenta.

A raíz de esta decisión norteamericana, Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido han acordado con USA sustituir estas obligaciones por un sistema de intercambio automático de información respecto de las cuentas que posean residentes de Francia, Alemania, Italia, España y del Reino Unido en instituciones financieras estadounidenses y viceversa.

El acuerdo consiste en sustituir la obligación de información y retención de instituciones financieras nacionales ante USA por un planteamiento intergubernamental, de tal manera que sean las Agencias tributarias de cada país las que se relacionen con las entidades financieras de cada Estado, y se sustituya el sistema de retención por un mecanismo de información automático entre Administraciones fiscales, referido a cuentas que posean en los Estados Unidos residentes del socio FATCA.

Este instrumento permitirá a la AEAT, por reciprocidad, obtener información de forma periódica y recurrente de las cuentas bancarias que posean entidades o personas españolas en Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y EE.UU.

El Acuerdo, ya publicado en el BOE, ver arriba, sigue las pautas del llamado Modelo II de la FATCA, según el cual el banco suizo informará al cliente de la obligación de facilitar datos de su cuenta al Servicio de Rentas Norteamericano, el IRS y le pedirá autorización para facilitarla al fisco americano.

En el caso de que el cliente no diera tal autorización, pasaría a la categoría de "cliente recalcitrante" y el banco incluiría los datos de la cuenta en el "grupo a requerir" que remitirá al IRS sin identificar, para que éste lo requiera al Fisco suizo la información relativa a la titularidad con la cobertura del Acuerdo de Intercambio de Información y con la garantía de ser considerada información "previsiblemente relevante" para aplicar el sistema tributario estadounidense y, por lo tanto, sujeta a intercambio en aplicación del estándar de transparencia a requerimiento actualmente vigente.

El acuerdo ha sido logrado en el entendimiento de lograr una salida para los directivos de bancos suizo perseguidos criminalmente en EE.UU por facilitar la evasión fiscal de clientes estadounidenses.

Por último, ha de aprovecharse la Reforma Fiscal en marcha para actualizar las normas internas españolas acerca de la utilización de los paraísos fiscales, actualizando anualmente el listado de "paraísos fiscales" que, publicado en el Real Decreto 1080/91, de 5 de julio, donde hasta un total de 48 países tenían la consideración de paraísos fiscales, ha quedado totalmente obsoleto, pues el citado Real Decreto fue modificado por el RD 116/2003, del 31 de enero, en el que se incluía una nueva disposición por la cual aquellos países de la lista que firmasen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, o un CDI, dejarán de ser considerados paraísos fiscales y la mayoría de los territorios y países integrantes de la lista original han ido abandonando por esa vía tal listado.

Además, se han adoptado recientemente algunas medidas legales contraproducentes para la lucha contra los paraísos fiscales, así, el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica.

En dicha norma se modifica el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, que establecía la exención de los rendimientos derivados de la Deuda Pública obtenidos sin mediación de establecimiento permanente en España, salvo que esos rendimientos se percibieran por entidades domiciliadas en paraísos fiscales.

Ahora, dichos rendimientos están exentos de pagar impuestos, aunque se perciban por personas o entidades residentes en paraísos fiscales.

Con esta reforma, por ejemplo, el dinero situado en los paraísos por los implicados en casos de corrupción, puede ser reinvertido en Deuda Pública española, pero con

la novedad de que sus rendimientos están exentos de tributación y debe, por lo tanto, ser abolida.

También sería importante que, al igual que con los titulares USA con FACTA, las entidades financieras tuvieran que proporcionar información sobre la identidad de los clientes de sus filiales y sucursales sitas en jurisdicciones calificadas como "paraísos fiscales".

Por último, el multilateralismo en la asistencia mutua en AATT es el único modelo de cooperación internacional coherente con la situación actual de la globalización, por lo que se deberían impulsar los acuerdos políticos necesarios, para que todos los Estados y jurisdicciones suscriban el Convenio sobre Asistencia Mutua Administrativa en Materia Fiscal modelo OCDE-Consejo de Europa, incluida la cláusula para el intercambio automático de información.[59]

## 6. CONCLUSIONES GENERALES

La contradicción creciente entre la globalización económica, impulsada por las ETN y la pervivencia de AATT nacionales, cuyas competencias a la hora de aplicar los tributos se ven restringidas por las fronteras nacionales, ha generado una acelerada preocupación por el desarrollo por parte de aquellas de estrategias de planificación fiscal agresiva o abusiva y ha reforzado la urgencia por acabar con los "paraísos fiscales", como fórmula aún más "descarada" de evasión fiscal internacional.

Estas estrategias se ven favorecidas por elementos coyunturales, caso del cambio de modelo organizativo de las propias ETN, así como por el desarrollo de la economía digital, la desmaterialización y a las TIC, mientras que la cooperación y asistencia mutua entre AATT está en un nivel de infancia.

La OCDE se ha erigido en portavoz de las preocupaciones de los Estados miembros y también de las naciones asociadas a trabajos anteriores de la OCDE en favor de una buena gobernanza y transparencia internacional, como puedan ser los territorios implicados en los trabajos del Foro Global, lo que implica la exclusión del "orden mundial" económico y financiero de los "países y jurisdicciones no cooperativas" con los estándares internacionales de transparencia y buena gobernanza mundial, los "paraísos fiscales".

Estas preocupaciones derivan, no sólo de la urgencia de logar nuevos ingresos tributarios para colmar los déficits públicos, sino de la presión popular ante lo que se percibe como un sistema tributario injusto y una constante elusión por parte de las

[59] Es un acuerdo multilateral, diseñado en 1988 por el Consejo de Europa y la OCDE, reformado en mayo de 2010 y abierto a todos los países. Contempla el intercambio de información en sus tres modalidades: previo requerimiento de acuerdo con el estándar de 2005, espontánea y automática, comprobaciones tributarias simultáneas, inspecciones fiscales en el extranjero, asistencia para la recaudación de tributos y medidas de aseguramiento patrimonial. Incluye la posibilidad de realizar auditorías conjuntas.

ETN de sus obligaciones fiscales, así como de la calificación de los "paraísos fiscales" como "agujeros negros" para la estabilidad económica mundial.

De esta forma, tanto el informe BEPS como las medidas adoptadas por la UE para luchar contra el fraude y la evasión fiscales, se dirigen directamente a contrarrestar tanto la utilización de los "paraísos fiscales" como las estrategias sofisticadas de elusión fiscal internacional desarrolladas por las ETN.

Sin embargo, es difícil saber, por un lado, cuánto hay de retórica en estos Informes y textos normativos y cuánto de realidad, pues los mismos Gobiernos que postulan, por ejemplo, una tributación más elevada de las ETN, no cesan, por otro lado, de ofrecer nuevos incentivos fiscales (por poner un ejemplo, recientemente, en materia de *"patent box"*), cuyas beneficiarias directas son las ETN[60] y, por otro lado, en el ámbito de la UE, continúa la resistencia a la aprobación de normas generales de Derecho Tributario anti-fraude, por ejemplo, la negativa de Austria a aplicar el intercambio de información en materia de la Directiva de imposición mínima sobre el ahorro o la aprobación, dilatada en el tiempo y sólo para 11 Estados miembros, del impuesto sobre las transacciones financieras.

En lo que respecta a la posición del OCDE, si bien, se anota una cierta autocrítica respecto de instrumentos, caso de la "Guía de precios de transferencia", que no sólo no parece estén dando los resultados apetecidos de poner en igualdad de condiciones y de competencia en los mercados a las empresas nacionales y las ETN, sino que indirectamente está favoreciendo las tácticas elusoras de estas últimas; sigue negándose a altear alguna de sus concepciones clásicas en materia del Derecho Internacional Tributario, pero aquí sí se anotan fuertes avances en materia de lucha contra los Estados, naciones y territorios "no cooperativos", nueva denominación de los clásicos "paraísos fiscales".

Ahora bien, las presiones sociales y recaudatorias, el nacimiento de una conciencia cívica universal en materia de tributos y, especialmente, el principio de sostenibilidad de los Presupuestos Públicos van, lentamente, creando instrumentos de cooperación internacional tributaria, los únicos que, de forma pragmática, permiten la lucha contra cualquier fórmula de elusión y evasión fiscal internacionales.

Por ello, conviene señalar que, en el estado actual del Derecho Internacional Público, la única forma pragmática de luchar contra las estrategias BEPS, incluyendo la acción efectiva contra los "paraísos fiscales", es convertir el intercambio de información automática internacional en obligatorio, mediante creación de Bases de Datos fiscales compartidas, el fin de cualquier secreto bancario o mecanismo de anonimato fiscal y la ampliación de los instrumentos de asistencia mutua y recaudatoria internacionales.

[60] En este sentido, y para el caso inglés: "*Government accused of doublé standards over tax avoidance*", Financial Times, September 19, 2013.

## BIBLIOGRAFÍA

BORJA SANCHÍZ, A., "La responsabilidad solidaria del titular de un depósito fiscal en el Impuesto sobre el Valor Añadido. (Comentario a la STJUE, de 21 de diciembre de 2011, As. C-499/10, *Vlaamse Oliemaatschappij NV c. FOD Financiën),* en *Crónica Tributaria,* n º 148/2013, páginas 217 a 228.

BOTELLA GARCÍA-LASTRA, C. *"El concepto de "Abuso de Derecho" en el marco de la doctrina del T.J.U.E: y su aplicación práctica"*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 7 de mayo de 2008.

BRITTINGHAM, M. y BATLER, M. *"OECD Report on Base Erosion and Profit Shifting: Search for a New Paradigm or Is the Proposed Tax Order a Distant Galaxy Many Light Years Away?",* International Transfer Pricing Journal, July/August 2013, páginas 238 a 252.

CARBAJO VASCO, D., "El informe BEPS y el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional", en Carta Tributaria, serie Monografías, mayo de 2014.

—, "Hacienda Pública y globalización", en *Crónica Tributaria,* n º 123/2007, páginas 41 a 67.

—, "La contradicción entre las Haciendas nacionales y las bases tributarias internacionales, ¿hay solución?". Universidad del Mar, Universidad de Murcia, Lorca, Murcia, septiembre de 2010.

CARBAJO VASCO, D. y PORPORATTO, P.P., "Avances en materia de transparencia e intercambio de información tributaria", en *Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF*, nº 35/2013, páginas 82 a 115.

CARBAJO VASCO, D. y RUESGA BENITO, S.,"El *"tax gap"* en España, definición, estimaciones y medidas dinámicas para su reducción", 2013.

CAZORLA PRIETO, L., *El Gobierno de la globalización financiera: una aproximación jurídica. Discurso leído el día 15 de noviembre de 2010 en el acto de su recepción como Académico de Número y contestación del Exmo. Sr. D. Aurelio Menéndez Menéndez,* Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.

COBHAM, A., *Tax Evasion, Tax Avoidance and Development Finance,* Queen Elizabeth House Working Papers, Oxford, 2005.

ESCARIO, J.L, *Paraísos fiscales, Los agujeros negros de la economía globalizada,* Eds. Libros de la Catarata, Fundación Alternativas, Madrid, abril de 2011.

—, " Tax Evasion and tax fraud with the help of tax havens", ERA Seminar, June 2014.

DELMÁS GONZÁLEZ, F. J. "Propuesta de Directiva de Impuesto sobre Transacciones Financieras", Crónica Tributaria, n º 145/2012, páginas 75-96.

—, "Análisis de la propuesta de modificación de la Directiva del ahorro", Crónica Tributaria, n º 135/2010, páginas 87 a 114.

GARCÍA NORBERTO, E. y RUESGA BENITO, S., *¿Qué ha pasado con la economía española. La Gran Recesión 2.0 (2008 a 2013),* Ed. Pirámide, Madrid, 2014.

FIGAZZOLO, L. y HARRIS, B. *Global Corporate Taxation and Ressources for Quality Public Services,* Ed. Education International Research Institute, Brussels, December 2011.

HERRERA, P.M. "Nuevas restricciones fiscales a las libertades comunitarias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", UNED.

HOUGHTON BUDD, CH. , *Finanzas en el umbral. Re-pensando las economías real y financiera,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MONTERO DOMÍNGUEZ, A. "Comentario a la nueva Directiva comunitaria sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad", en *Carta Tributaria,* serie monografías, n º 9/2011, 1 ª quincena de mayo.

MORENA ROY, V. y PELÁEZ MARTOS, J.M. "La imprescindible desaparición de los paraísos fiscales", mayo de 2013, disponible en la página web: www.inspectoresdehacienda.org.

MURPHY, R., "*Closing the European Tax Gap. A report for the Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament",* 10 February 2012, disponible en: www.taxresearch.org.uk/blog.

NOVELO URDANIVÍA, F., *De Keynes a Keynes. La crisis económica global en perspectiva histórica,* Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, SITESA, México D.F., 2011.

ROCHA VÁZQUEZ, M. y RODRÍGUEZ PINZÓN, E. M., *El impuesto a las transacciones financieras en el marco de la cooperación reforzada de la UE: Evolución y Perspectivas,*Ed. Economistas frente a la crisis, Fundación Salud por Derecho, Madrid, 2014.

ROSEMBUJ, T. "La regulación financiera global y la fiscalidad innovadora", Crónica Tributaria, n º 143/2012, páginas 185 a 203.

SANZ GADEA, E., "La ubicación de la carga financiera en los grupos multinacionales", en *Crónica Tributaria,* Boletín de Actualidad, n º 1/2010.

STIGLITZ, J.E. *El malestar en la globalización,* Ed. Santillana, colecc. Punto de Lectura, Madrid, 2007.

VVAA. "Tax Evasion and Tax Fraud in the UE", Ed. ERA, Academy of European Law, Trier, 16/17 June 2014.

## DOCUMENTACIÓN CITADA

Comisión Europea. Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012, relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, 2012/771/UE, "Diario Oficial de la Unión Europea", serie L, número 338, de 12 de diciembre de 2012.

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE,* Bruselas, 28.9.2011, COM (2011)594 final, 2011/0261 (CNS).

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICCIS),* Bruselas, 16.3.2011, COM (2011) 121 final; 2011/0058 (CNS).

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Europeo Económico y Social. *Promoviendo la buena gobernanza en materia fiscal,* COM (2009) 201 final, Bruselas, 28/04/2009.

Comisión de las Comunidades Europeas. *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo. Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países,* Bruselas, 10.12.2007, COM (2007) 785 final.

Directiva 2014/48/CE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, "Diario Oficial de la Unión Europea", serie L, número 111, de 15 de abril de 2014.

Expert Group on Taxation of the Digital Economy. *Report,* 28/05/2014, disponible en: www.ec.europe.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf

OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting,* Ed. OECD Publishing, París, 2013.

OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting,* Ed. OECD Publishing, París, 2013.

OECD. *Hybrid mismatch arrangements. Tax Policy and tax compliance issues,* Ed. OECD Publishing, París, March 2012.

OCDE/ Instituto de Estudios Fiscales. *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio,* Eds. OCDE/ Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, julio de 2010.

OCDE/ Instituto de Estudios Fiscales. *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias,* Eds. OCDE/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, julio de 2010.

OXFAM-INTERMÓN. *¿Tanto tienes, tanto pagas? Fiscalidad justa para una sociedad más equitativa*, www.oxfamintermon.org, 2014.

OECD. *Agreement on Exhange of Information on Tax Matters,* www.oecd.org/ctp/harmful/2082215.pdf.

OECD. *"Tax Transparency 2013. Report on Progress"*, www.oecd.org/tax/transparency.

Organización de Inspectores de Hacienda del Estado. *Reforma Fiscal y "agujeros negros" del fraude. Propuestas y Recomendaciones*, www.inspectoresdehacienda.org.

Organización de Inspectores de Hacienda del Estado Documento *"Lucha contra el fraude fiscal en España: deficiencias y medidas necesarias"*, disponible en la página web inspectoresdehacienda.org

# VI.
# LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES

# FLUJOS MASIVOS DE POBLACIÓN, DERECHO DE REFUGIADOS Y DERECHOS HUMANOS. ¿INTERNACIONALIZACIÓN DEL MODELO ADOPTADO POR LA UNIÓN EUROPEA?[1]

Pablo Antonio Fernández Sánchez

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*
*Universidad de Sevilla*

## 1. EL DERECHO INTERNACIONAL ANTE LOS FLUJOS DE POBLACIÓN

El Derecho Internacional Público apenas se había interesado por los flujos migratorios, más allá del fenómeno de los flujos indeseados, como los refugiados, desplazados, asilados, apátridas, etc. De hecho, nunca se ha planteado la existencia de un derecho a emigrar, es decir, un derecho del extranjero a residir en un Estado que no es el propio[2]. Es verdad que algunos autores, con pocos argumentos jurídicos han considerado que el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sostiene la base de este derecho. Dicho artículo 13 dice textualmente:

> "1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
>
> 2.- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país".

Ahora bien, del texto de este artículo no es posible extraer un derecho a emigrar porque, obviamente, se está refiriendo al derecho de circulación y residencia del terri-

[1] Esta investigación se hace en el marco del Proyecto Europeo del Programa Marco de I+D de la Unión Europea, " Fostering Human Rights Among European (external and internal) Policies " (FRAME), número de acuerdo: 320.000.

[2] Sobre esto ver MIGUEL CALATAYUD, J.: *Consideraciones sobre el derecho de libre desplazamiento internacional*, en *Revista La Ley*, tomo 2, 1991, pp. 1185-1203.

torio propio. Esta disposición es luego reflejada en el art. 12(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto al "derecho a salir de cualquier país", si que puede referirse, por un lado al derecho de los extranjeros a salir de un Estado extranjero, siempre y cuando ese derecho pueda complementarse con el derecho del Estado a aplicar su propia legislación de salida, es decir, por ejemplo, que no tenga causas judiciales pendientes, o que se trate de un ciudadano enemigo, etc. y, por supuesto, también ha de tenerse en cuenta el derecho del Estado que reciba. Hay una Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa[3] y algunas otras, como, por ejemplo, la de la OSCE de 19 de enero de 1989 que recogen en parecidos términos esa disposición de la Declaración Universal[4]

Sin embargo, aquí y ahora nos interesa un tipo amenaza que exige nuevos retos al Derecho. Me refiero al flujo masivo de población.

La primera dificultad que tendremos es la definición misma de flujo masivo. Estos términos han estado presente en la Isla italiana de Lampedusa o en las vallas, verjas o muros de Ceuta y Melilla, durante este último verano. Incluso lo hemos visto con el acceso de cientos de inmigrantes a nuestras costas, como consecuencia de una disfunción hispano-marroquí.

Sin embargo, a los efectos de mi reflexión, más una tormenta de ideas que otra cosa, nos va a dar igual que utilicemos esa expresión de flujo masivo a un concepto más restrictivo como la llegada masiva de inmigrantes, que no es exactamente la misma problemática pero que tiene que tener el mismo tratamiento en el marco del Derecho.

Este tema del flujo masivo ha sido estudiado desde distintas perspectivas[5] y, especialmente en el marco de África, continente que ha sufrido y está sufriendo con más crudeza este fenómeno[6].

Aunque Erika FELLER diferencias las situaciones en función de variables como que en el flujo haya refugiados o inmigrantes económicos, etc.[7] el flujo masivo puede venir determinado por causas relacionadas con los conflictos armados o con la violación masiva de derechos fundamentales o con otras causas. Por ello me permito diferenciarlas porque podrían responder a la aplicación de derechos y obligaciones diferentes.

---

[3] Recommendation 13743(1998) on 26 May 1998.

[4] OSCE, *Concluding Document Of Vienna - The Third, Follow-Up Meeting*, 19 January 1989.

[5] Véase, por ejemplo, la tesis doctoral de SUÁRES OSTOS, María Lorena: La protección de flujos masivos en el ordenamiento jurídico internacional y en el derecho venezolano, ISBN: 978-84-690-7667-5, de diciembre 2006 (http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4791/tmlso.pdf?sequence=1). Última visita 23 octubre 2014.

[6] CRISP, Jeff: Forced Displacement In Africa: Dimensions, Difficulties, And Policy Directions, en Refugee Survey Quarterly (2010) 29 (3): 1-27.

[7] FELLER, Erika: The Refugee Convention at 60: still fit for purpose? Protection tolos for protection needs, en KNEEBONE, Susan, STEVENS, Dallal & BALDASSA, Loretta (Eds.): Refugee Protection and the Role of Law: Conflicting Identities, Routledge, New York, 2014, pp. 56-70.

## 2. FLUJOS MASIVOS COMO CONSECUENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO

Imaginemos un conflicto internacional que ha provocado un flujo masivo de refugiados que buscan protección en un Estado vecino que participa en las hostilidades. En principio, el DIH los trataría como "enemigos", en el término clásico, aunque sean población civil, porque podrían ser enemigos potenciales y que, por tanto, la seguridad del Estado le permite el internamiento y el control de las personas que forman parte del flujo migratorio. Los recientes casos de Siria, Norte de África con la primavera Árabe, Oriente Próximo ha reactivado la protección temporal como modelo, que ha sido objeto, incluso de un estudio particularizado en San Remo[8]. El caso sirio ha sido especialmente estudiado en relación con la influencia masiva de refugiados en Turquía, Jordania, Líbano e Irak[9]

En todo caso, hay respuestas humanitarias, basadas en el Derecho Internacional[10]. De hecho, como reconoce GOODWIN GILL, hay normas del derecho de los refugiados, de los derechos humanos, del Derecho Internacional Humanitario y consideraciones elementares de humanidad[11]

¿Cuáles serían los derechos y las obligaciones del Estado protector en cuanto territorio de asilo?

Lo primero que deberá plantear es una separación absoluta entre el personal militar y la población civil, que tendrán una suerte distinta, según su actividad previa y sus condicionantes. Deberá hacer, cuando menos, tres grupos, el de los ex-combatientes, el de los que participan en las hostilidades y no pueden obtener el estatuto de prisionero de guerra y el de la población civil, último grupo que a su vez se verá diferenciado en cuanto se traten de niños, acompañados o no, de mujeres, de enfermos, heridos, etc.

De momento, al ser el flujo migratorio masivo el Estado en cuestión tendrá la obligación mínima de darle una atención humanitaria, con ayuda de las distintas agencias humanitarias del mundo, primordialmente el ACNUR, y una protección temporal hasta que puedan resolverse los casos individuales. A su vez, tendrá el derecho a desarmar a aquellos efectivos que vengan provistos de armas y a separar *prima facie* a todos los elementos armados, uniformados o no.

Por otro lado, imaginemos que se trata de un flujo masivo de personas que huyen de la violencia generada en su territorio y se dirigen a un Estado vecino, que no es

[8] TÜRK, Volker, EDWARD, Alice & BRAEUNLICH, Mattias: Introductoy Note to the San Remo Summary Cionclusions on temnporary Protection, en Interbational Journal of refugee Law, vol. 25, nº 1, pp. 175-177.

[9] ORSAM Report 189: The situation of Syrian refugess in the Neighboring Countries: Findings, Conclusions and recommendations, ISBN: 978-605-4615-87-2, April 2014.

[10] LONG, Katy: In Search of Sanctuary: Border Closures, 'Safe' Zones and Refugee Protection, en Journal of Refugee Studies (2013) 26 (3): 458-476.

[11] Citado por FELLER, Erika: The Refugee Convention…, op. cit., p. 63.

beligerante en el conflicto. La fuente de las obligaciones, en este caso, son distintas, aunque la base es la misma, el carácter humanitario y civil del refugiado.

Por último, imaginemos que el flujo masivo se produce dentro del propio territorio de un Estado, donde hay facciones enfrentadas. Este caso difiere sustancialmente puesto que las reglas aplicables a los conflictos internos son de índole diversa a las que regulan los conflictos armados internacionales y las dificultades son mayores porque los actores de la guerra son movimientos insurgentes, grupos o bandas rebeldes, ejércitos regulares enfrentados, etc. que tienen un nivel de obligaciones internacionales más limitado que el propio Estado.

## 3. FLUJO MASIVO POR CAUSAS DISTINTAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

El éxodo masivo no viene sólo producido por los conflictos armados[12] y cuando llega una marea humana a unas fronteras, por cualquier tipo de causa (climática, como consecuencia de catástrofes naturales o industriales, etc.) el Estado receptor no tiene más opción que permitir la llegada masiva por motivos humanitarios y darle, *prima facie* una protección general a todos los que llegan, garantizándole los derechos humanos básicos, dado que la identificación individual es impracticable[13].

En este sentido, el Comité Ejecutivo de ACNUR, en 1981, se pronunció claramente, indicando que los solicitantes de asilo en un éxodo masivo que busquen refugio en un Estado, vecino o no, deben ser admitidos, al menos de forma temporal y proveerles de protección acorde a los principios del Derecho de Refugiados, particularmente sin discriminación alguna y sin devolverlos al lugar de origen donde puedan sufrir persecución (*non-refoulement*)[14].

Este mínimo trato humanitario ya estaba previsto en la propia Convención del 51, cuyo artículo 31 establece la obligación de los Estados de no imponer sanciones, aunque entren ilegalmente en el país, a las personas que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada, comprometiéndose a su vez a no hacer restricciones de circulación mas que las necesarias y a facilitar todo lo necesario para obtener su admisión en otro país si en aquel no fuera posible.

Esto es, sin duda, la protección temporal necesaria de los solicitantes de asilo, aunque procedan de un flujo masivo.

---

[12] No excluyo, por supuesto, otras causas, como el hambre, la huida por la sequía, los desastres naturales o industriales, etc. pero no me referiré a ellos por tener unas consecuencias jurídicas distintas a las aquí analizadas.

[13] Para una síntesis de la problemática de la protección de los refugiados en situaciones de afluencia masiva, ver el Doc. EC/GC/01/4 de 19 de febrero de 2001 titulado *Protection of Refugees in Mass Influx Situations: overall Protection Framework.*

[14] Conclusiones del Comité Ejecutivo, nº 22(XXXII), 1981, p. 1.

## 4. DERECHOS PROTEGIBLES EN LOS FLUJOS MASIVOS DE POBLACIÓN

El Comité Ejecutivo de ACNUR ha entendido incluso un mínimo de derechos humanos que deben ser respetados, además de los ya mencionados del artículo 31 de la Convención, como son los siguientes:

1.- El disfrute de los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, en particular los reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2.- La asistencia necesaria para el desarrollo de la vida, contando aquí con la debida solidaridad de otros Estados.

3.- El acceso a la justicia.

4.- La localización en zonas de seguridad donde la vida de los solicitantes o su integridad física o psíquica no peligre y donde no puedan llevar a cabo actividades subversivas contra su país de origen u otro Estado.

5.- Y otros derechos relacionados con la vida de familia, con soluciones duraderas o repatriación voluntaria[15].

Este trato humanitario, como puede verse, es de marcado carácter general y, por lo tanto, de marcado carácter civil.

Esta conciencia ha sido expresada por la propia Unión Europea que en su Declaración con motivo del 50º aniversario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados ha reafirmado "su firme compromiso de ayudar y proteger a todos los hombres, mujeres y niños que deben en contra de su voluntad abandonar sus hogares y su país para huir del miedo a la persecución y de las graves violaciones de los derechos humanos"[16]. Consecuentemente incluye a todos, hombres, mujeres y niños, de forma genérica y con carácter civil, pues.

Eso sí, los grupos vulnerables, como las mujeres o los niños requieren tratos especiales[17]

## 5. EL DISEÑO DE LA PROTECCIÓN TEMPORAL EN LA UE

La Unión Europea ha diseñado un sistema de protección temporal para este tipo de flujos masivos con una importante distribución de las cargas para que el Estado de la UE más próximo al conflicto no se vea perjudicado en exclusiva por el flujo masivo.

---

[15] *Ibidem.*

[16] Press Release: Brussels (28-07-2001), Press: 292 - Nr:10934/01.

[17] CAPPS, R.: Permanent exile, permanent fear? gender-based violence in refugee camps, 2014 (https://dar.aucegypt.edu/bitstream/handle/10526/3966/Thesis%20-%20Rosalie%20Capps.pdf?sequence=1). Última visita 25 octubre 2014.

Las consecuencias del conflicto de la x-Yugoslavia fueron los desencadenantes de este interés de la Unión Europea[18]

Esta *protección temporal* no es sólo una norma consuetudinaria internacional como ya en 1988 reconocía FITZPATRICK[19] sino que ya tiene rangos más positivos porque ha sido incorporada al Derecho Comunitario Europeo[20] y al ordenamiento jurídico de algunos Estados, entre ellos España[21].

Como vemos estas situaciones *ad hoc* están reguladas pero, a pesar de ello, los Estados europeos especialmente, aunque no son los únicos, cierran las puertas a las personas desplazadas, mientras critican a aquellos Estados menos desarrollados, sobre todo de África que no pueden soportar el gasto y la presión demográfica que suponen estos desplazados, que allí se cuentan por millones.

Fijémonos que sucedió recientemente en Albania para ilustrar mejor esta idea. Ante la violencia generalizada que se había producido en aquel pequeño país balcánico, Italia ha aceptado con cuenta gotas a los desplazados sin otorgarle ningún estatuto jurídico, concentrándolos en campos de acogidas en Brindisi, lo que le permitirá devolverlos forzadamente a Albania en cuanto pueda. Ningún otro Estado europeo aceptó refugiados albaneses, más que aquellos que llegaron a sus fronteras, por sus propios medios.

Todo ello es porque el derecho de los refugiados en Europa no responde a la realidad social de nuestros días y cuando responde técnicamente, no responde en la práctica. De los más de 15 millones de refugiados que hay en el mundo y de los más de 20 millones de desplazados internos, Europa, junto con los Estados Unidos, sólo soporta el 10%, siendo los países más desarrollados, los que mayor carga sostienen. Por tanto, su contribución al problema de los refugiados es ínfimo en comparación a la generosidad de los países menos desarrollados.

Incluso en África existe un instrumento jurídico que trata de solucionar este problema de los desplazados. Es la Convención de la OUA relativa a Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, de 10 de septiembre de 1969.

---

[18] Ver DACYL, J.: *International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia*, en MALMSTRÖM, S, & NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems adn Prospects*, Raoul Wallenger Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Report num. 22, Lund, 9 May 1996, pp. 13-36. También, Van Selm-Thorbur, J.: *Refugee Protection in Europe: Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publisehrs, Dordrecht/Boston/London, 1998.

[19] FITZPATRICK, J.: *The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict*, en MARTIN, D.A. (Ed.): *The New Asylum Seekers: refugee Law in the 1980's*, Martnus Nijhoff Publisehrs, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 87-121.

[20] Véase la Directiva sobre Protección Temporal en el DOCE L 212(2001).

[21] Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

América Latina también ha reflexionado sobre los desplazados masivos[22] y la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó una Resolución el día 6 de junio de 1991 en la que felicitaba a los Estados miembros la aceptación de los principios contenidos en la Declaración de Cartagena[23], que no son otros que el de la aceptación de que los desplazados masivos tienen derecho también al estatuto jurídico de refugiado y por tanto a la protección internacional.

Pero desgraciadamente Europa no contempla esta norma internacional. No la acepta, sencillamente. Por lo tanto, "el asilo por razones humanitarias se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería", tal como reconoce nuestro texto jurídico nacional[24]. Eso sí, la Ley española de extranjería reconoce el derecho a permanecer en el territorio nacional a las personas que como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país.

Al menos esta norma les protege de la devolución y les garantiza el derecho mínimo de permanencia en el país, aunque no le extienda el resto de derechos de los refugiados.

La base por la que se ha generado una costumbre internacional de dar refugio a estas personas que llegan en flujos masivos, aparte de la imposibilidad de identificar una por una a cada una de las personas que llegan, es la aparente realidad y las circunstancias del país de origen. De esta manera, un grupo humano procedente de Afganistán, Siria o Irak, en estos momentos, que huye de los bombardeos y de las durísimas circunstancias de un país en guerra, son objetivamente "refugiados" o "desplazados" y merecen, por parte de la comunidad internacional, protección y asistencia. Por ello son personas concernientes a ACNUR y están incluidas en su mandato.

Por tanto, la obligación que se genera es la de aceptar su admisión para darle seguridad, protegerle del *refoulement* y otorgarle un tratamiento básico humanitario acor-

---

[22] Bajo los auspicios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, del Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo y la Universidad Nacional de Colombia se celebró un Coloquio en Cartagena de Indias que dio lugar a la Declaración de Cartagena de 22 de noviembre de 1984. Las conclusiones de dicho Coloquio y el texto de la Declaración se publicaron bajo el título de *La protección internacional de los refugiados en América Central, México y panamá: problemas jurídicos y humanitarios*, Empresa Editorial Universidad Nacional, Bogotá, 1986.

[23] Ver un análisis de esta Declaración en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio: *Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado*, en el libro *Los derechos humanos en América*, Editada por las Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, pp. 443-455. También en ARBOLEDA, E.: *La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la Convención de la Unidad Africana de 1969: una perspectiva comparada*, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho Internacional de los refugiados*, IDEI, Lima, 2011, pp. 167-188.

[24] España dispone de una Ley que prácticamente elimina la figura del asilado, limitándose a la restrictiva del refugiado. Ver la Ley orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 14/2003 y 2/2009. Última modificación de 26 de diciembre de 2013

de con las necesidades[25]. Sin embargo, hay dificultades de delimitación de conceptos y de estatutos jurídicos que requererían clarificación[26]

## 6. EL PROBLEMA DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

El problema se plantea de forma más acusada en el caso de los llamados desplazados internos[27], es decir aquellas personas que se han desplazado sin salir de las fronteras del país de cuya jurisdicción dependen[28]. Es sabido que no le es de aplicación la Convención de Ginebra de 1951 pero que, sin embargo, pueden ser personas que dependan de ACNUR, no sólo por ser solicitantes de asilo. A veces, como se sabe, los desplazamientos de población en un Estado se producen por motivos racionales, religiosos, incluso sexuales, etc. y esto, perturba gravemente la demografía de la zona al extremo de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Por ello, hay una figura jurídica en el marco de las Naciones Unidas que se ocupa de su problemática que es el Representante del Secretario General para los Desplazados Internos[29]. Sin embargo, la existencia de esta figura no impide actuar a ACNUR [30] y a otros órganos[31].

De hecho, hay base suficiente en el Derecho Internacional Humanitario para establecer un papel protector de estas personas.

---

[25] Doc. EC/GC/01/4 de 19 de febrero de 2001 de ACNUR, sobre "Protection of Refugees in Mass Influx Situations: Overall Protection Framework, punto 6.

[26] ALBERT, Mattews: *Governance and Prima Facie Refugee Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx*, en Refugee Survey Quarterly (2010) 29 (1): 61-91.

[27] Se trata de "personas que han sido obligadas a huir de sus hogares repentinamente o inopinadamente en gran número, como resultado de un conflicto armado, disensiones internas, violaciones sistemáticas de los derechos humanos o desastres naturales o provocados por el hombre; y que se hallan dentro del territorio de su propio país" (*Informe Analítico del Secretario General sobre los Desplazados Internos*, Doc. E/CN.4/1992/23, par. 17). A esta definición se ha unido también la doctrina. Por ejemplo, el XX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, celebrado en Filipinas en 1998 entendió por desplazado interno "a la persona o los grupos de personas que - dentro del territorio de un Estado- se han visto obligadas a abandonar su lugar de residencia como consecuencia o por la amenaza grave de un conflicto armado, de una situación de violencia interna, de una violación de los derechos humanos o de catastrofes naturales o producidas por la actividad humana" *Anuario del I.H.L.A.D.I.*, vol. 14, 1999, pp. 491-492.

[28] Sobre este tema hay un excelente estudio de la Profesora PONTE IGLESIAS, Mº Teresa: *Un marco normativo e institucional para los desplazados internos en el Derecho Internacional*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LII (2000), I, pp. 49-81.

[29] Fue la Resolución 1992/73 de 5 de marzo de 1992 de la Comisión de Derechos Humanos la que solicita este nombramiento al Secretario General.

[30] Sobre esta cuestión véase la obra de la Profesora PONTE IGLESIAS, Mª Teresa: *Conflictos Armados, refugiados y Desplazados Internos en el Derecho Internacional Actual*, Tórculo Edicións, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2000, pp. 258 y ss.

[31] Ver PONTE IGLESIAS, Mª Teresa: *Un marco normativo...*, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

La técnica jurídica que se utiliza para identificar a los desplazados internos con los refugiados es la de la analogía[32], a pesar de sus manifiestas lagunas[33]. De hecho, el propio ACNUR ha elaborado un manual con las normas jurídicas aplicables a estas situaciones de desplazados internos para uso de su personal[34]. El fundamento jurídico de esta analogía es el carácter estrictamente humanitario de la acción del ACNUR y el carácter estrictamente civil de las personas que componen este contingente de "desplazados internos".

Como ya he dicho, uno de los derechos que recoge ACNUR para los refugiados que vienen en masa es el de la seguridad de los lugares donde se encuentran. Por ello se propone siempre que los lugares de internamiento estén suficientemente alejados de las fronteras del país en conflicto de donde proceden los refugiados.

Esta idea ya tenía un precedente jurídico en la Convención de la OUA sobre Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África donde se llama a los países de asilo, por razones de seguridad, a asentar a los refugiados a una distancia segura de la frontera de su país de origen. Esto, como reconoce uno de los documentos de las Consultas Globales, es porque se considera que esta circunstancia desincentiva el uso de los campamentos como base para actividades militares, aunque "irónicamente, muchos Estados receptores consideran que permitiendo el desplazamiento interior de los refugiados puede comprometer la seguridad nacional y rehúsan situarlos más adentro" [35].

Ahora bien se generan obligaciones en varios órdenes. Obligaciones del Estado del que son nacionales los refugiados. Obligaciones del Estado receptor. Obligaciones de las partes insurgentes. Obligaciones de ACNUR y Obligaciones de los propios refugiados o desplazados.

No hay que olvidar que son los Estados los primeros obligados a "proteger" a los que dependen de su jurisdicción. Por tanto, es una protección interna, como la llama Antonio FORTIN[36].

Ahora bien, esta obligación tiene como corolario el derecho a que los refugiados y desplazados no utilicen su estatuto y la protección que les brinda el ACNUR para realizar actividades que pongan en peligro el carácter civil del asilo y la actividad humanitaria del ACNUR.

---

[32] Véase, por ejemplo, además de esta argumentación utilizada por el CICR (*Ibidem*), el Informe del Representante del Secretario General para los Desplazados Internos, Sr. Francis Deng, Doc. E/CN.4/44, de 25 de enero de 1994, par. 27.

[33] Ver PONTE IGLESIAS, Mª Teresa: *op. cit.*, p. 59.

[34] Ver *International Legal Standards applicable to the protection of internally displaced persons: A reference manual for UNHCR Staff*, Geneva, 1996.

[35] The Civilian Carácter of Asylum: Separating Armed Elements From Refugees, Doc. EC/GC/01/5, 19 February 2001, point 13.

[36] FORTÍN, Antonio: *The meaning of "Protection" in the Refugee Definition*, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12, issue 4, pp. 348 y ss.

Para ello han de establecerse dos marcos: uno, el de crear zonas de seguridad, perfectamente delimitadas y conocidas por las partes para asegurar que los derechos humanos de los refugiados y desplazados son respetados (zonas que bien pudieran ser los campos de refugiados ya analizados o los asentamientos u otros), y otra separar a los elementos armados que se incardinen en la afluencia masiva de refugiados o desplazados, con objeto de impedir al máximo la posible comisión de actividades que pongan en riesgo la seguridad de los campos, los asentamientos o las zonas de protección.

Cuando una afluencia masiva de personas que huyen de las consecuencias de un conflicto armado llega a un punto fronterizo, vigilando y atendido o no por cuerpos de seguridad o miembros del ejército del Estado un Estado, y donde, generalmente se encuentra personal humanitario de ACNUR para darles protección y asistencia, lo primero que tienen que hacer estas personas que les reciben, es desarmarlos, poner a recaudo dichas armas y vigilarlas para impedir que vuelvan al escenario de la guerra y mucho menos a manos de sus portadores. Esto ha sido puesto de manifiesto por el propio Secretario General de las Naciones Unidas como un problema que afecta a la paz y la seguridad internacionales[37] y por la OUA[38].

Como se preguntaba el Prof. JACOBSEN el problema es cómo hacerlo[39]. Sin embargo él se plantea la separación entre los combatientes y los refugiados. Sin embargo, el problema es aun mayor porque hay numerosa casuística al respecto. Todo va a depender de la situación en la que nos encontremos. Si hay personal de vigilancia del Estado receptor, la obligación de dicho desarme y recaudo de armas es del Estado receptor, dado que tiene la responsabilidad de evitar los actos hostiles que pudieran dirigirse contra el Estado de procedencia de los desplazados[40]. Si éste es Estado beligerante en el conflicto, la suerte de sus portadores irá unida a su propio estatuto de prisionero de guerra o de personal enemigo, y se pondrán bajo la atención de una organización humanitaria del tipo de la Cruz Roja Internacional.

Si no fuera Estado beligerante, sino fronterizo neutral, todas las personas irían inicialmente, una vez desarmadas, al mismo grupo aunque las personas desarmadas pasarían necesariamente por un procedimiento de elegibilidad individual. Dicho procedimiento lo debería hacer el Estado receptor con la colaboración del ACNUR. Los que obtuvieran el estatuto de refugiado pasarían a los campos o asentamiento de refugiado, advirtiéndosele de su obligación de respetar su estatuto civil, y los excluidos

[37] Report of Secretary-General of the United Nations on Security in the Rwandese Camps, U.N. Doc. S/1994/1308.

[38] Ministerial Meeting on Refugees, Returnees, and Internally Displaced Persons in Africa, Doc. BR/COM/REC.I(I), December 1988, par. 9

[39] El prof. Jacobsen lo plantea como el primer problema en cuanto a la separación de los combatientes armados de los refugiados. Véase, JACOBSEN, Jacob: *Preserving the Humanitarian Character of Refugee Camps and Operations*, October 31, 2000, como contribución a la Conferencia de ACNUR sobre *Prserving the Humanitarian Carácter of Refugee Camps and Operations*.

[40] Sopbre esta responsabilidad, ver CORLISS, Steven: *Asylum State Responsability for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, en *International Journal of refugee Law*, vol. 2, 1990, pp. 181 y ss.

del estatuto de refugiado serían internados en zonas aparte, bajo vigilancia del Estado receptor para aplicarles la normativa del Derecho Internacional Humanitario.

## 7. CONCLUSIONES

Ante un flujo masivo de refugiados o desplazados, sean o no internos, la identificación individual pormenorizada es impracticable. Por ello, se establece *prima facie*, una protección temporal de estas personas como solicitantes de asilo. Por ello, cuando hayan accedido al estado receptor, por los puestos fronterizos habilitados al efecto, o no, el Estado receptor tiene la obligación de recibirlos (artículo 31 del Estatuto de Ginebra) y darles la protección y la asistencia debida, con la ayuda de ACNUR y de la comunidad internacional, protegiéndolos a todos, como mínimo de la devolución a su lugar de origen donde pudieran ser perseguidos (*non refoulement*) y con el tratamiento humanitario que se deriva de la Protección general de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

El modelo europeo no sirve porque carece de la voluntad política de los Estados de la UE para aplicarlo y porque, además, la cicatería europea en el compromiso de protección de los derechos de las personas que se ven forzadas a emigrar, se limita a ayuda humanitaria y a presión política y económica para que los Estados menos desarrollados carguen con todo el peso de esta situación.

El trato humanitario que deben recibir está anclado en las naturaleza estrictamente civil de los solicitantes de asilo. Por ello los Estados deben preservar este carácter civil de la institución del asilo y del refugio y otorgar a estos solicitantes de asilo las prestaciones necesarias según sus necesidades.

El Estado, con ayuda del ACNUR y de la comunidad internacional procederá a desarmar a aquellos elementos armados que acompañen a los solicitantes de asilo, preferiblemente en el momento de la llegada y tras un procedimiento de elegibilidad individual, proceder a la separación de aquellos que queden excluidos del estatuto de refugiado, aplicándoles las normas nacionales, o internándolos en lugares de internamiento separados de los civiles, según las normas del Derecho Internacional Humanitario o del Derecho de Neutralidad y No Beligerancia.

Las personas que resulten elegibles como refugiados se incorporarán a los campos o lugares de asentamientos habilitados al efecto, advirtiéndoles de sus obligaciones de mantener el carácter civil del refugio y del asilo. Para ello, el ACNUR y las autoridades estatales responsables de los lugares de asentamiento de refugiados y desplazados prohibirán las actividades subversivas, sometiendo a los que quebranten estas normas al derecho nacional aplicable al lugar donde se encuentren. Al mismo tiempo tienen la obligación de contribuir al buen clima interno con actitudes integradoras y mensajes de cordialidad.

Cuando haya Estados receptores de refugiados que, debido a sus condiciones económicas y sociales, no puedan llevar a cabo el desarme y la separación de los elemen-

tos armados, Naciones Unidas debería de contar con terceros Estados, Organizaciones Regionales, o con las instituciones de las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz para realizar esa tarea. Y, si aun así no pudiera, debería autorizarse el mandato del ACNUR, para que, por razones humanitarias y por mantener el carácter civil de los refugiados, pueda su personal llevarlo a cabo. Para ello, los Estados deberían proporcionar al ACNUR personal especializado en temas relacionados con la seguridad pública, la investigación criminal y el tratamiento a la población vulnerable.

Debería establecerse un procedimiento claro para el desarme y la posterior separación de los elementos armados en las situaciones de afluencia masiva, y otro procedimiento acelerado, este de carácter individual, para que cada elemento armado pueda someterse al procedimiento de elegibilidad individual establecido. Para ello, ACNUR debería reforzar su personal de protección, sin perjuicio de su personal de asistencia, en estas situaciones, siempre en coordinación con el Estado receptor y con las reglas del Estado territorial donde se encuentre, salvo que se hayan delimitados las zonas de protección y éstas estén a cargo de las Organizaciones Internacionales que tengan competencia para ello.

Especialmente, ACNUR debería coordinarse con el CICR para que este asuma sus responsabilidades internacionales en el marco de las normas de Derecho Internacional Humanitario y solicitar el apoyo de las Naciones Unidas o de otras Organizaciones Internacionales, universales o regionales, para que contribuyan y faciliten esta importantísima tarea.

En el caso de los desplazados internos, por la técnica jurídica de la analogía, y por la aplicación de normas consuetudinarias internacionales, a través de la práctica de los Estados y de las instituciones internacionales, la protección y la asistencia debidas por el carácter civil y humanitario, se identifican con las normas del Derecho Internacional de los Refugiados.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBERT, Mattews: *Governance and Prima Facie Refugee Status Determination: Clarifying the Boundaries of Temporary Protection, Group Determination, and Mass Influx*, en Refugee Survey Quarterly (2010) 29 (1): 61-91.

ARBOLEDA, E.: *La Declaración de Cartagena de 1984 y sus semejanzas con la Convención de la Unidad Africana de 1969: una perspectiva comparada*, en NAMIHAS, S. (coord.): *Derecho Internacional de los refugiados*, IDEI, Lima, 2011, pp. 167-188.

CAPPS, R.: Permanent exile, permanent fear? gender-based violence in refugee camps, 2014 (https://dar.aucegypt.edu/bitstream/handle/10526/3966/Thesis%20-%20Rosalie%20Capps.pdf?sequence=1). Última visita 25 octubre 2014.

CORLISS, S.: *Asylum State Responsability for the Hostile Acts of Foreign Exiles*, en *International Journal of refugee Law*, vol. 2, 1990.

CRISP, Jeff: Forced Displacement In Africa: Dimensions, Difficulties, And Policy Directions, en Refugee Survey Quarterly (2010) 29 (3): 1-27.

DACYL, J.: *International Responses to Refugee Flow from the Former Yugoslavia*, en MALMSTRÖM, S, & NOLL, G. (rels.): *Temporary Protection-Problems and Prospects*, Raoul Wallenger In-

stitute of Human Rights and Humanitarian Law, Report num. 22, Lund, 9 May 1996, pp. 13-36.

FELLER, Erika: The Refugee Convention at 60: still fit for purpose? Protection tolos for protection needs, en KNEEBONE, Susan, STEVENS, Dallal & BALDASSA, Loretta (Eds.): Refugee Protection and the Role of Law: Conflicting Identities, Routledge, New York, 2014, pp. 56-70.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Las repercusiones jurídicas de la Declaración de Cartagena en el concepto de refugiado*, en el libro *Los derechos humanos en América*, Editada por las Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1994, pp. 443-455.

FITZPATRICK, J.: *The Principle and Practice of Temporary Refugee: A Customary Norm Protecting Civilian Fleeing Internal Armed Conflict*, en MARTIN, D.A. (Ed.): *The New Asylum Seekers: refugee Law in the 1980's*, Martnus Nijhoff Publisehrs, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 87-121.

FORTÍN, Antonio: *The meaning of "Protection" in the Refugee Definition*, en *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12, issue 4.

JACOBSEN, J.: *Preserving the Humanitarian Character of Refugee Camps and Operations*, October 31, 2000, como contribución a la Conferencia de ACNUR sobre *Prserving the Humanitarian Carácter of Refugee Camps and Operations*.

LONG, Katy: In Search of Sanctuary: Border Closures, 'Safe' Zones and Refugee Protection, en Journal of Refugee Studies (2013) 26 (3): 458-476.

MIGUEL CALATAYUD, J.: *Consideraciones sobre el derecho de libre desplazamiento internacional*, en *Revista La Ley*, tomo 2, 1991, pp. 1185-1203.

ORSAM Report 189: The situation of Syrian refugess in the Neighboring Countries: Findings, Conclusions and recommendtions, ISBN: 978-605-4615-87-2, April 2014.

PONTE IGLESIAS, M.T.: *Un marco normativo e institucional para los desplazados internos en el Derecho Internacional*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LII (2000), I, pp. 49-81.

—, *Conflictos Armados, refugiados y Desplazados Internos en el Derecho Internacional Actual*, Tórculo Edicións, Colección Estudios Internacionales, Santiago de Compostela, 2000.

SUÁRES OSTOS, M.L.: La protección de flujos masivos en el ordenamiento jurídico internacional y en el derecho venezolano, ISBN: 978-84-690-7667-5, de diciembre 2006 (http://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/4791/tmlso.pdf?sequence=1). Última visita 23 octubre 2014.

TÜRK, Volker, EDWARD, Alice & BRAEUNLICH, Mattias: Introductoy Note to the San Remo Summary Cionclusions on Temporary Protection, en International Journal of Refugee Law, vol. 25, nº 1, pp. 175-177.

UNHCR, *International Legal Standards applicable to the protection of internally displaced persons: A reference manual for UNHCR Staff*, Geneva, 1996.

VAN SELM-THORBUR, J.: *Refugee Protection in Europe: Lessons of the Yugoslav Crisis*, Martinus Nijhoff Publisehrs, Dordrecht/Boston/London, 1998.

# LOS FLUJOS MIGRATORIOS IRREGULARES COMO AMENAZA: UN MAL COMIENZO PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Fernando Flores Giménez

*Profesor Titular de Derecho Constitucional*
*Universidad de Valencia*

## 1. INTRODUCCIÓN

Priorizar la seguridad o priorizar los derechos humanos en el debate sobre las migraciones supone una opción política de gran calado. Significa colocar el respeto a los derechos y la dignidad de las personas en el centro de las decisiones, o colocar la legislación excepcional de extranjería por encima de los ámbitos propios de la regulación de los derechos humanos.

En los últimos años, al propio ritmo de la globalización, se han acentuado en el mundo algunas disfunciones que ya existían, o que estaban en estado embrionario. La pobreza, la desigualdad, los desequilibrios demográficos, el cambio climático, la brecha tecnológica, las ideologías extremistas y no democráticas, el capitalismo financiero… factores transnacionales y asimétricos que a día de hoy potencian los efectos de las denominadas "amenazas" sobre la seguridad de los Estados o, lo que es lo mismo, sobre el bienestar de sus habitantes.

Sin entrar ahora en las razones más profundas que han conducido a ello, la realidad es que los Estados han descrito este escenario y reaccionado frente a él subrayando fundamentalmente el enfoque de la defensa y la seguridad, unos conceptos que, como la misma realidad, han sufrido en las últimas décadas una transformación radical[1]. En cuanto a Europa, la verdad es que no ha escapado a esta tendencia;

[1] Sobre la evolución del concepto de seguridad puede verse, por ejemplo, Enseñat Barea, A., "El concepto de seguridad nacional en las estrategias de seguridad nacional", *Los nuevos paradigmas de la seguridad,* CITpax, diciembre 2009, pp.9-20.

más bien al contrario, puede decirse que la ha incorporado (¿la está incorporando?) a su ADN. Dicho en palabras de Bauman, "Europa ha dejado de ver al resto del planeta como una mina de *retos,* para empezar a percibirlo como una fuente de *amenazas*", instaurando en nombre de la seguridad medidas prácticamente desconocidas desde los tiempos del *habeas corpus*[2].

Una muestra de la importancia que se ha otorgado en los países europeos a esta perspectiva ha sido la tendencia en los últimos años a elaborar "estrategias globales de seguridad"[3], es decir, documentos programáticos que establecen un marco de referencia global y omnicomprensivo en materia de seguridad, y que tienen por objeto integrar la respuesta de los Estados a problemas que afectan a su seguridad. En el caso español, los flujos migratorios no regulares son considerados como una amenaza a la seguridad.

Esta comunicación se dirige a cuestionar la inclusión de la inmigración irregular entre los riesgos y amenazas que ponen en peligro la seguridad de nuestro país y de la Unión Europea, pues ésta inclusión implica necesariamente un enfoque específico - "securitario"- de la legislación que la regula, con efectos relevantes sobre los derechos fundamentales que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos protegen. La cuestión que se plantea es si frente al fenómeno de los flujos migratorios irregulares cabe una respuesta desde el Derecho, nacional e internacional, que dé protagonismo al enfoque de la "seguridad" sólo cuando dicha inmigración esté vinculada a riesgos ciertos, y no de modo general (incluyéndolo como amenaza en la ESN), pues haciéndolo así son los derechos de las personas los que quedan amenazados.

## 2. LOS HECHOS: EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LA RESPUESTA EUROPEA

### 2.1. El fenómeno migratorio hacia Europa

A principios de 2013, la población de la Unión Europea era de 503 millones de personas, 20,4 de los cuales eran nacionales de terceros países, lo que corres-

[2] Bauman, Z., *Europa, una aventura inacabada*, Buenos Aires, Losada, 2009, p.38.

[3] En los últimos años se han aprobado las estrategias de seguridad nacional de los Países Bajos, Reino Unido, Alemania y Francia. España aprobó su *Estrategia Española de Seguridad* en 2011, modificada tras el cambio de Gobierno como *Estrategia de Seguridad Nacional* y aprobada en 2013. La aparición de estos documentos obedece, en palabras de Arteaga, a "la necesidad de actualizar el modelo de seguridad que los Estados avanzados vienen prestando a sus sociedades y es novedosa porque los gobiernos europeos nunca habían puesto por escrito su percepción de los problemas de seguridad". Su precedente radica en la tradición estadounidense y, más entre nosotros, en la Estrategia Europea de Seguridad de 2003. Véase Arteaga, F., "Hoja de ruta para una Estrategia de Seguridad Nacional española", *ARI* 112/2008, p.1. Algunos comentarios a los documentos que contienen esas Estrategias pueden encontrarse en la bibliografía la presente comunicación.

pondería al 4% de la población total. En 2012 se expidieron a nacionales no europeos 2.100.000 permisos de primera residencia. De estos, un 32% se concedió por razones familiares, un 23% por actividades remuneradas, un 22% por estudios y un 23% por otras razones (incluida la protección internacional). Los países cuyos nacionales recibieron el mayor número de permisos fueron Estados Unidos (un 9,5% del total), seguido por Ucrania, China e India (un 7,5% del total). Un número importante de permisos (entre el 5% y el 2,5%) se expidieron a nacionales de Marruecos, Rusia, Filipinas, Turquía y Brasil.

En su *V Informe Anual de Migración y Asilo (2013)*[4] la Comisión Europea afirma que el año 2013 supuso un considerable aumento, con relación a 2012, del número de personas descubiertas mientras cruzaban ilegalmente la frontera. Se estima que, desde 1998 a 2013, más de 620.000 inmigrantes alcanzaron irregularmente las costas de la UE, lo que representa un promedio de casi 40.000 personas al año[5].

En cuanto a las solicitudes de asilo, recientemente la Agencia Europea de Apoyo al Asilo (EASO) ha hecho público su *Informe Anual sobre la Situación del Asilo en la Unión Europea*[6]. En él se estima que durante el año 2013 un total de 435.760 personas solicitaron protección internacional en el conjunto de la UE. Esta cifra supone un 30% más que en 2012. El mayor número de solicitantes fueron ciudadanos procedentes de Siria (109% más que el año anterior[7]), de la Federación Rusa y de los países balcánicos. Los principales países receptores fueron Alemania, Francia, Suiza, el Reino Unido e Italia.

Por lo que se refiere a España, los datos del INI[8] nos informan de que un total de 314.358 personas procedentes del extranjero establecieron su residencia en nuestro país durante 2012. Al mismo tiempo, 476.748 abandonaron España con destino a algún país extranjero. Por tercer año consecutivo el saldo migratorio fue negativo (-162.390 personas en 2012, cifra sensiblemente inferior a las de 2011 y 2010)[9].

---

[4] *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. V Informe Anual de Migración y Asilo (2013).* Bruselas, 22.5.2014, COM(2014) 288 final. Los datos sobre población en la UE, permisos y criterios también proceden de este informe.

[5] *Migrants smuggled by sea to the EU: facts, laws and policy options,* Migration Policy Center (cit. en la *Comunicación*), http://www.migrationpolicycentre.eu/docs/MPC-RR-2013-009.pdf. En 2013, se denegó la entrada en la UE a unas 317.840, lo que supone un ligero incremento del 0,6 % respecto a 2012; la gran mayoría (61%) fueron rechazadas en España. Disminuyó el número de detenciones, que fue de 386.230 personas en 2013 (433.665 en 2012). En 2013 (enero-septiembre) se interceptó a 77.140 personas que cruzaban ilegalmente las fronteras de la UE, una cifra que, a partir de julio, se incrementó significativamente afectando especialmente a la costa italiana, debido sobre todo al recrudecimiento de la crisis siria.

[6] *Anual Report Situation of Asylum in the European Union*, European Asylum Support Office, 2014. http://easo.europa.eu/wp-content/uploads/EASO-AR-final.pdf

[7] Si bien la inmensa mayoría de las más de 2.300.000 personas que huyeron de Siria desde que estalló el conflicto en 2011 hallaron refugio en Líbano, Turquía, Jordania, Irak y Egipto.

[8] *Estadística de migraciones, 2012*, Instituto Nacional de Estadística, Nota de prensa de 25 de junio de2013. http://www.ine.es/prensa/np788.pdf

[9] Hasta 2012 el número de extranjeros censados en España había crecido invariablemente, produciéndose un aumento desde casi el 1% de la población total en 1991, hasta sobrepasar el 12%

Con relación a la inmigración irregular el Ministerio del Interior, en su *Balance 2012*[10] sobre la lucha contra este fenómeno, afirma que entre 2012 y 2013 se produjo una reducción del 30% (de 5.441 en 2011 a 3.804 en 2012) de los inmigrantes que llegaron irregularmente (concretamente por medio de embarcaciones) a las costas españolas, una disminución que se amplía al 90% cuando se refiere al período 2006 - 2012 (de 39.180 en 2006 a 3.804 en 2012). Según informaciones del mismo departamento, esta tendencia a la baja se está manteniendo en 2013. Se conoce también por datos facilitados por el ministro Jorge Fernández Díaz durante el II Foro Parlamentario Hispano-Marroquí, que hasta el 30 de junio de 2013 llegaron de forma irregular a las costas españolas un total de 989 inmigrantes, mientras que en el mismo periodo del año anterior lo hicieron 1.475. No obstante, desde el pasado mes de septiembre se ha producido un incremento de los intentos de entrada ilegal en España procedentes de Marruecos mediante saltos de la valla, por pasos habilitados y con balsas de juguete[11].

Por lo que respecta al asilo, según informa CEAR[12], sólo el 1% de las solicitudes de asilo presentadas en la UE se realizaron en España. En 2013 España registró el tercer mayor incremento (75%, 4.485 demandas) de solicitudes de asilo de la Unión, aún así muy por detrás del aumento registrado en Hungría (un 777%, 18.895 peticiones), y en Bulgaria (un 416%, 7.145 solicitudes), y más cerca de los incrementos de Alemania (64%) e Italia (61%). El aumento de estas cifras reflejan en gran parte las peticiones derivadas de los conflictos en Siria y Mali. En cualquier caso, la tasa de reconocimiento en España (22%) está muy por debajo de la de otros países de la Unión, como Italia (64%), o de la media de la UE (34,5%).

### 2.2. La respuesta europea a la inmigración irregular, *securitaria* o humanitaria

Desde que en 1986 se estableció en la Unión Europea la libre circulación de personas, la construcción del denominado *espacio de libertad, seguridad y justicia* ha sido uno de los objetivos prioritarios de la organización comunitaria[13]. Su realiza-

---

en 2012. En esta fecha el número de extranjeros empieza a descender, previéndose que al finalizar 2014 la cifra se sitúe un poco por encima del 10%.

[10] *Balance 2012. Lucha contra la inmigración irregular*, Ministerio del Interior, 2013. http://www.inmigracionclandestina.eu/wp-content/uploads/2010/11/Balance-M.Interior-lucha-inmigración-irregular-2012.pdf

[11] Véase el Informe *Las fronteras cerradas matan. Balance Migratorio Frontera Sur 2013*, APDHA. http://www.inmigracionclandestina.eu/wp-content/uploads/2010/11/Balance-M.Interior-lucha-inmigración- irregular-2012.pdf

[12] *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2013*, CEAR, especialmente pp.69 y ss. http://cear.es/wp-content/uploads/2013/06/InformeCEAR_2013.pdf

[13] Más allá de sus antecedentes, la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia se basa en los programas de Tampere (1999-2004), La Haya (2004-2009) y Estocolmo (2010-2014). Emana del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece el "Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia".

ción se ha llevado a cabo -se está llevando a cabo- en ámbitos políticos que van desde la gestión de las fronteras exteriores de la UE, las políticas de inmigración y asilo, la cooperación judicial en materia civil y penal, hasta la cooperación policial y la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada (trata de seres humanos, tráfico de estupefacientes…)[14]. En este contexto la inmigración, y más específicamente la inmigración irregular, constituye uno de los temas centrales de la agenda comunitaria. De hecho, está incluido de manera relevante en el programa de Italia para los próximos seis meses, en los que ostentará la presidencia de turno de la UE. A modo preparatorio, en mayo, el denominado G6[15] celebró un encuentro en Barcelona para analizar, junto a los flujos migratorios irregulares, todos los temas que se vinculan con ellos. Y es que el tratamiento del fenómeno de la inmigración se vincula estrechamente con otros cuestiones fundamentales como el terrorismo, el crimen organizado, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales o el tráfico de seres humanos.

Pero ¿cuál es el enfoque con que la UE, y España en su estela, abordan el fenómeno de la inmigración irregular: como amenaza en sí misma, o como vehículo que en algunos casos puede ser utilizado por redes delictivas globales para llevar a cabo acciones realmente peligrosas para la seguridad de los ciudadanos y la estabilidad de los Estados? ¿Cómo encaja en este enfoque la construcción de "un modelo de seguridad basado en los principios y valores de la Unión: el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el Estado de Derecho, la democracia, el diálogo, la tolerancia, la transparencia y la solidaridad[16]"?

### *2.2.1. La respuesta securitaria: las Estrategias de Seguridad*

De la lectura de los documentos oficiales europeos se deduce que la Unión Europea y sus Estados miembros, cuando de políticas de inmigración se trata, buscan el equilibrio entre la protección de la seguridad de la región y de sus ciudadanos y el respeto a los derechos humanos que los instrumentos adoptados para obtener dicha protección ponen en peligro. Ahora bien, mientras que la protección de los derechos de los más débiles (los inmigrantes) la encontramos fundamentalmente en declara-

---

[14] La integración europea está llevando a cabo una auténtica reordenación del poder público, obviamente también lo relativo al control fronterizo; Del Valle Gálvez, A., "Control de fronteras y Unión Europea", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (núm.7, 2003), pp.67 y ss.

[15] El G6 es un grupo informal que reúne a los ministros de interior de los 6 países más poblados de la UE (Francia, Alemania, Italia, Polonia, España y el Reino Unido; nació en 2003 con 5 países -G5-, en 2006 se unió Polonia) para tratar temas de terrorismo, crimen organizado e inmigración irregular.

http://www.workpermit.com/news/2006_10_27/eu/eu_g6_immigration-terrorism_agreement.htm

[16] *Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea. Hacia un modelo europeo de seguridad*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2010, p.8. Esta Estrategia fue aprobada por el Consejo Europeo de los días 25 y 26 de marzo de 2010, y complementa la *Estrategia Europea de Seguridad*, adoptada en 2003, y dirigida a la dimensión exterior de la seguridad europea. Accesible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/QC3010313ESC.pdf

ciones bienintencionadas y en normas más bien abstractas, los instrumentos para el control migratorio son extremadamente meticulosos y, sin duda, más eficaces. El planteamiento sobre la inmigración es, a nivel europeo, un planteamiento *securitario* que adopta como accesorio, y en su caso prescindible, el enfoque de los derechos humanos.

### a. Las Estrategias de Seguridad de la Unión Europea

La *Estrategia Europea de Seguridad: una Europa segura en un mundo mejor* fue adoptada en 2003 y revisada en 2008. Como afirma Javier Solana en su presentación, "por primera vez la UE se ponía de acuerdo para realizar una evaluación conjunta de las amenazas y establecer objetivos comunes para promover sus intereses de seguridad partiendo de nuestros valores básicos"[17].

La *Estrategia* (en adelante EES) reconoce como principales amenazas para Europa el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, los conflictos regionales, la descomposición de los Estados y la delincuencia organizada. En el Informe de Aplicación de la EES (2008) se incorpora a aquella lista las ciberamenazas (la ciberseguridad), y se sugiere que otros ámbitos como la seguridad energética y el cambio climático sean cuestiones a tener muy presentes en el desarrollo posterior de la Estrategia. Cuando en ésta (y en el Informe de Aplicación) se menciona la inmigración irregular es para describirla como "reto", o para vincularla a la necesidad de un "mayor compromiso con nuestros vecinos"[18], pero en ningún caso se la relaciona directamente con los actos criminales que suponen el terrorismo o el tráfico de personas.

Debe destacarse, además, que la EES menciona repetidamente el necesario respeto a los derechos humanos, la necesidad de multilateralismo eficaz y la necesaria vinculación entre seguridad y desarrollo. Incluso se atreve a sugerir que existe una relación causal entre la explotación inescrupulosa de los recursos naturales (habitualmente en manos de los Estados más desarrollados) y la existencia de conflictos regionales[19].

Por su parte, la *Estrategia de Seguridad Interior* incluye como principales riesgos y amenazas para la seguridad europea el terrorismo, la delincuencia organizada y grave, el tráfico de drogas, la ciberdelincuencia, la trata de seres humanos, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, la delincuencia económica y la delincuencia transfronteriza. Para luchar contra ellos (y se añade como de pasada "además de

---

[17] Estrategia Europea de Seguridad. *Una Europa segura en un mundo mejor*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009. Documento accesible en:

http://www.ceipaz.org/base_datos.php?item=78&buscador=&autorSearch=

[18] Estrategia Europea de Seguridad, cit., p.23.

[19] "Cada vez existen más tensiones sobre el agua y las materias primas, que requieren soluciones multilaterales…. La transparencia de las industrias extractivas aportan un modelo innovador para hacer frente a este problema". *Estrategia Europea de Seguridad,* cit., p.19.

la lucha contra la inmigración ilegal") se establece, entre otras, la línea de acción denominada "Gestión integrada de fronteras"[20].

### b. La Estrategia de Seguridad Nacional

En España, a diferencia de la EES y de otras Estrategias europeas como la británica o la francesa, la Estrategia de Seguridad Nacional (ESN) incluye entre las amenazas a la seguridad del Estado los "flujos migratorios irregulares", argumentando de la siguiente manera:

> "Aunque los flujos migratorios son procesos que han tenido lugar en todos los momentos históricos, las dinámicas que han experimentado en las últimas décadas, así como su volumen los ha transformado en un fenómeno con implicaciones para la política de seguridad (…) En el caso español, el nuevo escenario migratorio se caracteriza por un menor número de llegadas, lo que ciertamente reduce los riesgos en el control fronterizo, pero no excluye por completo focos de conflictividad potencial en el interior del país. Así, la gravedad de la crisis económica y el empeoramiento de las condiciones de vida de diversos sectores de la población, pueden llevar a actitudes erróneas de rechazo contra la inmigración en general"[21].

Como veremos más tarde, la ESN justifica la inclusión de la inmigración irregular entre las amenazas a España porque con ella pueden aparecer situaciones de "inadaptabilidad" y de "conflictividad social", o dar lugar a la "creación de guetos urbanos". En último término, afirma la Estrategia, la propia "vulnerabilidad de los inmigrantes" les hace presa fácil para ser "instrumentalizados por organizaciones extremistas, violentas y terroristas". De ahí que, entre las "líneas de acción dirigidas a prevenir, controlar y ordenar los flujos migratorios", la ESN destaque la cooperación con los países de origen y tránsito migratorio (para favorecer su desarrollo, fomentar vías de inmigración legal y prevenir en origen la inmigración irregular), la lucha contra el crimen organizado (las redes de inmigración irregular y de tráfico de seres humanos, así como impedir que determinados grupos instrumentalicen o capten a inmigrantes para actividades ilícitas), o la promoción de la integración social con espacios de convivencia y apoyo para los inmigrantes más vulnerables.

---

[20] En la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo* titulada "La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura" (COM/2010/0673 final), se plantea lo siguiente: "En relación con la circulación de personas, la UE puede tratar la gestión de la migración y la lucha contra la delincuencia como objetivos gemelos de la estrategia de gestión integrada de las fronteras. Esta se basa en tres aspectos estratégicos:

- un mayor uso de las nuevas tecnologías en los controles fronterizos (segunda generación del Sistema de Información de Schengen (SIS II), Sistema de Información de Visados (VIS), sistema de entrada/salida y programa de registro de pasajeros);

- un mayor uso de las nuevas tecnologías en la vigilancia de fronteras (Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras, EUROSUR) con el apoyo de los servicios de seguridad GMES y la creación gradual de un entorno común de intercambio de información sobre cuestiones marítimas de la UE[25]; y

- una mayor coordinación de los Estados miembros a través de Frontex".

Puede consultarse en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52010DC0673

[21] *Estrategia de Seguridad Nacional,* cit., p.32.

Sin embargo, y como se subrayará más tarde, de estas líneas de acción (principalmente "protectoras" del inmigrante) se deduciría que la inmigración irregular es una consecuencia -una víctima y un instrumento- de otras causas más amenazantes y peligrosas, y que su incorporación en la ESN como amenaza en sí misma no encaja muy bien en la naturaleza intrínsecamente dañina de otros fenómenos como el terrorismo, los conflictos armados o las ciberamenazas.

### *2.2.2. El reflejo en las "políticas de inmigración"*

Esta falta de encaje es en realidad un espejismo, y tiene que ver más con el doble lenguaje que sufre la reivindicación de la garantía de los derechos fundamentales de las personas, que con la mirada real con que Europa enfoca los flujos migratorios irregulares (y también los regulares). Los actos normativos (tanto a nivel europeo como al de los Estados miembros) contra la inmigración irregular, y el blindaje físico de la frontera, así lo demuestran.

Así, por ejemplo, uno de los dos actos legislativos europeos fundamentales para luchar contra la migración irregular, la llamada *Directiva de retorno*[22], amplía el plazo de internamiento por estancia irregular hasta 18 meses sin un plazo tasado para la intervención judicial, apuesta por la privación de libertad como eje central de su política, limita los derechos de los extranjeros en los procedimientos de retorno y permite la aplicación de esta norma restrictiva a los menores de edad. Y si repasamos las normativas de extranjería de los Estados miembros comprobaremos que su contenido, cada vez más inclinado hacia el Derecho de excepción, pugna frontalmente con el reconocimiento y protección que los tratados internacionales y las propias constituciones hacen de los derechos y libertades de las personas[23].

Por lo que respecta al blindaje físico de la frontera, según un *Informe* reciente de Amnistía Internacional, la Unión Europea se gastó entre 2007 y 2013 cerca de 2.000 millones de euros en blindar sus fronteras, casi tres veces más que lo que empleó en políticas para proteger a refugiados y solicitantes de asilo, 700 millones en el mismo

[22] Directiva 2008/115/CE). Contempla normas y procedimientos comunes de la UE para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. El primer informe sobre su aplicación, adoptado en marzo de 2014, ha señalado que los principales aspectos en los que se deberían adoptar más medidas son, entre otros, velar por su correcta aplicación, fomentar prácticas coherentes y compatibles con los derechos fundamentales, mejorar la cooperación entre los Estados miembros y reforzar el papel de Frontex. Véase al respecto, Nieto García, L.C., "Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno", *Papeles*, núm.104, 2008/9, pp.39-56. El otro acto legislativo comunitario fundamental sobre inmigración es la Directiva 2009/52/CE, que especifica las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores que no respeten la prohibición del empleo de nacionales de terceros países en situación irregular.

[23] Nieto García, L.C., "Derechos humanos e inmigración…", *op.cit.*, pp.42-43.

periodo[24]. Como estrategia nacional para la vigilancia fronteriza se ha optado, al igual que en Estados Unidos, por la "prevención por medio de la disuasión"[25].

Ese doble lenguaje -protegemos los derechos pero nuestra prioridad, a su pesar, es la seguridad- está también presente en España. Como veremos enseguida, la normativa "excepcionaliza" y criminaliza al inmigrante en situación irregular y, a pesar de las buenas palabras del Ministerio del Interior, no existe "una política de integración bidireccional basada en el reconocimiento de mismos derechos, mismas obligaciones, con especial atención a los colectivos más vulnerables", ni se respeta "la asistencia sanitaria en caso de urgencia a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa"[26].

## 3. ¿MERECE LA INMIGRACIÓN SER TRATADA COMO AMENAZA?

En la *Estrategia de Seguridad Nacional* la "amenaza" de los "flujos migratorios irregulares" comparte protagonismo con los conflictos armados, el terrorismo, las ciberamenazas, la inestabilidad económica y financiera, la vulnerabilidad energética, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje… ¿Por qué se incluye la inmigración irregular en esta lista de pesadillas? ¿No resulta esa equiparación exagerada? ¿No supone una priorización desproporcionada de los aspectos securitarios respecto de los humanitarios y de protección de los derechos humanos?

Como vimos en un punto anterior, la ESN justifica la inclusión de la inmigración entre las amenazas a España porque con ella pueden aparecer situaciones de "inadaptabilidad" y de "conflictividad social", o dar lugar a la "creación de guetos urbanos". También por la propia "vulnerabilidad de los inmigrantes" que pueden ser "instrumentalizados por organizaciones extremistas, violentas y terroristas".

Resulta obvio que es obligación de los poderes públicos evitar cualquier tipo de criminalidad y conflictividad social. Cualquier daño social y humano debe ser, en la medida de los posible, prevenido. De producirse, debe ser abordado y, con arreglo a la ley, resuelto. Sin embargo, de igual manera que el urbanismo ilegal se puede vincular con la corrupción política, la inestabilidad económica y el ataque al medio ambiente (y no por ello se califica como amenaza), la posible relación que pueda existir entre flujos migratorios irregulares con el debilitamiento de la cohesión social, los guetos urbanos, la explotación laboral o la trata de personas, no puede conducir a equiparar esos flujos con riesgos y peligros como el terrorismo o las armas de destrucción masiva, cuya naturaleza es bien distinta. Establecer una relación causal y lineal (matizada pero clara y directa) entre inmigración irregular,

[24] *El coste humano de la fortaleza Europa. Violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas*, Amnistía Internacional, 2014.

[25] Perelló Carrascosa, I., "La política migratoria de los Estados Unidos y la detención y deportación de inmigrantes como industria", *Revista Migrantes* (Año XIX, julio - septiembre 2013), p.11.

[26] *Informe Anual de Políticas de Inmigración y Asilo*, EMN (Red Europea de Inmigración) - Gobierno de España, 2013, p.7. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/redeuropeamigracion/Informe_Anual_Politicas_Inmigracion_Asilo/Informe_Anual_de_Polxticas_de_Inmigracixn_y_Asilo_2012_ES.pdf

falta de recursos económicos, "credos intolerantes", repliegue identitario, delincuencia, radicalización extremista y terrorismo, y decidir preventivamente que la inmigración irregular es una amenaza a la seguridad porque, todavía hoy no pero quizás en su momento, puede llegar el caso de que (por su mala gestión política) dé lugar a conflictos sociales profundos…; establecer esa relación supone optar por un proceso de relaciones de exclusión y de poder basado en la construcción social de amenazas, estereotipos y políticas de seguridad que poco o nada tienen que ver con el fenómeno en cuestión[27]. En este sentido, debe subrayarse que no cabe incumplir las normas jurídicas obligatorias (constitucionales y de Derecho internacional) que garantizan los derechos de las personas, escudándose en temores primarios hacia el Otro, hacia "quien apenas conocemos -y no nos interesa conocer mejor-, pese a lo cual le creemos decidido a acabar con nuestra identidad, con esos rasgos -lengua, religión- que nos marcan como grupo"[28].

Por lo demás, no se niega que la debilidad intrínseca de quienes salen de su país con pocos recursos y buscando desesperadamente una vida mejor puede ser aprovechada por la delincuencia organizada alrededor del tráfico de personas[29] y de estupefacientes del contrabando de armas, así como del terrorismo internacional. Pero en estos casos, habrá de ser estas redes delictivas las consideradas como amenazas para la seguridad, pero nunca el fenómeno inevitable -los movimientos de personas provocados por el hambre, la persecución y las guerras- que coloca a los ciudadanos de otros países en la difícil tesitura de abandonar su entorno y buscar otro mejor.

## 4. LOS DERECHOS AFECTADOS POR EL ENFOQUE SECURITARIO

No está claro que la tragedia que el 3 de octubre de 2013 costó la vida a más de 360 personas junto a la isla italiana de Lampedusa, cuando zozobró un barco con

[27] La debilidad del argumento expuesto por la ESN es sorprendente: "El carácter plural y abierto de la sociedad española ha tenido su mejor expresión en la acogida que los inmigrantes han tenido en nuestro país. La tónica positiva general, sin embargo, no puede minimizar el riesgo de la aparición de minorías que fomenten una percepción negativa de la inmigración. Inversamente, la severidad de la crisis puede generar frustración entre los propios inmigrantes, quienes por incumplimiento de sus expectativas laborales, falta de acceso a servicios o sentimientos de exclusión social, pueden verse tentados por el llamado "repliegue identitario" que dificulta su integración". *Estrategia de Seguridad Nacional,* cit., p.33.

[28] Álvarez Junco, J. "El temor al Maligno", *El País*, 9 de junio de 2014. http://elpais.com/elpais/2014/06/05/opinion/1401961892_180463.html

Los populismos han repetido y repiten el mismo esquema. Tanto el UKIP británico de Nigel Farage como el Frente Nacional de Le Pen en Francia, el PPV del holandés Geert Wilders, el Partido Popular Danés o los Verdaderos Finlandeses, coinciden en cultivar el miedo a los inmigrantes como amenaza para "nuestra forma de ser".

[29] En abril de 2013, la Comisión publicó el primer informe estadístico sobre trata de seres humanos en la UE45. Se identificaron 23.632 personas víctimas identificadas o presuntas víctimas de la trata en la UE durante el periodo 2008-2010; 80 % de las víctimas eran mujeres y niñas y un 20 % hombres y niños. El primer objetivo de la explotación era en la mayoría de los casos la explotación sexual (62 %), seguido de los trabajos forzosos (25%) y otras formas de tráfico como la extirpación de órganos, las actividades delictivas o la venta de niños (14%). *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. V Informe Anual de Migración y Asilo (2013),* cit.

más de 500 inmigrantes a bordo, haya significado mucho más que un hito trágico en la historia de la inmigración y el asilo en Europa[30]. Lo que sí parece demostrado es que tanto en la UE como en España los flujos migratorios irregulares se han planteado (y se siguen planteando tras la tragedia) como un tema de seguridad, no como un tema de derechos humanos. El resultado de esta política de *securitización* se refleja en normas restrictivas de los derechos y criminalizadoras de los inmigrantes, supone la atribución de más poder y menos controlado a los cuerpos y fuerzas de seguridad, y conduce muchas veces a actuaciones ilegales, crueles y desproporcionadas.

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes se produce en muy diferentes ámbitos: en la huida de la persecución por motivos políticos o religiosos, en el cruce de fronteras[31], entre los menores no acompañados, en las condiciones de los centros de detención, en la preceptiva intervención del juez para llevar a cabo determinados procedimientos que tienen como consecuencia la devolución o expulsión, en la represión policial en frontera. El mismo derecho a la vida, el derecho a solicitar asilo[32], el derecho a ser socorrido en circunstancias extremas, los

[30] No era un accidente aislado, hay decenas de casos de muertos y desaparecidos a lo largo del Mediterráneo. Desde agosto de 2012 se estima que han desparecido en el Egeo, entre Turquía y Grecia, al menos 210 personas, entre ellas niños y niñas, la mayoría de las cuales huían de la situación de conflicto en Siria y Afganistán. Se calcula que en 2013 llegaron a Europa por mar 40.000 personas de las que al menos 600 se cree que perdieron la vida en su intento de alcanzar las costas de la UE. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. V Informe Anual de Migración y Asilo (2013),* cit. He aquí la reacción institucional europea: El Consejo JAI del 7-8 de octubre instó a una acción rápida y propuso el establecimiento de un Grupo de Trabajo con el objetivo de fijar una serie de medidas operativas para reforzar, en particular, el control de los flujos migratorios en el Mediterráneo central. La Comisión, por su parte, acogió la propuesta de Italia de crear un Grupo de Trabajo para el Mediterráneo ("Task Force Mediterráneo"). En estos últimos meses el Grupo de Trabajo (en el que participan los 28 EM) ha identificado 38 medidas complementarias y que abarcan las diferentes facetas de la lucha contra la inmigración ilegal. Las medidas concretas que se han puesto sobre la mesa están recogidas en cinco capítulos: Medidas de cooperación con terceros países. Protección regional, reasentamiento y vías legales para acceder a Europa. Lucha contra la trata de seres humanos, el contrabando y la delincuencia organizada. Asistencia y solidaridad. Vigilancia fronteriza para ayudar a salvar vidas. Véase Martínez Almeida, M., "El control de la inmigración ilegal en la frontera exterior del Mediterráneo Central", *ARI* 8/2014, 10 de febrero de 2014.

[31] La externalización de los controles migratorios que caracteriza a la política europea de inmigración y asilo consiste en hacer que terceros estados se hagan cargo de la gestión de los migrantes que supuestamente quieren llegar a Europa de manera irregular. Esto aumenta los riesgos de violación de los derechos fundamentales de los migrantes: por una parte porque aleja de la mirada de la opinión pública europea de actos como el sabotaje de barcos con inmigrantes realizados por los guardacostas en alta mar, o las expulsiones masivas llevadas a cabo en la frontera argelino-marroquí. Y por otra parte, esta subcontratación de los controles migratorios a funcionarios de estados que no se ciñen a las mismas obligaciones evita a la UE tener que responder por el incumplimiento de esos derechos protegidos por tratados internacionales. Por ejemplo, la violencia que ejercieron los guardias fronterizos marroquíes durante los asaltos de migrantes contra las fronteras de Ceuta y Melilla, que en los últimos años han provocado varios fallecidos, no han dado lugar a ninguna investigación judicial.

[32] Para consultarlos Informes de CEAR: http://www.cear.es/publicaciones-elaboradas-por-cear/informe-anual-de-cear

derechos del niño[33], la garantía de la libertad personal[34], el derecho a no ser sometidos a torturas, tratos inhumanos y degradantes, el derecho al debido proceso[35], a la investigación judicial de los actos vulneradores la dignidad de las personas… Estos y otros derechos son víctimas del enfoque prioritariamente securitario del tratamiento de la inmigración irregular.

Un ejemplo de esa relación causal son las denominadas "expulsiones en caliente". Recientemente, un nutrido grupo de profesores de Derecho ha presentado el Informe *Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la ley*[36]. Se trata de un documento que desmiente de forma categórica los argumentos del gobierno de España que tratan de justificar la entrega a la policía marroquí de inmigrantes que ya están en territorio español, sin cumplir el procedimiento legalmente establecido. Por el contrario, el Informe demuestra que el Estado está actuando sistemáticamente al margen de la ley:

— Las expulsiones por vía de hecho, ajenas al procedimiento establecido, vulneran la legislación de extranjería y los derechos fundamentales de asistencia jurídica y de intérprete que protegen al extranjero.

— El concepto "operativo" de frontera defendido por el Ministerio (una hipotética frontera constituida por la línea formada por agentes de la Guardia Civil en una playa española o por la valla interior en las ciudades de Ceuta y Melilla en las zonas de doble valla) es útil para la ejecución por la vía de hecho, pero es inadmisible jurídicamente.

— Los extranjeros que hayan entrado clandestinamente por un puesto no habilitado no pueden ser devueltos, sino que deben ser sometidos al procedimiento de expulsión, con las garantías inherentes al mismo.

— Un acuerdo entre Estados no puede dar cobertura a actuaciones ilegales. Es decir, el Acuerdo hispano-marroquí de readmisión en ningún caso puede ser un título jurídico que permita excepcionar a las autoridades administrativas los procedimientos establecidos en la legislación de extranjería, a saber, ni "expulsiones en caliente" ni devoluciones cuando procedan expulsiones.

---

[33] "Los menores no acompañados forman un colectivo vulnerable al que siguió prestándosele mucha atención en 2013, centrándose por igual en los que solicitaban asilo y en los que no lo hacen. En septiembre de 2013, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, urgiendo a la Comisión y a los Estados miembros a que incrementaran sus esfuerzos para proteger a este grupo vulnerable". *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo. V Informe Anual de Migración y Asilo (2013),* cit.

[34] Pueden consultarse las *Conclusiones preliminares de la Comisión de Derechos Humanos que ha visitado Melilla entre el 3 y el 6 de Julio de 2014.* Documento en: http://ciesno.wordpress.com/2014/07/07/conclusiones-preliminares-de-la-comision-de-derechos-humanos- que-ha-visitado-melilla-entre-el-3-y-el-6-de-junio-de-2014/

[35] Véase nota 31.

[36] El documento puede consultarse aquí:
http://www.sancarlosborromeo.org/docs/EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE%202014.pdf

— Las "expulsiones en caliente" son incompatibles con nuestro derecho interno, pero no solo. También resultan contrarias a la normativa comunitaria y al derecho internacional de los derechos humanos. Dotarlas de cobertura legal, una intención reiterada por el Ministerio del Interior, es inviable.

— Los agentes que ejecutan este tipo de expulsiones no están amparados por el principio de obediencia debida, y pueden incurrir en la comisión de delitos (coacciones, delito cometido por funcionario público contra derechos fundamentales, obstaculización de asistencia de abogado, prevaricación…).

## 5. CONCLUSIÓN

Hace unos años Ferrajoli nos advertía que los fenómenos migratorios y el hecho de la globalización nos informan que caminamos hacia una nueva integración mundial. Que ésta "se produzca bajo la enseña de la opresión o de la violencia o por el contrario de la democracia y de la igualdad va a depender también del derecho", apuntaba el jurista italiano. Y concluía que si optamos por lo segundo - democracia e igualdad- debe evitarse la quiebra del universalismo normativo que exigimos a los derechos fundamentales, no negarlo precisamente en el momento en el que es puesto a prueba[37].

Sin embargo, contrariamente a esta opción, en los últimos años tanto el Estado español como la Unión Europea han desarrollado políticas de inmigración que se alejan del Estado de Derecho y se acercan al Estado de excepción. La crisis económica y criterios de seguridad han justificado así el deterioro de uno de los grandes valores europeos, la protección indiscutible dentro de sus fronteras de los derechos fundamentales de las personas. Ello, en vez de denunciar las causas de la inmigración, de las que en buena medida somos responsables o, más jurídicamente, el incumplimiento de nuestra Constitución, nuestras leyes y las leyes internacionales en la aplicación de la política migratoria.

El fenómeno migratorio debe abordarse sin necesidad de considerar como una amenaza para la seguridad precisamente a quienes son víctimas de conflictos armados, de persecución o, lo más común, víctimas de la globalización de los mercados financieros y sus mercancías. La respuesta debe ser ofrecida desde la responsabilidad y el Derecho Internacional, dando protagonismo al enfoque de la "seguridad" sólo cuando existan riesgos ciertos o casos concretos de inadaptabilidad, de guetos, de conflictividad social, o de presencia de organizaciones delictivas.

Mientras la mirada a la inmigración de España y Europa se haga con el enfoque prioritario de la seguridad seguiremos vulnerando masivamente los derechos de las personas. El trato al Otro, al diferente, siempre ha constituido una prueba defi-

[37] Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid, Trotta, 2002.

nitiva de los valores que sostienen a una civilización y del sistema normativo en que cristaliza, y Europa no está dando la talla.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ JUNCO, J. "El temor al Maligno", *El País*, 9 de junio de 2014. http://elpais.com/elpais/2014/06/05/opinion/1401961892_180463.html

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El coste humano de la fortaleza Europa. Violaciones de derechos humanos cometidas en las fronteras de Europa contra personas migrantes y refugiadas*, 2014.

ARTEAGA, F., "Hoja de ruta para una Estrategia de Seguridad Nacional española", *ARI* 112, 2008.

BAUMAN, Z., *Europa, una aventura inacabada*, Buenos Aires, Losada, 2009.

BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1998.

DEL VALLE GÁLVEZ, A., "Control de fronteras y Unión Europea", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (núm.7, 2003), pp.67-92.

CARDONA RUBERT, B. Y SALCEDO BELTRÁN, C., "Gobierno y Carta Social Europea: por las buenas o por las malas", *Alrevésyalderecho*, 17 de febrero de 2014. http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?p=2574

CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2014*. http://www.cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Resumen-Ejecutivo-Informe-2014-de-CEAR.pdf

DE LUCAS, J., "Inmigrantes. Del Estado de excepción al Estado de Derecho", Oñati Socio-Legal Series, v.1, núm.3 (2011), pp.1-14.

ENSEÑAT BEREA, A., "El concepto de seguridad nacional en las estrategias de seguridad nacional", *Los nuevos paradigmas de la seguridad,* CITpax, diciembre 2009, pp.9-20.

INNERARITY, D., SOLANA, J. (eds.), *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*, Barcelona, Paidós, 2011.

LÓPEZ SALA. A.M., "El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular", *Arbor*, CLXXXI 713 , mayo-junio 2005, pp.27-39

MARTÍNEZ ALMEIDA, M., "El control de la inmigración ilegal en la frontera exterior del Mediterráneo Central", *ARI* 8/2014, 10 de febrero de 2014.

NIETO GARCÍA, L.C., "Derechos humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno", *Papeles*, núm.104, 2008/9, pp.39-56.

PERELLÓ CARRASCOSA, I., "La política migratoria de los Estados Unidos y la detención y deportación de inmigrantes como industria", *Revista Migrantes* (Año XIX, julio-septiembre 2013), pp.11-21.

RINKEN, S., "La evolución de las actitudes ante la inmigración en tiempos de crisis económica: un análisis cualitativo", *Anuario de la inmigración en España, 2011. La hora de la integración* (Ed. Eliseo Aja), pp.24-47.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A., "La diversidad cultural y la seguridad pública", en CASTRO JOVER, A., *Interculturalidad y Derecho,* Madrid, Thomsom Reuters Aranzadi, 2013, pp.217-242.

# LA DELIMITACIÓN ENTRE LA PESC Y EL RESTO DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE: MIGRACIÓN Y SEGURIDAD EN EL MARCO DE LA "PRIMAVERA ÁRABE"

Paula García Andrade

*Profesora Colaboradora Asistente del Área de*
*Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*
*Facultad de Derecho (ICADE)*
*Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las revueltas árabes que se iniciaron en 2011 en el Norte de África, dando lugar a la denominada "Primavera árabe", han tenido y tienen importantes consecuencias migratorias. La falta de seguridad provocada por la inestabilidad política, social y económica, así como por las tensiones y conflictos violentos que se han ido sucediendo en países como Túnez, Egipto, Libia o Siria originan intensos desplazamientos de migrantes y solicitantes de protección internacional hacia otros países de la región, incluidos los Estados miembros del sur de la Unión Europea. Si bien no se ha producido con carácter general un incremento incontrolado de los flujos migratorios, salvo en el caso de los conflictos armados y las consiguientes crisis humanitarias que han tenido lugar en Libia y Siria y cuyos efectos siguen siendo visibles[1], la relevancia de

[1] Fernández García, B., "Riesgos sociodemográficos", capítulo segundo en *Las revueltas árabes en el Norte de África: Implicaciones para la Unión Europea y para España*, Documentos de Seguridad y Defensa, 59, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 29-59. Véanse los datos aportados por FRONTEX, "General Report 2013", http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Annual_report/2013/General_Report_EN.pdf (u.a. 24.07.2014), en especial p. 54, donde se destaca el aumento en las llegadas de nacionales sirios en las rutas del Mediterráneo Oriental y Central y un constante flujo de migrantes cruzando el Mediterráneo con origen en el Norte de África (Libia y Egipto, principalmente).

las repercusiones migratorias de la "Primavera árabe" se relaciona especialmente con las vinculaciones entre migración y seguridad que pone de manifiesto.

Así, mientras la falta de seguridad derivada de la inestabilidad política y las situaciones de conflicto es una de las causas del repunte de los movimientos de personas hacia la UE, cuya tendencia a la baja venía observándose en los años precedentes, la propia dinámica y, en especial, el volumen de los flujos migratorios irregulares, así como el crimen organizado relacionado con el movimiento de personas son concebidos en los Estados miembros de la UE como una amenaza a su seguridad[2], sin olvidar los retos que plantea la inmigración irregular por mar para la vulnerabilidad de los espacios marítimos[3].

Estas vinculaciones entre migración y seguridad explican que la reacción de la UE a las repercusiones migratorias de la "Primavera árabe" no se haya limitado a los instrumentos propios de la dimensión exterior de la política migratoria europea, parte integrante de la acción exterior de la UE, sino que también hayan recibido la atención de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y, en particular incluso, de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD). Ahora bien, esta duplicidad de tratamiento en el seno de las relaciones exteriores de la UE puede resultar problemática. La necesaria unidad en la representación internacional de la UE, la coherencia de su actuación exterior, la coordinación institucional entre quienes deben asegurarla y la garantía de no afectación mutua que ha de presidir las relaciones entre estos dos pilares centrales de las relaciones exteriores de la UE pueden ser así puestas a prueba en el marco de las respuestas aportadas por la Unión a las consecuencias migratorias de las revueltas en el Norte de África.

Dedicaremos, por ello, el presente trabajo al análisis de las vinculaciones entre la PESC y la acción exterior de la UE en materia migratoria, marcos de actuación que responden a lógicas bien diferentes, intergubernamental y supranacional, respectivamente. Abordaremos en un primer momento, por tanto, la demarcación jurídico-institucional entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE. A continuación, descenderemos a la práctica con el fin de identificar y presentar sintéticamente las respuestas dadas por la UE a las repercusiones migratorias de la "Primavera árabe", centrándonos en examinar, de manera más concreta, dos ejemplos de interacción o solapamiento entre estos dos ámbitos de actuación exterior de la UE.

---

[2] Véase Consejo Europeo, "Estrategia Europea de Seguridad", 12.12.2003, revisada en 2008 tras el Informe "Ofrecer seguridad en un mundo en evolución", así como Presidencia del Gobierno de España, Departamento de Seguridad Nacional, "Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido", mayo 2013, http://www.defensa.gob.es/Galerias/politica/seguridad-defensa/ficheros/DGL-2013-EstrategiaSeguridad-3105.pdf (u.a. 24.07.2014).

[3] La Estrategia de Seguridad Nacional (pp. 32-33) insiste en que la migración representa también un reto para la seguridad por lo que respecta a cuestiones de integración social.

## 2. LA PESC Y EL RESTO DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE: DOS MODOS DE RELACIONARSE CON EL EXTERIOR

"*La distinction entre Relations extérieures de la Communauté Européenne et politique étrangère a toujours été une fiction. Les relations avec un État tiers ou une partie du Monde commandent une vision globale*»[4]. En efecto, la distinción entre la PESC y el resto de la acción exterior de la actual UE es artificial en la práctica al no responder a la realidad de las cosas, pero de todo punto lógica en el plano teórico, pues resultaba necesario diferenciar claramente entre el método de la integración comunitaria y una forma de cooperación intergubernamental más cercana a la concertación entre Estados[5]. En la actualidad, esta ficción de las que nos hablaba J.V. LOUIS en 1993, con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, sigue caracterizando a la actual UE. Eliminada formalmente la estructura en pilares, la PESC continúa rigiéndose por "*reglas y procedimientos específicos*"[6], conservando así importantes rasgos intergubernamentales, mientras la restante acción exterior de la UE se amplía a nuevos ámbitos de su espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) como la cooperación policial y judicial penal[7].

Para comenzar, la diferenciación material o sustantiva entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE no resulta sencilla. Las reformas de los Tratados han centrado más su atención en los aspectos institucionales y procedimentales de la PESC, despreocupándose de precisar mejor los contenidos sustantivos de la política, lo que impide delimitar con claridad los ámbitos de actuación de la UE en el marco de la PESC. Esta operación es, como indica LIÑÁN NOGUERAS, doble[8]: en un sentido negativo, no forman parte de la PESC aquellos ámbitos de acción exterior en que la Unión ha recibido competencias en el TFUE - la antigua "acción exterior comunitaria" que incluye fundamentalmente ámbitos económicos y la dimensión exterior del ELSJ - y, en un sentido positivo, la PESC abarca "*todos los ámbitos de la política exterior y todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión, incluida la definición progresiva de una política común de defensa que podrá conducir a una defensa común*"[9], estableciendo el TUE procedimientos para su identificación concreta[10].

---

[4] Louis, J.-V., "L'héritage communautaire et le nouveau Traité sur l'Union européenne", en VV.AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 1039.

[5] Véase Liñán Nogueras, D.J., "La acción exterior de la Unión: las relaciones exteriores (I)", capítulo 23 en Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014, p. 519.

[6] Art. 24.1, segundo párrafo, TUE.

[7] Capítulos 4 y 5 del Título V del TFUE.

[8] Véase Liñán Nogueras, D.J., "La acción exterior de la Unión: la Política Exterior y de Seguridad Común", capítulo 25 en Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014, pp. 570-571.

[9] Art. 24.1 TUE.

[10] Véanse los art. 24.1 y 2 y 26.1 TUE.

Si bien la mera distinción entre lo supranacional y lo intergubernamental puede no obedecer a la realidad de sus conexiones mutuas[11], siguen advirtiéndose, tras la última reforma de los Tratados, claras diferencias en cuanto a los métodos y procedimientos decisorios entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE[12]. Sin poder entrar en mayor detalle, baste mencionar como rasgos sobresalientes de la PESC la excepción al (cuasi)monopolio de iniciativa de la Comisión; la concentración del poder en manos del Consejo que debe decidir, en la mayoría de los casos, por unanimidad[13]; el papel limitado del Parlamento Europeo frente al incremento de su poder en el resto de la acción exterior[14]; la exclusión de la adopción de actos legislativos en la PESC[15]; las limitadas competencias del TJUE[16] o la no aplicación - no exenta de controversias - de los principios de primacía y efecto directo de los actos de la PESC sobre el Derecho interno[17].

Hallamos asimismo importantes divergencias por lo que respecta a la cuestión competencial, si bien cabe afirmar que ambas comparten la misma dosis de complejidad. Por un lado, las competencias externas de la UE para desarrollar la acción exterior distinta de la PESC dependen de la interpretación de los art. 216.1 y 3.2 TFUE, los cuales, intentando codificar, con poco acierto a nuestro entender, la jurisprudencia del TJ, regulan su existencia y su naturaleza en relación con los poderes externos de los Estados miembros, respectivamente[18]. El alcance de dichas competencias externas

[11] Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, WESSEL afirmaba que "*the classic distinction supranational versus intergovernmental does not do justice to the close connections between the pillars on the basis of the 'unity of institutions' and to the clear Brusselization of CFSP*": Wessel, R., "The Dynamics of the European Union Legal Order: An Increasingly Coherent Framework of Action and Interpretation", *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, p. 128.

[12] Para un excelente análisis de la configuración jurídica de la PESC y su evolución anterior al Tratado de Lisboa, véase Gosalbo Bono, R., "Some reflections on the CFSP legal order", *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 337-394.

[13] Aunque el recurso al voto no sea muy habitual y las decisiones suelan ser adoptadas de mutuo acuerdo ya incluso en los órganos preparatorios del Consejo: Wessel, R., "The Dynamics of the European Union Legal Order…", *op. cit*., p. 124.

[14] En especial, por lo que se refiere a la conclusión de acuerdos internacionales. Véase el art. 218.6 TFUE.

[15] Art. 24.1, segundo párrafo, y 31.1 TUE.

[16] Art. 275 TFUE.

[17] Véase Cremona, M., "A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitutional Treaty", *EUI Working Papers Law 2006/30,* pp. 17-18. EECKHOUT considera que la exclusión de la adopción de actos legislativos en la PESC implica que los actos de la PESC no gozan de efecto directo ni de primacía sobre el Derecho nacional, al no poder constituir actos normativos generales que produzcan efectos jurídicos respecto de terceros: Eeckhout, P., *EU External Relations Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 482.

[18] Hemos profundizado en el estudio de las competencias externas en general y de su aplicación a la política migratoria en particular en García Andrade, P., *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria: un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

viene a completarse con las bases jurídicas que, expresa o implícitamente, posibilitan una actuación exterior[19].

La competencia de la UE en la PESC, por otro lado, provoca dudas en cuanto a su propio carácter. Aunque la regulación jurídico-procedimental contenida en el Título V del TUE no parece corresponderse, a diferencia del resto de la acción exterior, con la transferencia del ejercicio de poderes estatales soberanos[20], el Derecho Originario y, en particular, los art. 24.1 TUE y 2.4 TFUE, afirman claramente que la PESC se corresponde con una competencia atribuida a la UE. Con el fin de categorizar dicha competencia según su naturaleza, procede destacar que los autores del Tratado decidieron no calificar la competencia PESC como compartida, probablemente porque éstas son definidas por la aplicación del principio de *preemption*[21]. Por ello, entendemos con CREMONA que nos hallamos ante una competencia compartida especial[22], en la que dicho principio no rige[23]. Así podría haberse especificado en el Tratado, incluyendo la competencia de PESC en el art. 4, del mismo modo que éste hace referencia a otros poderes de la UE como la cooperación al desarrollo o la ayuda humanitaria.

Ahora bien, la PESC y el resto de la acción exterior de la UE hallan también puntos de conexión, elementos de unidad que, principalmente desde la reforma de Lisboa, intentan dar cohesión al conjunto de las relaciones exteriores de la UE[24]. Es el caso de los valores que la UE ha de promover "en sus relaciones con el resto del mundo"[25]; los principios y objetivos que debe respetar y perseguir en todos los ámbitos de las relaciones internacionales[26]; la regulación conjunta del procedimiento de celebración de acuerdos internacionales en el art. 218 TFUE[27]; la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (en adelante, ARUAEPS) y el nuevo Servicio de Acción Exterior (en adelante, SEAE)[28]; la personalidad jurídica in-

[19] Véase la Quinta Parte del TFUE, además de la dimensión exterior de otras políticas internas, como es el caso de la política migratoria.

[20] En este sentido, véanse las Declaraciones nº 13 y 14 al Tratado de Lisboa sobre la PESC.

[21] Eeckhout, P., *EU External..., op. cit.,* p. 171. La definición que da el Tratado de las competencias compartidas - al igual que de las exclusivas - incluye la adopción de actos legislativos. Este extremo queda descartado específicamente para la PESC por el art. 24.1, párrafo segundo, TUE.

[22] Véase Louis, J.-V., "Las competencias de la Unión Europea (II)", en Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 502.

[23] Cremona, M., "Constitutional external action...", *op. cit*., p. 17.

[24] WESSEL argumentaba que el propio desarrollo del ordenamiento jurídico de la UE allanó el camino para la unificación de la CE y la UE que propició el Tratado de Lisboa: Wessel, R., "The Dynamics of the European Union Legal Order…", *op. cit*., p. 119.

[25] Art. 3.5 TUE.

[26] Art. 21.3 TUE. Al formular y llevar a cabo tanto la PESC como las políticas propiamente externas de la UE y los aspectos exteriores de las demás políticas.

[27] Aunque se trate únicamente de regulación conjunta, y no de reglas comunes. Los acuerdos internacionales referidos exclusiva o principalmente a la PESC presentan reglas especiales por lo que se refiere al poder de iniciativa que corresponde al ARUAEPS o la no intervención del Parlamento Europeo.

[28] Art. 18 y 27.3 TUE, así como la Decisión del Consejo, de 26 de julio de 2010, por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior, DO L 201, 3.8.2010, p. 30.

ternacional única con que cuenta la Unión[29] o la extensión del deber de cooperación leal del art. 4.3 TUE a toda la acción exterior de la UE, reforzado específicamente por lo que respecta a la PESC[30]. Además, lo que resulta especialmente relevante a efectos de la unidad de la acción exterior es, sin duda, la exigencia de coherencia "*entre los distintos ámbitos de su acción exterior y entre éstos y sus demás políticas*"[31], exigencia sometida, desde la reforma de Lisboa, al control del TJUE[32].

La garantía del deber de coherencia corresponde, según el Derecho Originario, al Consejo y a la Comisión[33]. En el seno del primero, la tarea de asegurarla recae principalmente en el Consejo de Asuntos Exteriores[34], además de la responsabilidad con que cuenta el COREPER al respecto[35]. En la Comisión, cabe considerar que la garantía de la coherencia reside en el ARUAEPS, por cuanto ocupa la antigua cartera del Comisario de Relaciones Exteriores y es Vicepresidente de la institución, encargándose como tal de la coordinación de todos los aspectos de la acción exterior de la Unión[36]. En su calidad de Alto Representante y presidente de la formación de asuntos exteriores del Consejo, completa así la labor de asistencia en la garantía de la coherencia que le atribuyen expresamente los Tratados[37]. El SEAE, bajo la autoridad del ARUAEPS, remata el marco institucional que ha de velar por el cumplimiento de este deber[38].

La importancia de la coherencia en las relaciones exteriores de la UE se revela especialmente también por lo que respecta a la representación internacional de ésta. Puede resultar problemático, en efecto, que la imagen internacional de la UE se vea afectada por la confusión de responsabilidades en cuanto a las tareas de decisión y

[29] Art. 47 TUE, combinado con la interpretación aportada por el TJ en la Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo* (AETR), asunto 22/70, Rec. 1971, p. 263, al antiguo art. 281 TCEE que disponía lo mismo en relación con la Comunidad Europea.

[30] Art. 24.3 TUE, el cual insiste en la obligatoriedad de sus actos: "*Los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con espíritu de lealtad y solidaridad mutua y* ***respetarán la acción de la Unión en este ámbito***" (énfasis añadido). Para HILLION y WESSEL, la introducción de un deber de lealtad específico para la PESC muestra la intención de seguir distinguiendo la PESC de las restantes disposiciones de la UE: Hillion, C., Wessel, R., "Restraining External Competences of EU Member States under CFSP", en Cremona, M., Witte, B. De (ed.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 95 y ss.

[31] Art. 21.3, segundo párrafo, TUE.

[32] Véase el antiguo art. 46 TUE, el cual no incluía el art. 3 TUE, relativo a la coherencia, en el alcance de las competencias jurisdiccionales del TJUE.

[33] Art. 21.3, segundo párrafo, TUE.

[34] Art. 16.6, párrafo tercero, TUE.

[35] Wessel, R., "The Dynamics of the European Union Legal Order...", *op. cit.,* p. 123.

[36] Art. 18. 4 TUE.

[37] Art. 21.3, segundo párrafo, TUE.

[38] Art. 27.3 TUE y art. 2.1 y 3 de la Decisión del Consejo nº 2010/427. Entre la abundante doctrina, véase, por ejemplo, Vooren, B. Van, "A Legal-Institutional Perspective on the European External Action Service", *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 475-502 o Martínez Capdevila, C., "La adecuación del Servicio Europeo de Acción Exterior a los retos globales de la UE: unas reflexiones en clave crítica", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011.

ejecución entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE[39]. La representación internacional de la UE no es única, pues corresponde a la Comisión con carácter general[40], y al Presidente del Consejo Europeo y al ARUAEPS en sus niveles de actuación respectivos, por lo que respecta a la PESC[41], pero, como ha repetido el TJ, dicha representación ha de ser unitaria[42], de modo que las exigencias de coherencia y coordinación han de volver a escena para asegurarla.

Por último, en las relaciones entre la PESC y el resto de la acción exterior de la UE, destaca el papel que juega el art. 40 TUE, el cual ha evolucionado desde el acento puesto en la protección del acervo comunitario a convertirse en una "cláusula de no afectación mutua". De los primeros asuntos que conoció el Tribunal de Justicia sobre el antiguo art. 47 TUE[43], se deduce que la adopción de un acto con fundamento en el TUE "afectaría" al pilar comunitario cuando un acto idéntico en contenido y finalidad hubiera podido ser adoptado empleando una base jurídica del TCE[44]. El asunto *ECOWAS*, que aborda ya la interrelación entre los poderes comunitarios y la PESC, permite al TJ afirmar que la solución de acumular una doble base jurídica para aquellos casos en que un acto persiga dos objetivos principales, sin que uno sea secundario respecto del otro, no es posible en caso de tratarse de objetivos de la PESC y de la CE, respectivamente[45], fallando así en favor de la base jurídica del TCE en virtud de lo dispuesto por el antiguo art. 47 TUE. En la actualidad, el art. 40 TUE previene no sólo contra la afectación de las políticas fundadas en el TFUE por parte de la PESC, sino también la situación inversa[46]. Ahora bien, pueden tener razón MARTÍNEZ CAP-

[39] Véase Cremona, M., "The Common Foreign and Security Policy of the European Union and the External Relations Powers of the European Community", en O'Keeffe, D. Y Twomey, P. (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery, London, 1994, p. 248.

[40] Art. 17.1 TUE.

[41] Art. 15, penúltimo párrafo, TUE.

[42] De entre sus diversos pronunciamientos, véanse el Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. 2001, p. I-9713, apdo. 18, la Sentencia de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, asunto C-25/94, Rec. 1996, p. I-1469, apdo. 48 o la Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, asunto C-246/07, Rec. 2010, p. I-3317, apdo. 104.

[43] En particular, entre el primer y tercer pilar, véanse las Sentencias de 12 de mayo de 1998, *Comisión c. Consejo,* asunto C-170/96, Rec. 1998, p. I-2763; de 13 de septiembre de 2005, *Comisión c. Consejo,* asunto C-176/03, Rec. 2005, p. I- 7879; de 23 de octubre de 2007, *Comisión c. Consejo,* asunto C-440/05, Rec. 2007, p. I-9097. Véase también la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento c. Consejo y Comisión*, asuntos C-317 y 318/04, Rec. 2006, p. I-4721, en la que el TJ aplicó la doctrina del centro de gravedad en favor del tercer pilar.

[44] Para DASHWOOD, no podía darse, sin embargo, un efecto de sustitución, entre el primero y segundo pilar al no existir identidad de objetivos, afirmación que matiza a la vista del actual art. 21.2 TUE. Dashwood, A., "Article 47 TEU and the Relationship between First and Second Pillar Competences", en Dashwood, A. y Maresceau, M. (eds.), *The Law and Practice of EU External Relations - Salient Features of a Changing Landscape,* Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 83 y 102-103.

[45] Sentencia de 20 de mayo de 2008, *Comisión c. Consejo*, asunto C-91/05, Rec. 2008, p. I-3651, apdos. 76-77.

[46] Respecto de la jurisprudencia relativa al nuevo art. 40 TUE, contamos únicamente con sentencias del TG en que éste rechazó su infracción, alegada por los demandantes en ambas sentencias: Sentencia de 16 de septiembre de 2013, *Bank Kargoshaei y otros c. Consejo,* asunto T-8/11; Sentencia de 4 de octubre de

DEVILA y BLÁZQUEZ NAVARRO cuando afirman que la orientación bidireccional del art. 40 TUE resultaba innecesaria anteriormente, teniendo en cuenta que el principio de atribución de competencias ya impedía a la CE actuar en el ámbito de la PESC. Al no existir ahora más que la UE, el principio de atribución deja de operar como un blindaje para la PESC, por lo que el art. 40 debía especificar la doble protección[47].

Nos hallamos, por tanto, ante una diferenciación procedimental en lugar de una división de competencias, dado que la PESC y otras políticas externas son todas competencias de la Unión[48]. No obstante, como es evidente, la desaparición formal de la estructura en pilares no significa que las controversias relativas a las bases jurídicas entre la PESC y el resto de la acción exterior regulada en el TFUE hayan terminado. Al mantenerse los procedimientos y caracteres particulares de la PESC, éstas seguirán existiendo, sin que la obligación de coherencia por sí misma pueda ponerles fin[49].

## 3. LAS REVUELTAS DE LA PRIMAVERA ÁRABE COMO ESCENARIO DE LA PUGNA ENTRE INTERGUBERNAMENTALISMO E INTEGRACIÓN

Como respuesta a las revueltas en el Norte de África, la Comisión y la ARUAEPS presentaron conjuntamente, en marzo de 2011, una Comunicación que planteó un salto cualitativo en las relaciones exteriores de la UE con sus vecinos del Sur al proponer una "Asociación para la democracia y la prosperidad compartida con los países del Mediterráneo Meridional"[50], muestra de los intentos de dar coherencia a sus actuaciones respecto de la región. En ésta y en una comunicación posterior[51], se procede a una reorientación de la cooperación migratoria de la UE con los países norteafricanos. Así, por una parte, se integra la seguridad en la configuración de la renovada estrategia de condicionalidad de la UE. Ésta y sus Estados miembros ofrecerán a estos países facilidades de movilidad y migración legal a cambio de avances, no sólo en materia de

2013, *Bank Melli Iran c. Consejo*, asuntos T-35/10 y T-7/11 (no publicadas aún). Como veremos más adelante, en el asunto C-130/10, el Abogado General Bot empleó en su argumentación este precepto: Conclusiones del AG Bot, presentadas el 31 de enero de 2012, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-130/10, apdo. 67.

[47] Martínez Capdevila, C., Blázquez Navarro, I., "La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, p. 206.

[48] Cremona, M., "A Constitutional Basis...", *op. cit.,* p. 21.

[49] Como expresa perfectamente CREMONA, "*However such issues are not merely symptomatic of some failure of political will or the inability to devise better institutional structures. They are the inevitable consequence of the nature of the Union as "a constitutional order of sovereign States", a multi-level system incorporating the Member States themselves and an entity with limited competences*": *Ibid.*, p. 7.

[50] Comisión Europea - ARUAEPS, Comunicación conjunta "Asociación para la democracia y la prosperidad compartida con los países del Mediterráneo Meridional", COM (2011) 200, 8.03.2011, en especial apdo. 4, aprobada por el Consejo de 11 y 25 de marzo de 2011. Véase también Comisión Europea - ARUAEPS, Comunicación conjunta "Una nueva respuesta a una vecindad cambiante", COM (2011) 303, de 25.05.2011, en especial apdo. 3.2 por lo que respecta al Mediterráneo Meridional y apdo. 2.4 en relación con las cuestiones migratorias.

[51] Comisión Europea, Comunicación "Un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad con los países del Mediterráneo Meridional", COM (2011) 292, 24.05.2011.

control de fronteras y readmisión, sino también en seguridad y gobernanza[52], como se desprende de los "diálogos sobre migración, movilidad y seguridad" iniciados con los socios norteafricanos[53]. Por otra parte, las ofertas de oportunidades de movilidad implican un cambio sustancial en la cooperación ya prioritaria con estos países, pero más centrada hasta el momento en la lucha contra la inmigración irregular. La asociación entre readmisión y el incentivo de la facilitación de visados ni siquiera se planteaba como opción que desbloquease las difíciles negociaciones sobre repatriación con los países del Sur, como ocurría claramente en la aplicación del Enfoque Global para la Migración (EGM) hacia el Este. Tras la "Primavera árabe", el fomento de la movilidad de corta duración[54], no sólo pretende compensar los compromisos en el control de la inmigración irregular sino también contribuir a las aspiraciones de las poblaciones de los países afectados por las revueltas[55]. Este replanteamiento será llevado a cabo principalmente a través de la firma de Asociaciones de movilidad con los países del norte de África, instrumento central del EGM ya suscrito con Marruecos y con Túnez[56]. La respuesta operacional de la UE es también relevante, como demuestran las operaciones conjuntas lanzadas por la Agencia FRONTEX para ayudar a los Estados miembros que sufren especialmente las consecuencias migratorias de las revueltas democratizadoras[57].

Además, desde una perspectiva más general, las revueltas en el Norte de África permiten explicar, entre otros motivos, la reorientación del enfoque que inspira el marco político de la dimensión exterior de la política migratoria de la UE, que evoluciona desde el EGM al Enfoque Global para la Migración y la Movilidad (EGMM)[58]. La reformulación de objetivos y prioridades se manifiesta en un mayor énfasis en el objetivo de facilitar la movilidad de corta duración, ya presente en el EGM; la incor-

[52] COM (2011) 292, p. 7; COM (2011) 303, p. 3. Es por ello que cabe hablar, a nuestro entender, de dos tipos de condicionalidad, intrínseca a la política migratoria y extrínseca a la misma.

[53] Lanzados, en octubre de 2011, con Túnez y Marruecos, y, en diciembre de 2012, con Jordania. Argelia ha manifestado su interés en el instrumento, mientras Egipto no ha respondido aún a la oferta de la Unión.

[54] COM (2011) 200, pp. 7-8 y COM (2011)303, 14-15. Un mandato de negociación de un acuerdo de facilitación de visados con Marruecos fue adoptado por el Consejo en noviembre de 2013, doc. Consejo nº 16084/13.

[55] Esto demuestra asimismo que la estrategia seguida en el desarrollo de la dimensión exterior del ELSJ sigue siendo reactiva, sin capacidad para prevenir los problemas y retos que puedan plantearse.

[56] Véanse los doc. Consejo nº 6139/13, de 3.06.2013 y nº 16371/1/13, de 2.12.2013, respectivamente.

[57] En otros ámbitos de la acción exterior de la UE con efectos en la movilidad y la migración legal, cabe referirse a las negociaciones para establecer "zonas de libre comercio de alcance amplio y profundo" (*DCFTA*), modificando los Acuerdos de Asociación con Egipto, Jordania, Marruecos y Túnez [European Commission, "EU agrees to start trade negotiations with Egypt, Jordan, Morocco and Tunisia", Press Release, IP/11/1545, 14.12.2011], así como al desarrollo del programa *Erasmus mundus* para facilitar el intercambio cultural y la movilidad de estudiantes, COM (2011) 200, p. 11 y COM (2011) 303, p. 20.

[58] El lanzamiento del nuevo enfoque y su reorientación posterior coinciden ambas con crisis migratorias que afectan con especial intensidad a los Estados miembros de la UE, como fue, en su momento, la que se hizo visible en Ceuta, Melilla y las Islas Canarias en 2005-2006, y la que ahora afecta, de nuevo, a los Estados del sur.

poración de la dimensión exterior del asilo a este marco político[59]; la referencia expresa a los derechos humanos como preocupación transversal y en el acento explícito en el principio de condicionalidad[60].

Además de las actuaciones que acabamos de reseñar, la UE también ha reaccionado a las implicaciones migratorias de la "Primavera árabe" a través de instrumentos de la PESC. Por una parte, a la hora de adoptar las habituales medidas restrictivas que sancionan a los países terceros que amenazan la paz, los derechos humanos o los principios democráticos, la Unión incluyó, entre las acciones plasmadas en la Decisión del Consejo 2011/637/PESC, prohibiciones de entrada y tránsito en el territorio de los Estados miembros a determinadas personas implicadas en las violaciones de derechos humanos cometidas en Libia[61]. Aunque no regulan flujos migratorios *stricto sensu*, se relacionan estrechamente con los poderes con que cuenta la UE en la materia en base al título V del TFUE. Por otra parte, además de la respuesta operacional de FRONTEX, la gestión fronteriza ha sido objeto también de una misión civil de la PCSD, la Misión EUBAM Libia, dirigida a asistir y formar a las autoridades libias en la mejora de la seguridad de sus fronteras[62].

En una visión más general, cabe mencionar asimismo el nombramiento del Representante Especial de la UE para la región del Mediterráneo Meridional[63], cargo que ocupó el diplomático español Bernardino León. Entre sus funciones, destaca la de "*contribuir a una mayor homogeneidad, coherencia y coordinación de las políticas y actuaciones de la Unión y de los Estados miembros de cara a la región*"[64]. Se configura así como un instrumento más al alcance del ARUAEPS, que permita a éste garantizar la coherencia de la acción exterior de la UE y de ésta con la de sus Estados miembros. Labor en la que también ha de asistirle, como antes indicamos, el SEAE, si bien su participación en la dimensión exterior de la política migratoria no está siendo quizás lo bastante relevante[65], probablemente a causa de las limitaciones de su mandato.

De entre todas estas medidas, dos de las actuaciones que hemos destacado en el marco de la PESC - las prohibiciones de circulación incluidas en las medidas restric-

[59] Incorporación controvertida en base a las evidentes diferencias de objetivos y fundamentación entre la política migratoria y la política de asilo de la UE. Nótese que el presente trabajo aborda únicamente las implicaciones de las revueltas del Norte de África en relación con la política migratoria.

[60] Comunicación de la Comisión, "Enfoque Global de la Migración y la Movilidad", COM (2011) 743, de 18.11.2011 y "Conclusiones del Consejo sobre el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad", doc. Consejo nº 9417/12, 3.05.2012.

[61] Decisión 2011/137/PESC del Consejo, de 28 de febrero de 2011, relativa a la adopción de medidas restrictivas en vista de la situación existente en Libia, DO L 58, de 3.03.2011, p. 53.

[62] Decisión 2013/233/PESC del Consejo, de 22 de mayo de 2013, sobre la Misión de la Unión Europea de asistencia y gestión integrada de las fronteras en Libia (EUBAM Libia), DO L 138, de 24.05.2013, p. 15.

[63] Decisión 2011/424/PESC del Consejo, de 18 de julio de 2011, por la que se nombra un Representante Especial de la UE para la región del Mediterráneo Meridional, DO L 188, de 19.07.2014, p. 24.

[64] Art. 3.c) de la Decisión 2011/424/PESC.

[65] Véase Carrera, S., Parkin, J., Hertog, L. den, "EU Migration Policy after the Arab Spring: the Pitfalls of Home Affairs Diplomacy", Policy Paper, *Notre Europe - CEPS*, May 2013, disponible en www.ceps.be

tivas en vista de la situación en Libia y la misión EUBAM Libia - resultan, a nuestro entender, controvertidas desde la perspectiva de la delimitación jurídica entre dicha política y el resto de la acción exterior de la UE. Ambas ilustran la borrosa frontera entre las dos formas de actuación de la Unión en el seno de sus relaciones exteriores, por lo que procedemos a examinarlas con mayor detalle a continuación.

### 3.1. Las medidas restrictivas: ¿una instrumentalización del TFUE al servicio de la PESC?

Los actos de violencia perpetrados por el régimen de Gadafi dieron lugar a la adopción de medidas restrictivas por parte de la UE concretadas en la Decisión 2011/137/PESC ya citada. Ésta incluye, además de la prohibición de venta y suministro de armamento o la congelación de fondos y activos financieros, la obligación de prevenir la entrada y el tránsito en el territorio de los Estados miembros a determinadas personas implicadas en las violaciones de derechos humanos cometidas en Libia[66]. Estas medidas restrictivas constituyen, como es habitual, la ejecución de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[67], además de la imposición de medidas adicionales de origen propiamente europeo.

El Derecho Originario asume, desde el Tratado de Maastricht, una clara vinculación entre la PESC y la acción comunitaria en materia de medidas restrictivas. En efecto, la adopción de decisiones de la PESC, por las que se procedía a interrumpir o reducir las relaciones económicas con un determinado país, se imponía el embargo de determinados productos o se limitaban los movimientos de capitales y pagos, exigía un acomodo jurídico en la esfera comunitaria con el fin de lograr su efectiva aplicación en la práctica. Este acomodo fue hallado en los antiguos art. 301 y 60 TCE, respectivamente, por los que se establecía una pasarela entre la PESC y la acción exterior comunitaria[68].

En la última reforma de los Tratados, estos preceptos han sido sustituidos por el art. 215 TFUE sobre medidas restrictivas, situado en la Quinta Parte sobre la Acción Exterior, y complementado por el art. 75 TFUE, perteneciente al ELSJ. El art. 215 TFUE reproduce lo dispuesto en el antiguo art. 301 TCE, con la novedad de que la iniciativa provendrá de una propuesta conjunta de la Comisión y del ARUAEPS, se informará de ello al Parlamento Europeo, y se permite dirigir las medidas restrictivas

[66] En particular, art. 5 de la Decisión 2011/137/PESC.

[67] En este caso, se trata de la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero de 2011.

[68] El art. 301 TCE establecía que, cuando una posición o acción común de la PESC implicase una acción comunitaria para interrumpir o reducir total o parcialmente las relaciones económicas con un determinado país tercero, el Consejo adoptaría las medidas urgentes necesarias, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión. El art 60 TCE posibilitaba, por su parte, la adopción de medidas urgentes necesarias sobre movimientos de capitales y pagos respecto de terceros países, siguiendo el mismo procedimiento descrito en el art. 301 TCE, además de prever la situación en que un Estado miembro decidiese tomar medidas unilaterales.

también contra personas físicas y jurídicas, grupos y entidades no estatales[69], debiendo incluirse las garantías jurídicas pertinentes en los actos en cuestión[70]. El art. 75 TFUE, por su parte, permite la adopción de medidas administrativas, en el marco de la prevención y lucha contra el terrorismo, relacionadas con los movimientos de capitales y pagos, siguiendo, en este caso, el procedimiento legislativo ordinario[71]. De conformidad con la actual redacción, toda medida restrictiva, incluidas aquellas que afecten a movimientos de capitales, podrá adoptarse en base al art. 215 TFUE siempre que constituya la ejecución de una medida previamente establecida en el marco de la PESC, sea en aplicación de resoluciones de Naciones Unidas o no[72]. Dicho precepto establece así una pasarela expresa entre la PESC y la acción de la UE fundamentada en el TFUE. En todo caso, este mecanismo, como señala BOSSE-PLATIÈRE, no sitúa en pie de igualdad ambas competencias de la UE, sino que la acción exterior de la UE aparece al servicio de los objetivos de la PESC[73]. De esta manera, las instituciones de la UE ejercen una competencia reglada, con poco margen de apreciación[74]. El art. 75 TFUE, por contra y a diferencia del anterior art 60 TCE, no prevé ya dicha pasarela, al no establecer vínculo alguno con las decisiones adoptadas en el ámbito de la PESC[75].

El problema que justifica el presente análisis reside en que este tipo de medidas restrictivas, como muestra el caso de Libia, no afecta únicamente al ámbito comercial y a la circulación de capitales en el mercado interior, sino que también ha de tenerse en cuenta la relación entre la PESC y el título V del TFUE por lo que se refiere a las políticas de fronteras, de inmigración y, especialmente, de visados. Cierto es que la Decisión 2011/137/PESC no tiene por objeto la regulación de flujos migratorios, pero se relaciona estrechamente con los poderes con que cuenta la UE en la materia. Al obligar a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para prevenir la

[69] Antes del Tratado de Lisboa, era necesario referirse al art. 308 TCE en los actos que incluían medidas restrictivas contra individuos y entidades no estatales, como confirmó el antiguo Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 21 de septiembre de 2005, asunto T-306/01, *Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, Rec. 2005, p. II-3533, apdos. 135 y ss.

[70] Véase también Declaración nº 25 al Tratado de Lisboa sobre los art. 75 y 215 TFUE. Por todos, véase Garrido Muñoz, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[71] Véase la Declaración nº 65 al Tratado de Lisboa por la que el Reino Unido informa de su intención de hacer uso del mecanismo de *opt-in* respecto del art. 75 TFUE. El art. 9 del Protocolo nº 21 descarta directamente la aplicación de la situación de *opt-out* de Irlanda en relación con esta misma disposición.

[72] Sentencia de 19 de julio de 2012, asunto C-130/10, *Parlamento c. Consejo*, Rec. 2012, en especial apdos. 47 y 58.

[73] Bosse-Platière, I., *L'article 3 du traité UE: Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 165-166 y 187.

[74] En estos casos "*la acción de la Comunidad es por tanto en realidad un acción de la Unión llevada a cabo tomando como base el pilar comunitario*": Sentencia de 21 de septiembre de 2005, asunto T-306/01, apdo. 161 y Sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649, apdo 125.

[75] Sentencia de 19 de julio de 2012, asunto C-130/10, apdo. 59. En el mismo sentido, véanse las Conclusiones del Abogado General Bot, presentadas el 31 de enero de 2012, *Parlamento c. Consejo,* asunto C-130/10 (apdo. 67) para quien el art. 215 TFUE es la única base jurídica que establece una pasarela con la PESC, pues lo contrario iría en contra del art. 40, segundo párrafo, TUE.

entrada o el tránsito en su territorio de determinadas personas, la Decisión 2011/137/PESC está incidiendo claramente en el control de fronteras exteriores y en la expedición de visados, materias correspondientes al ámbito de aplicación del TFUE[76]. Así se observa también en otras medidas restrictivas adoptadas con fines de seguridad internacional[77].

Antes de la reforma de Lisboa, podría quizás sostenerse que no se producía una invasión del pilar de integración ya que, de conformidad con el Derecho Originario, la decisión final sobre la expedición de visados pertenecía en exclusiva a los Estados miembros[78]. El art. 77.2.a) TFUE se refiere, sin embargo, a "*la política común de visados*", eliminando cualquier referencia a un poder estatal de expedición de los mismos. Si bien el Derecho Derivado no ha alcanzado todavía ese grado de integración[79], lo cierto es que esta base jurídica no impide que la UE imponga a los Estados miembros la obligación de expedir o denegar un visado de corta duración en determinados casos[80]. Por ello, la adopción de decisiones de la PESC que incluyen este tipo de medidas afecta a las competencias de la UE en materia de visados[81], mostrando claramente las delicadas interrelaciones entre la PESC y la política migratoria[82].

---

[76] El art. 5 de la Decisión 2011/137/PESC dispone que "*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prevenir la entrada o el tránsito en su territorio*" de una serie de personas recogidas en los anexos I y II de la Decisión, siendo las primeras las designadas por el Consejo de Seguridad de NU. El precepto prevé a continuación una serie de excepciones relacionadas con la nacionalidad de los individuos, los motivos humanitarios o de contribución a la paz y reconciliación nacional o el cumplimiento de otras obligaciones internacionales.

[77] Entre las numerosas medidas adoptadas, véanse, por ejemplo, el art. 1 de la Decisión 2014/145/PESC, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, DO L 78, de 17.03.2014, p. 16, o el art. 27 de la Decisión 2013/255/PESC del Consejo, de 31 de mayo de 2013, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Siria, DO L 147, de 1.06.2013, p. 14.

[78] El art. 62.2.b) TCE sólo otorgaba competencias a la CE para regular "*los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados* ***por los Estados miembros***" (énfasis añadido).

[79] Véase el Reglamento nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO L 243, 15.9.2009, p.1, por el que se armonizan el procedimiento y las condiciones de expedición de visados, decisión que sigue correspondiendo a los Estados miembros.

[80] La Declaración nº 16 anexa al Tratado de Ámsterdam indicaba que, al aplicar el antiguo art. 62.2.b), deberían tenerse en cuenta consideraciones de política exterior de la Unión y de los Estados miembros. Podría argumentarse entonces que es la política de visados la que debe tener en cuenta las consideraciones de política exterior, como señalaba PEERS en la segunda edición de su obra, Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 111.

[81] Martenczuk, B., "Visa Policy and EU External Relations", Martenczuk, B., Van Thiel, S. (eds.), *Justice, Liberty and Security. New challenges for EU External Relations,* VUBPress/Brussels University Press, Brussels, 2008, en especial pp. 50-51; Labayle, H., "La compétence extérieure de l'UE dans le domaine migratoire", en Maes, M., Foblets, M.-C., De Bruycker, P. (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy /Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 179.

[82] En sentido inverso a las decisiones antes citadas, la Posición Común 2002/400 del Consejo, de 21 de mayo de 2002, relativa a la acogida temporal por los Estados miembros de la UE de determinados palestinos obligaba a los Estados miembros a autorizar la entrada y la estancia por un periodo máximo de 12 meses a doce palestinos evacuados de la basílica de la Natividad (DO L 138, de 28.05.2002, p. 33). En este

Resulta posible entender que el objetivo del acto -en este caso, la Decisión 2011/137/PESC- se relaciona con la seguridad internacional, sin que persiga ninguno de los fines de las políticas de inmigración o de visados de la UE amparadas en el título V del TFUE. Por ello, parece correcto que las decisiones por las que se adoptan medidas restrictivas que incluyen prohibiciones de viaje se fundamenten en los preceptos de la PESC. Ahora bien, persiguiendo también un objetivo de seguridad indudable, la imposición de sanciones económicas y financieras requiere de la adopción de medidas relacionadas con las competencias comerciales de la UE, aunque estas últimas sean instrumentales respecto de la decisión política sustantiva que corresponde a la PESC. No parece que esta diferenciación se deba a la naturaleza exclusiva de la competencia comercial de la UE, dado que la libre circulación de capitales no tiene tal carácter y se ve amparada igualmente por esta pasarela entre el TUE y el TFUE[83]. Por ello, sería oportuno crear una base jurídica en el TFUE que asuma la vinculación entre la PESC y la política de visados de la UE[84], o hacer constar dicha vinculación en el art. 215 TFUE con el fin de evitar la multiplicación de bases jurídicas del acto en cuestión. De lo contrario, el objetivo del acto - la seguridad internacional - sería lo único importante[85], sin descartar la posibilidad de vulnerar lo dispuesto en el art. 40 TUE al afectar a los procedimientos y alcance de las atribuciones de las instituciones para el ejercicio de las competencias de la Unión en base al TFUE.

Por último, otro aspecto problemático de las medidas restrictivas impuestas por la PESC reside en la posible falta de conformidad de éstas con la exclusión de la adopción de actos legislativos en esta última política. Al ser entendida dicha exclusión como adopción de acción normativa general[86], resulta controvertido que las disposiciones sobre prohibición de entrada y tránsito contenidas en las decisiones PESC no lleven aparejada una acción de la Unión fundamentada en el TFUE para su ejecución efectiva, a diferencia de lo que ocurre con las restricciones comerciales o financieras[87]. Estas últimas sí se traducen en actos legislativos adoptados en virtud del art. 215 TFUE, remediando así en cierta manera su exclusión en la PESC, y con capacidad de crear derechos o imponer obligaciones frente a terceros. Es ésta una razón más para abogar en favor de crear una pasarela entre la PESC y el título V del TFUE en este ámbito.

---

caso, la controversia se plantearía con los poderes de la UE en materia de inmigración legal en base al art. 79.2.a) TFUE.

[83] Para la aplicación uniforme de la Decisión 2011/137/PESC, se adoptó el Reglamento nº 204/2011 del Consejo, de 2 de marzo de 2011, relativo a las medidas restrictivas habida cuenta de la situación en Libia (DO L 58, de 3.3.2011, p. 1). Fundamentándose en el art. 215 TFUE y justificando que algunas medidas entran en el ámbito de aplicación del TFUE, regula únicamente los aspectos comerciales y financieros.

[84] En este sentido, Martenczuk, B., "Visa Policy…", *op. cit*., p. 51.

[85] En este sentido, véase Eeckhout, P., *EU External Relations..., op. cit.,* p. 511.

[86] *Ibid*., pp. 479 y ss.

[87] *Ibid*., p. 483.

### 3.2. La cooperación operacional en materia de fronteras: la interacción entre FRONTEX y la PCSD

Los efectos migratorios de la "Primavera árabe" desencadenaron una importante respuesta operacional de la UE a través de la Agencia FRONTEX, dando lugar al despliegue de operaciones conjuntas como, por ejemplo, la Operación Hermes. Esta operación, por la que se intensifica la vigilancia de las fronteras marítimas, se inició en 2011 con el fin de controlar los flujos migratorios irregulares originados en Túnez y con destino al sur de Italia para extenderse en 2012 a los flujos procedentes también de Libia y Argelia[88], convirtiéndose en una operación permanente de lucha contra la inmigración irregular y otros crímenes transfronterizos en 2013[89].

No obstante, la UE también ha movilizado medios de la PESC, y más concretamente de la PCSD, como reacción a los retos migratorios planteados por las tensiones políticas en el Norte de África. Así, el Consejo decidió lanzar, en mayo de 2013, una misión civil de la PCSD, denominada EUBAM Libia[90]. Según los términos de la Decisión 2013/233 PESC, el objetivo central de la operación consiste en ayudar a las autoridades libias a desarrollar la capacidad de mejorar la seguridad de sus fronteras por tierra, mar y aire a corto plazo e impulsar una estrategia más amplia de gestión integrada de las fronteras a largo plazo[91]. En particular, las autoridades libias reciben formación, asesoramiento, tutela y apoyo en materia de gestión fronteriza, sin que el personal de la misión desempeñe función ejecutiva alguna[92]. Uno de los elementos de EUBAM Libia consiste, además, en aportar formación específica en salvamento marítimo y rescate, desprendiéndose claramente de las notas de prensa que su finalidad es mejorar las capacidades de las autoridades libias para proceder al rescate de migrantes en el mar[93].

Es posible entonces poner en duda que el objetivo de la EUBAM Libia sea únicamente el de contribuir a la reconstrucción post-conflicto del país a través de una misión civil de gestión de crisis basada en el título V del TUE[94], puesto que, como in-

---

[88] Información disponible en http://frontex.europa.eu/operations/archive-of-operations/ (u.a. 24.07.2014) y en FRONTEX, "Informe general 2011", disponible en: http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/Governance_documents/Annual_report/2011/General_Report_ES.pdf (u.a. 24.07.2014), p. 17.

[89] Cabe citar también las operaciones POSEIDON terrestres y marítimas, desplegadas principalmente en la frontera greco-turca para hacer frente al incremento de las llegadas de nacionales sirios. Véase FRONTEX, "General Report 2013", *op. cit*.

[90] Además de la ya citada Decisión 2013/233/PESC, véase también EEAS, "EU Integrated Border Assistance Mission in Libya (EUBAM Libya)", February 2014, disponible en http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-libya/pdf/factsheet_eubam_libya_en.pdf (u.a. 24.07.2014).

[91] Art. 2 de la Decisión 2013/233/PESC.

[92] Art. 3.1 y 3.2 de la Decisión 2013/233/PESC.

[93] EEAS, "EUBAM Naval Coast Guard training", 28 February 2014, disponible en http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-libya/news/20140228_en.htm; EEAS, "EU Border Mission praises Libyan Naval Coastguard for once more saving the lives of migrants", 11 December 2013, disponible en http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eubam-libya/news/20131211_en.htm (u. a. 24.07.2014).

[94] En particular, la Decisión 2013/233/PESC se fundamenta en los art. 28, 42.4 y 43.2 TUE.

dicó la propia ARUAEPS, es también una misión importante para la seguridad de las fronteras de la UE, incluyendo actividades de gestión de los flujos migratorios entre sus funciones destacadas[95].

Como señala DASHWOOD, cabe la posibilidad de que, entre el creciente número de operaciones civiles establecidas para alcanzar objetivos de la PCSD, algunas de ellas impliquen actividades que podrían ser realizadas para la consecución de objetivos del TFUE diferentes, aunque complementarios[96]. En efecto, entre las funciones de la Agencia FRONTEX, se incluye la de asistir a los Estados miembros en la formación de sus agentes en control de fronteras, derechos fundamentales, acceso a la protección internacional y Derecho marítimo[97]. Tarea ésta que puede ser objeto de la cooperación a establecer con las autoridades competentes de terceros países[98], en el marco de los acuerdos de trabajo que la Agencia suscribe[99]. De hecho, las labores de formación de la Agencia dirigidas a terceros países fueron clarificadas en la última reforma de su mandato. Si bien el Reglamento nº 2007/2004 ya contemplaba de modo implícito la posibilidad de extender las actividades de formación a terceros países[100], lo cierto es que FRONTEX sorprendentemente no tenía acceso a los programas de financiación de la dimensión exterior de la política migratoria de la UE, lo que dificultaba enormemente su tarea[101]. Afortunadamente, la reforma operada por el Reglamento nº 1168/2011 ha modificado esta situación[102].

---

[95] Council of the EU, "Green light for civilian mission to support border security in Libya", 22 May 2013, doc. nº 9478/13, presse 189.

[96] Dashwood, A., "Article 47 TEU...", *op. cit.*, p. 89. Otro ejemplo sería la Misión de la UE de asistencia fronteriza a Moldavia y Ucrania (EUBAM Moldavia y Ucrania), iniciada en 2005 con fines, no obstante, mucho más amplios. Véase el Memorandum de Entendimiento entre la Comisión y los Gobiernos de Moldavia y Ucrania, de 7 de octubre de 2005, la Acción Común del Consejo 2005/776/PESC, de 7 de noviembre de 2005, por la que se modifica el mandato del Representante Especial de la UE para Moldavia, DO L 292, de 8.11.2005, p. 13, así como la página web www.eubam.org.

[97] Véanse los art. 2.1.b) y 5 del Reglamento nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 349 de 25.11.2004, p. 1, v.c. 2.12.2013).

[98] Como indica el art. 14.2 del Reglamento nº 2007/2004, la Agencia podrá cooperar con las autoridades de terceros países "*en los ámbitos regulados por el presente Reglamento*", lo que incluye su art. 5 relativo a la formación. También se especifica en el art. 14.6 que FRONTEX podrá invitar a observadores de terceros países a participar en sus operaciones conjuntas, análisis de riesgos y actividades de formación.

[99] En África, FRONTEX sólo ha suscrito acuerdos de trabajo con Cabo Verde y Nigeria, mientras cuenta con mandatos de negociación respecto de Libia, Mauritania, Marruecos, Senegal, Egipto y Túnez.

[100] Al disponer su art. 14 que la Agencia podía cooperar en todos los ámbitos de su actuación con las autoridades competentes de terceros países.

[101] Véase European Commission, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation amending Council Regulation 2007/2004, SEC (2010) 149, apdo. 2.3.4.

[102] El art. 14.5 del Reglamento nº 2007/2004 dispone que "*la Agencia podrá beneficiarse de la financiación de la Unión de conformidad con las disposiciones de los instrumentos pertinentes de apoyo a la política de relaciones exteriores de la Unión. Podrá poner en marcha y financiar proyectos de asistencia técnica en terceros países en las materias reguladas por el presente Reglamento*".

En consecuencia, en lugar de recurrir a la PCSD, habría sido posible hacer uso de las capacidades de la Agencia FRONTEX en la materia[103]. ¿Nos hallamos entonces ante un solapamiento en la cooperación operacional en materia de fronteras entre la PCSD y la política de fronteras de la UE, que debiera ser evitado en virtud del art. 40 TUE? Este interrogante conduce a plantear si la Misión EUBAM Libia persigue únicamente objetivos de seguridad y defensa al contribuir a la estabilidad del país o si su finalidad -principal o secundaria- es conseguir que Libia sea capaz de contener los flujos de migrantes que se dirigen hacia la UE.

En efecto, como se desprende de la doctrina jurisprudencial, la elección de la base jurídica correcta de un acto de la UE que persiga un doble objetivo exige examinar si uno de ellos puede calificarse de principal frente al carácter accesorio del otro[104]. En ese caso, la medida deberá fundarse en la base jurídica exigida por el objetivo o componente principal[105], lo que, en este caso, podrá conducirnos a la PCSD o a la cooperación operacional gestionada por FRONTEX[106]. Sin embargo, si ninguno de los objetivos es accesorio respecto del otro, cabe recurrir excepcionalmente a las diversas bases jurídicas correspondientes a los componentes del acto en cuestión. Ahora bien, esta posibilidad debe ser descartada, a nuestro entender, al hallarnos ante actuaciones de la Unión de carácter operacional en las que es necesario desplegar medios materiales y humanos bajo la coordinación de un ente u otro, al ser incompatibles tanto los procedimientos como los medios empleados[107].

---

[103] En lugar de liderar la coordinación de las tareas, FRONTEX ha participado en la misión EUBAM Libia, a través de su presencia en las actividades preparatorias de la misma y su contribución a las acciones de refuerzo institucional, incluyéndose en la misión dos visitas de una delegación libia a la sede de la Agencia: FRONTEX, "General Report 2013", *op. cit.*, p. 13. Véase Fiott, D., "Improving CSDP Planning and Capability Development: Could there be a 'Frontex Formula'?", *European Foreign Affairs Review*, 18/1, 2013, pp. 47-62, donde el autor se pregunta si el grado de desarrollo de la Agencia FRONTEX o la "Frontex formula" no podría servir de modelo para la PCSD.

[104] Véanse, entre otras muchas, las Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, asunto C-300/89, Rec. 991, p. I-2867, apdo. 17 y ss.; de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01, Rec. 2003, p. I-8913, apdos. 39 y ss.; de 20 de mayo de 2008, asunto C-91/05, apdos. 73 y ss.; de 19 de julio de 2012, asunto C-130/10, apdos. 43 y ss.

[105] Se pronuncian en contra de la aplicación de la doctrina del centro de gravedad cuando la PESC está implicada Martínez Capdevila, C., y Blázquez Navarro, I., "La incidencia del artículo 40 TUE...", *op. cit.*, pp. 209 y ss.

[106] Mientras las misiones de la PCSD se fundamentan directamente en el TUE (véanse los art. 42.4 y 43.2 TUE), las actuaciones de FRONTEX no son estrictamente un acto del TFUE, pero sí constituyen una actuación derivada de éste por cuanto que la creación de la Agencia se fundamenta en el TFUE, concretamente en sus art. 74 y 77.

[107] Las misiones de la PCSD son adoptadas por el Consejo, por unanimidad, a propuesta del ARUAEPS o de un Estado miembro (art. 42.4 TUE), mientras que las actividades de FRONTEX son decididas por el Director Ejecutivo de la Agencia, con la aprobación, en ocasiones, de su Consejo de Administración (art. 25 y 20 del Reglamento nº 2007/2004). Aunque se hubiera tratado de un procedimiento legislativo, su combinación con un procedimiento de la PESC tampoco habría sido posible. Si bien EECKHOUT entiende que ambos procedimientos podrían ser combinados (Eeckhout, P., *EU External Relations...*, *op. cit.*, p. 185), la jurisprudencia del TJUE parece seguir sosteniendo lo contrario: Sentencia de 19 de julio de 2012, asunto C-130/10, apdos. 47-48.

La solución aportada por el Tribunal de Justicia en casos en que un acto contenía un doble objetivo correspondiente a la PESC y al antiguo TCE ha consistido en excluir la doble base jurídica y dar prioridad a este último con el fin de proteger el acervo comunitario en base al antiguo art. 47 TUE[108]. En la actualidad, si bien el TJ no se ha pronunciado todavía al respecto, es posible que las relaciones entre el TUE y el TFUE hayan de recibir la misma solución[109]. La sucesión de la CE por la UE y la consecuente eliminación formal de la estructura en pilares explican que el Derecho Originario no muestre ya expresamente el carácter suplementario de la PESC, ni subraye la necesidad de proteger el acervo comunitario[110], lo que no significa que la intención de los autores de los Tratados no sea seguir avanzando en el proceso de integración europea, dando prioridad a este método frente al intergubernamental[111]. De esta manera, de hallarnos ante una actuación que persiga un doble objetivo, de la PESC y del TFUE, resultando incompatibles los procedimientos aplicables, cabría esperar que el TJ se inclinase en favor de la base jurídica del TFUE.

Otra opción sería aceptar que la adopción de un acto que persigue únicamente un objetivo de seguridad con fundamento en la PESC aun cuando el mismo acto, en busca de una finalidad diferente, pudiera haber sido adoptado con base en el TFUE sea correcta y no vaya en contra del art. 40 TUE. Así lo entiende DASHWOOD[112], quien lo justifica, entre otras razones, en el hecho de que las competencias de la PESC y del TFUE que con mayor probabilidad interactuarán son de carácter paralelo - como es la cooperación al desarrollo -, sin que rija en ellas el principio de *preemption*.

En nuestro caso, si bien la política de fronteras es una competencia concurrente de la UE[113], cierto es que resulta posible afirmar que el poder de desarrollar operaciones conjuntas u otras actividades de cooperación con terceros países es paralelo ya que el Reglamento de FRONTEX no impide que los Estados miembros mantengan entre sí o con las autoridades de terceros países sus propias formas de colaboración[114]. ¿Signifi-

[108] Si bien el Tribunal no clarificó por qué excluyó la doble base jurídica en el asunto *ECOWAS*, su argumentación se fundamentó en el antiguo art. 47 TUE (Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-91/05, apdos. 76-77). Asimismo, se desprende de la sentencia que la finalidad del antiguo art. 47 TUE era mantener y desarrollar el acervo comunitario (apdo. 59).

[109] Para EECKHOUT, resulta difícil sostener que los procedimientos del TFUE gocen de prioridad, en base al art. 40 TUE, sobre los de la PESC. En su opinión, la única solución sería dividir el acto en dos. Sin embargo, cómo resolver el caso en que un acto con un único contenido pero doble objetivo - como el supuesto que abordamos - sería un misterio: Eeckhout, P., *EU External Relations*..., *op. cit*., pp. 185 y ss.

[110] El TUE afirmaba que "*la Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado*" (art. 1, tercer párrafo, TUE; en la versión inglesa, se emplea la voz "*supplementing*") y especificaba que el marco institucional único buscaba alcanzar los objetivos de la Unión "*dentro del respeto y del desarrollo del acervo comunitario*" (art. 3, primer párrafo, TUE).

[111] Así lo sigue afirmando el preámbulo y el art. 1 TUE. En un sentido similar, Martínez Capdevila, C., y Blázquez Navarro, I., "La incidencia del artículo 40 TUE...", *op. cit*., p. 216 y la doctrina por ellas citada.

[112] Para DASHWOOD la prohibición del antiguo art. 47 TUE no se extendía a estos efectos de solapamiento, sino solamente a los de sustitución: Dashwood, A., "Article 47 TEU...", *op. cit.,* p. 93.

[113] El art. 4.2.j) TFUE califica al espacio de libertad, seguridad y justicia de competencia compartida.

[114] Siempre que tal cooperación sea complementaria con las actuaciones de la Agencia y no comprometa su funcionamiento o la consecución de sus objetivos. Véase el art. 2.2 del Reglamento nº 2007/2004.

ca esto que los Estados miembros pueden realizar las mismas tareas que la política de fronteras de la UE les faculta a desempeñar individual o colectivamente por medio de una operación de la PCSD, sin que exista una obligación de actuar a través de FRONTEX? Según confirmó el TJ en el asunto *ECOWAS*, en el examen de una posible vulneración del art. 40 TUE no es determinante la naturaleza de las competencias de la UE que pudieran resultar afectadas[115]. No importa, por tanto, que el acto hubiera podido ser adoptado por los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias, pues nos hallamos ante una cuestión de atribución de competencias y no de naturaleza[116].

Si bien el Tribunal interpretó así el antiguo art. 47 TUE, sería igualmente aplicable al art. 40 TUE. Antes de la reforma de Lisboa, la CE tampoco podía adoptar un acto centrado en alcanzar objetivos de la PESC al carecer de competencias para ello. Por ello, los Estados miembros no podrían lanzar una misión de la PCSD cuyo objetivo principal correspondiera a la política de fronteras de la UE, pese a que los Estados miembros conserven el poder, individual o colectivo, de desplegar actuaciones de cooperación operacional con países terceros fuera del paraguas de FRONTEX.

Aunque pueda sostenerse jurídicamente que la UE debiera haber recurrido a los medios de la política de fronteras y no de la PCSD, también sería posible afirmar que el despliegue de una misión de defensa con fines migratorios fuese correcto, dado que el objetivo de control migratorio o de gestión fronteriza puede considerarse un fin de la PESC[117]. De esta manera, asumir que la migración constituye un reto para la seguridad de la UE y de sus Estados miembros justificaría la adopción de medidas de la PESC -o en particular de la PCSD-, de modo que la misión EUBAM Libia persiga únicamente objetivos de seguridad y defensa correspondientes a esta última política.

Ahora bien, habrá entonces que preguntarse cómo asegurar que la PESC no aborde cuestiones migratorias cuando éstas no constituyan realmente una amenaza para la seguridad internacional, teniendo en cuenta además que las competencias de la UE en base al título V del TFUE buscan construir un espacio de libertad, "seguridad" y justicia[118]. De lo contrario, la calificación de la migración como amenaza para la segu-

---

[115] Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-91/05, apdo. 61.

[116] *Ibid*., apdo. 62. En este sentido, Eeckhout, P., *EU External Relations..., op. cit.*, p. 180. Como señala HERRMANN, los Estados miembros "*waived by virtue of Article 47 TEU their right to transfer competences to the EU which they had -even non-exclusively- already transferred to the EC, because the creation of 'parallel competences' of the EC and the EU would indeed 'affect' the TEC*": Herrmann, C., "Much Ado about Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited", en Cremona, M., Witte, B. De (ed.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 41.

[117] Nos remitimos a las Estrategias de Seguridad citadas *supra*, nota 2. Respecto de la necesidad de coordinación inter-institucional en estos casos, véase Trauner, F., "The internal-external security nexus: more coherence under Lisbon?", *ISS Occasional paper*, 89, March 2011, en especial p. 25.

[118] Art. 67 y ss. TFUE. Véase también la Estrategia de Seguridad Interior de la UE, doc. Consejo nº 5842/2/10, de 23.02.2010, aprobada por el Consejo Europeo de 25-26 de marzo de 2010. Aunque vincula la mejora de su ejecución con la cooperación con la PCSD (p. 17), la Estrategia pertenece al ELSJ. Nótese, además, que el Programa de Estocolmo, programa plurianual del ELSJ para el periodo 2010-2014, reconoce la complementariedad de objetivos entre la PCSD y el ELSJ, subrayando que las misiones de la PCSD contribuyen notablemente a la seguridad interior de la Unión en la lucha contra la delincuencia

ridad se convertirá en una manera de sortear el empleo de los poderes previstos en el TFUE en favor de los instrumentos de la PESC, que escapan de la coerción jurídica, del control del TJUE y que limitan la búsqueda del interés general de la UE[119].

## 4. CONCLUSIONES

La eliminación formal de la estructura en pilares no ha puesto fin, como hemos podido comprobar, a las controversias de fundamentación jurídica y a los solapamientos entre las políticas de la UE basadas en el TFUE y la PESC. El predominio de rasgos todavía intergubernamentales en esta última, como la ausencia de un rol decisorio del Parlamento Europeo, la exclusión de la adopción de actos legislativos, el limitadísimo control judicial del TJUE o la falta de sanciones al incumplimiento de sus actos, hace que la correcta elección de las bases jurídicas de los actos de la UE en ámbitos fronterizos entre el TUE y el TFUE siga siendo esencial.

La reacción de la UE a la "Primavera árabe" y, en especial, a sus repercusiones migratorias desde una doble perspectiva, la dimensión exterior de su política migratoria y la PESC, nos ha permitido examinar dos actuaciones concretas de la Unión - las prohibiciones de viaje insertas en las medidas restrictivas y las misiones de gestión fronteriza de la PCSD - que ponen de manifiesto la continua necesidad de una adecuada delimitación jurídico-institucional en el seno de las relaciones exteriores de la UE.

El análisis acometido nos permite concluir que, por una parte, puede resultar aceptable que el instrumento de las medidas restrictivas subordine las competencias basadas en el TFUE a los objetivos de preservar la paz y la seguridad internacional a través de su art. 215, por el que se adoptan los reglamentos que aseguran la ejecución efectiva de los aspectos comerciales y financieros de las decisiones PESC correspondientes. Sin embargo, no parece tan apropiado que dichas decisiones de la PESC entren en el ámbito de aplicación de la política común de visados de la UE, sin que se asuma expresamente la afectación de esta política del ELSJ. Por ello, debería incluirse una base jurídica al respecto en el título V del TFUE o ampliar el alcance del art. 215 TFUE para incluir una referencia explícita a esta vinculación. Mantener la situación actual implica otorgar mayor importancia al objetivo del acto en detrimento de su contenido, siendo ambos elementos esenciales en la determinación de la base jurídica de los actos de la UE, y supone también rozar los límites del respeto del art. 40 TUE.

Por otra parte, descartada la adopción simultánea de dos actos separados, la imposibilidad de recurrir a la doble base jurídica por incompatibilidad de procedimien-

---

transnacional y animando a una mayor cooperación y coherencia entre ambas políticas: Consejo Europeo, "Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano", DO C 115, de 4.05.2010, p. 1, apdo. 7.1. Respecto del concepto de seguridad de la UE y su vinculación con la dimensión exterior del ELSJ, véase Longo, F., "Justice and Home Affairs as a New Dimension of the European Security Concept", *European Foreign Affairs Review*, 18/1, 2013, pp. 29-46, en especial pp. 38 y ss.

[119] En este sentido, véase Bosse-Platière, I., *L'article 3 du Traité UE..., op. cit.,* p. 188.

tos y de medios entre una misión de gestión fronteriza de la PCSD y la cooperación operacional con terceros países coordinada por FRONTEX conduce a plantear si el recurso a las políticas del TFUE debería seguir siendo prioritario frente a la PESC. Si bien la cláusula de no afectación mutua contenida en el art. 40 TUE parece colocar a las políticas derivadas de ambos Tratados en la misma posición, cabría mantener la preponderancia de una base jurídica del TFUE sobre el TUE ante un acto que persiga un doble objetivo correspondiente a ambos Tratados. Aunque el Derecho Originario no muestre ya el carácter suplementario de la PESC, ni acentúe la necesidad de proteger el antiguo acervo comunitario, sigue siendo posible deducir de los Tratados la intención de avanzar en el camino de la integración en detrimento de lo intergubernamental. Por ello, el estado actual del ordenamiento jurídico de la UE permitiría al Tribunal de Justicia inclinarse en favor de la base jurídica del TFUE ante un conflicto relativo a una actuación de la Unión cuyos objetivos, de la PESC y del TFUE, tengan la misma importancia, siendo incompatibles los procedimientos decisorios aplicables.

Ahora bien, la consideración de nuevos retos como amenazas a la seguridad de la Unión -como sería el caso de los flujos migratorios- podría pervertir estas consideraciones, permitiendo la adopción de actos fundamentados únicamente en la PESC por perseguir objetivos asignados a esta política. En ese caso, será la correcta delimitación, no ya jurídica sino política, entre la PESC y las políticas del ELSJ la que aporte la respuesta.

En definitiva, las instituciones de la UE deben, sin duda, esforzarse en desarrollar una acción exterior lo más eficaz y coherente posible, sin que ello suponga, no obstante, reducir los avances que lo supranacional ha logrado imprimir a las relaciones exteriores de la Unión.

## BIBLIOGRAFÍA

BOSSE-PLATIERE, I., *L'article 3 du traité UE: Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

CARRERA, S., PARKIN, J., HERTOG, L. den, "EU Migration Policy after the Arab Spring: the Pitfalls of Home Affairs Diplomacy", Policy Paper, *Notre Europe - CEPS*, May 2013, disponible en www.ceps.be.

CREMONA, M., "The Common Foreign and Security Policy of the European Union and the External Relations Powers of the European Community", en O'Keeffe, D. y Twomey, P. (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Wiley Chancery, London, 1994, pp. 247-258.

CREMONA, M., "A Constitutional Basis for Effective External Action? An Assessment of the Provisions on EU External Action in the Constitutional Treaty", *EUI Working Papers Law 2006/30,* pp. 1-33.

DASHWOOD, A., "Article 47 TEU and the Relationship between First and Second Pillar Competences", en Dashwood, A. y Maresceau, M. (eds.), *The Law and Practice of EU External Relations - Salient Features of a Changing Landscape,* Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 70-103.

EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2011.

FERNÁNDEZ GARCÍA, B., "Riesgos sociodemográficos", capítulo segundo en *Las revueltas árabes en el Norte de África: Implicaciones para la Unión Europea y para España*, Documentos de Seguridad y Defensa, 59, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 29-59.

FIOTT, D., "Improving CSDP Planning and Capability Development: Could there be a 'Frontex Formula'?", *European Foreign Affairs Review*, 18/1, 2013, pp. 47-62.

GARCÍA ANDRADE, P., *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria: un problema de reparto de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GOSALBO BONO, R., "Some reflections on the CFSP legal order", *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 337-394.

HERRMANN, C., "Much Ado about Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited", en Cremona, M., Witte, B. De (ed.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 19-51.

HILLION, C. y WESSEL, R., "Restraining External Competences of EU Member States under CFSP", en Cremona, M., Witte, B. De (ed.), *EU Foreign Relations Law. Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 79-121.

LABAYLE, H., "La compétence extérieure de l'UE dans le domaine migratoire", en Maes, M., Foblets, M.-C., De Bruycker, P. (eds.), *External Dimensions of EU Migration and Asylum Law and Policy / Dimensions externes du droit et de la politique d'immigration et d'asile de l'UE*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 175-201.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J., "La acción exterior de la Unión: las relaciones exteriores (I)", capítulo 23 en A. Mangas Martín, D.J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014, pp. 519-541.

LIÑÁN NOGUERAS, D.J., "La acción exterior de la Unión: la Política Exterior y de Seguridad Común", capítulo 25 en A. Mangas Martín, D.J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2014, pp. 569-592.

LONGO, F., "Justice and Home Affairs as a New Dimension of the European Security Concept", *European Foreign Affairs Review*, 18/1, 2013, pp. 29-46.

LOUIS, J.-V., "L'héritage communautaire et le nouveau Traité sur l'Union européenne", en VV.AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1035-1042.

LOUIS, J.-V., "Las competencias de la Unión Europea (II)", en Beneyto Pérez, J.M. (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo I, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 487-569.

MARTENCZUK, B., "Visa Policy and EU External Relations", en Martenczuk, B. y Van Thiel, S. (eds.), *Justice, Liberty and Security. New challenges for EU External Relations*, VUBPress / Brussels University Press, Brussels, 2008, pp. 21-52.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., "La adecuación del Servicio Europeo de Acción Exterior a los retos globales de la UE: unas reflexiones en clave crítica", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 24, 2011.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I., "La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 28, 2013-II, pp. 197-219.

PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

TRAUNER, F., "The internal-external security nexus: more coherence under Lisbon?", *ISS Occasional paper*, 89, March 2011.

VOOREN, B. Van, "A Legal-Institutional Perspective on the European External Action Service", *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 475-502.

WESSEL, R., "The Dynamics of the European Union Legal Order: An Increasingly Coherent Framework of Action and Interpretation", *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 117-142.

# RETROSPECTIVA Y PREVISIBILIDAD DE LAS "MINORÍAS IMPROPIAS" EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

María Lage Cotelo

*Investigadora de la Facultad de Derecho*
*Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

## 1. INTRODUCCIÓN

El enfoque jurídico tradicional sobre el estudio de las minorías se ha centrado en la preservación del orden público: interacción, integración y niveles de exclusión social entre minoría-territorio. Pero el concepto de minoría, de entidad grupal con características diferenciales y diferenciadas dentro de un contexto social, ha variado notoriamente en las dos últimas décadas.

La crisis socio-estructural a la que se está enfrentando la Unión Europea ha propiciado el implemento de los flujos migratorios. Y con ello, ha incrementado inversamente el nivel de incertidumbre, hostilidad y descrédito hacia las garantías compiladas en la Carta de los Derechos Fundamentales. En este sentido, es destacable uno de los últimos informes del Consejo de Europa (Mayo 2014), que por una parte denuncia la grave problemática a la que se enfrentan 39 países con respecto a la discriminación étnica; y por otra, la carencia de nacionalidad de cerca de 700 mil personas. Pero este problema socio-estructural repercute en una problemática de mayor complejidad, que no es otra que el poder afrontar la crisis axiológica (binomio individuo/sociedad vs. colectividad/estado) que este hecho está ocasionando, y al mismo tiempo ofrecer unos niveles de seguridad jurídica óptimos ante el cambio socio-estructural que está dando lugar a categorizaciones sociales fruto de nuevas tipologías de flujos migratorios. Un hecho que desde la razón jurídica de una parte y desde los estudios sociológicos afectos al caso por otra, redunda en la existencia de grupos minoritarios basados en la impropiedad y en lo que ello comporta: una despersonalización a nivel individual y colectivo con el entorno, cuyas características dinámicas demandan nuevas necesidades sociales que deben ser asumidas por los poderes públicos.

## 2. SEGURIDAD E INMIGRACIÓN. CONCEPTOS Y CIFRAS

Seguridad *lato sensu* comprende todas aquellas previsiones y actuaciones tendentes a garantizar la certidumbre vital en un contexto territorial determinado. Los modos de entender la seguridad son diversos, ya que cuando se trata de conceptos que afectan a los derechos inherentes al ser humano tanto en su vertiente individual como colectiva, como es el caso de la seguridad e inmigración, existe el problema de la elección. Tal como Sloterdijk indica en su obra *El desprecio de las masas* "allí donde se tiene que elegir, en relación con un colectivo, entre comunicación vertical (ofensa) y comunicación horizontal (adulación), está en liza (…) un problema objetivo de reconocimiento."[1] Porque en efecto, se elige y parece que con ello se garantiza, y en algunos casos legitima, el orden público, condicionado en su mayor parte por aspectos ideológicos o políticos.

La perspectiva legal parece, de ordinario, que ha llegado a un consenso para ofrecer ese nivel mínimo de certidumbre en dos ámbitos: seguridad territorial y seguridad ciudadana. Es evidente que, bajo esta reconciliación, las diferencias territoriales priman sobre la seguridad ciudadana, supeditándose las aspiraciones generales de la defensa y protección de unos Derechos Humanos universales a las aspiraciones territoriales. Ejemplo de ello son las agrupaciones superestatales y la pluralidad legislativa destinada a dicho fin, con una avalada trayectoria histórico-jurídica que ha intentado fortalecer un concepto de seguridad global principalmente a raíz de la Segunda Guerra Mundial[2].

Pero del mismo modo que la seguridad ha estado y sigue presente en la base del pensamiento cívico, la alusión y reiteración a la no vulneración de los derechos vigentes en cada ámbito territorial suponen una quiebra al concepto del pensamiento clásico y generalista de seguridad. En consecuencia, esto da lugar a una quiebra de idearios acabados que exigen la consideración de nuevas fórmulas tanto políticas como ideológicas adaptadas a los constantes y vertiginosos cambios que ha sufrido nuestra sociedad en las últimas décadas.

En un sentido de evolución en paralelo podemos abordar la temática de la inmigración. En efecto, desde 1945 seguridad e inmigración comportan, con las obvias diferencias que los separan, un mismo problema. El fenómeno migratorio, sin remontarnos a épocas pretéritas, ha dado como fruto una serie de cambios socio-estructurales que han redundando en otros conceptos tradicionales, como lo son sociedad y cultura, que han sabido adecuarse apresuradamente a los tiempos, cosa que no ha sucedido con la seguridad y la libertad desde un punto de vista jurídico. Dicha cuestión de falta de adecuación entre normativa y realidad social parece que está cambiando y

[1] Sloterdijk, P., *El desprecio de las masas, ensayo sobre luchas culturales de la sociedad moderna,* Pretextos, Valencia, 2005, p.32

[2] A raíz del fin la Segunda Guerra Mundial y con el propósito de crear una alianza supranacional que garantizase la irrepetibilidad de los hechos acaecidos durante la misma se constituye la Organización de Naciones Unidas el 24 de Octubre de 1945 en San Francisco.

comenzando a dar como fruto disposiciones jurídicas más humanizadas y adaptadas a la falta de previsión existente ante el actual fenómeno migratorio. Buena muestra de ello es que las preocupaciones, tanto estatales como desde la Unión Europea, abren un margen de discrecionalidad a la imprevisión que está ocasionando la migración clandestina e indeliberada tanto entre países de la propia Unión como de terceros no pertenecientes a la misma.

Pero si de cuantificar se trata, quizá la verificación de datos más real que podamos establecer de la situación nos venga dada por la integración socio-laboral de los inmigrantes. Sobre este particular, la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social, en datos actualizados a Junio de 2014, indica que los demandantes de empleo inmigrantes a mayo de 2014 han sido 680.25, con una variación en negativo del 12,2% respecto al mismo período del año anterior. En relación con la tasa de paro registrado, tenemos que hablar de 540.542 y una tasa de variación también en negativo del 8,2%. Pero puede que lo más interesante sea la situación de los extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, cuyos datos en Junio del 2013 ascendían a la cifra de 5.503.977, con una variación en positivo sobre el estudio del 2012 del 3,2%[3].

No obstante, lo más sugestivo para el caso no es la situación regular de los inmigrantes, sino la irregular. Las cifras obviamente no son igual de precisas, pues si tomamos como referencia las estadísticas de la OCDE (por poner un ejemplo), se observa cómo no habían sido objeto de consideración, y por tanto no computaban más que en caso de regularización de su situación. Pero aún así, en los últimos tiempos la afluencia masiva inmigrantes sin permiso de residencia se ha convertido en uno de los objetivos a solventar por los países afectados en función de los riesgos que ello supone para su estabilidad territorial.

Cuando nos referimos a riesgos, nos referimos a riesgos en la vulneración de los Derechos Humanos de una parte y por otra, a riesgos que afectan a la seguridad jurídica. Son las caras evidentes de la decadencia de una sociedad que debe afrontar el reto de la existencia de variantes del fenómeno migratorio y, desde este particular, articular un concepto de seguridad global lo menos lesivo posible, ya que resulta muy fácil franquear el primoroso límite del que penden los Derechos Humanos en situaciones de extrema vulnerabilidad. Por ello, las características y consecuencias supeditadas al fenómeno migratorio (tanto regular como irregular) que desde la doble vertiente social y jurídica han preocupado y siguen preocupando a poderes públicos y a literatura jurídica y sociológica, se incluyen en estudios específicos que suelen clasificarse, con las obvias particularidades del análisis de cada uno de ellos, en: exclusión, inclusión e integración, multiculturalismo y minorías. Una clasificación reciente, que no obstante si parece haber estado en la base del pensamiento clásico, pues ya Beccaria en su ensayo jurídico *De los delitos y las penas* había dedicado un capítulo a los emigrantes, y

[3] Informe estadístico elaborado por el Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social. Pueden ser consultados en el siguiente enlace web: http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf

otorgaba cierta asimilación, no exenta de corte metafórico, a la noción de suicido con la de emigración[4].

Desde el punto de vista de los fenómenos migratorios, el desarraigo y la pertenencia grupal, así como el nivel de integración, han sido el eje de las disposiciones normativas orientadas a paliar posibles desajustes patrióticos con el "extranjero"[5]. Prueba de ello es, para el caso de España, la legislación dictada a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuyos criterios intentan minimizar los riesgos de la inmigración, por contra al estricto control y reconocimiento de la emigración[6], cuyo dogma legal no se produce hasta la promulgación de la Ley de emigración de 1907 de 21 de Diciembre y el Reglamento para su aplicación de 30 de abril de 1908[7].

Pero la dimensión real de la inmigración irregular no la encontramos en los análisis descriptivos y disposiciones normativas, sino en la historia vital de cada sujeto en cuestión. Un sujeto al que jurídicamente se le priva de su identidad ciudadana, y consecuentemente, se le priva de su derecho a integrarse en sociedad[8].

---

[4] "…Quien se mata hace a la sociedad un mal menor que el que sale para siempre de sus confines; pues aquél le deja todos sus bienes, pero éste se lleva a si mismo con parte de su haber. Incluso si la fuerza de la sociedad consiste en el número de ciudadanos, al sustraerse a si mismo y darse a una nación vecina, hace doble daño que el que simplemente sustrae con la muerte a la sociedad" En Albarca Junco, P. (y otros) *El extranjero en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 2012, p.361

[5] Tapinos y Delaunay consideran importante establecer "una distinción entre el criterio legal de nacionalidad (nacionales/extranjeros) y el criterio demográfico en el caso de los migrantes (nacido en el extranjero/nacido en el país) (que) depende del régimen migratorio (…) El primero es característico de los países que tienen una política inmigratoria explícita, a menudo países de colonización como los Estados Unidos, Canadá, Australia, que aceptan y a menudo alientan la migración y el asentamiento de los extranjeros. En estos países se hace una distinción entre "nacido en el extranjero" y "nacido en el país". Por otra parte hay países de inmigración laboral, como los europeos, que generalmente han considerado la inmigración como un fenómeno temporal, aunque muchos inmigrantes se establecen en definitiva en el país. En estos países, se establece una diferenciación entre extranjeros y nacionales, que se refleja en las estadísticas sobre migración. " En Tapinos, G., Delaunay, D., "¿Se puede hablar realmente de la globalización de los flujos migratorios?", *Notas de población*, vol.28,nº73, 2001, p. 19

[6] Sobre estas consideraciones "las Reales Órdenes de 16 de Septiembre de 1853, 12 de enero de 1865 y 6 de mayo de 1882, tienen en común la concepción de un súbdito sujeto al poder omnímodo del Estado; Estado que, pese a reconocer tímidamente la facultad de emigrar de los españoles, controla férreamente los supuestos en que esto es posible". En Albarca Junco, P. (et. al) *op.cit*.p.361

[7] La principal preocupación del legislador en la época, era la afluencia masiva de emigrantes hacia el continente Americano. Para estas consideraciones y consulta de datos histórico-estadísticos resulta interesante el trabajo elaborado por la Fundación Directa en colaboración con la Dirección General de Ciudadanía Española en el Exterior (Ministerio de Trabajo e Inmigración) y de la Agencia Española de Cooperación para el Desarrollo (AECID-Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación) que puede ser consultado en el siguiente enlace: http://www.migraventura.net/bienvenida

[8] Cabe distinguir entre excluido jurídicamente y excluido socialmente. En el primer caso la exclusión jurídica se realiza en base a las disposiciones normativas vigentes en un determinado territorio. La exclusión social para este particular es un sub-nivel dentro de la exclusión jurídica. Pues el inmigrante en situación irregular está excluido en primera instancia jurídicamente al no poder residir en el territorio. En consecuencia, su nivel de integración social con el entorno y costumbres del país en el que se encuentre en situación irregular serán inexistentes en base a recursos económicos, laborales, educativos, ayudas sociales y todas aquellas políticas específicas de las que pueden beneficiarse los inmigrantes en situación regular.

## 3. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LAS MINORÍAS: CONSIDERACIONES ESTATALES, SUPERESTATALES Y POLÍTICAS PÚBLICAS

La preocupación legislativa respecto a la seguridad jurídica y los derechos de las minorías derivadas del fenómeno migratorio tiene principalmente por base el análisis demográfico. A tal fin, la primera disquisición con la que debemos contar para asumir un concepto jurídico de una minoría es la presunción de que ésta no se define en base a sí misma, sino en base a su proporcionalidad con el resto de integrantes de un determinado lugar. El segundo elemento que debemos tener presente es una distinción tácita: lo que es una minoría desde la vertiente política y lo que es una minoría desde una vertiente jurídica.

Sobre este particular ha redundado la idea político-legislativa del tratamiento que han recibido hasta el momento. Así, a nivel europeo, es fácil llegar a considerar que se entrecruza la pretensión política, es decir, el concepto de minoría como ideario, con el concepto de minoría empleado en el artículo 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales del 2000 por la que adquiere (a nivel europeo) una solidez que hasta el momento no se le había reconocido expresamente a los grupos minoritarios más que en base a la Defensa de los Derechos Humanos. A pesar de todo una cobertura generalista pero que, con el trascurso temporal, fruto de la evolución y del reconocimiento social de "lo diferente", ha dado como resultado una diversificación y especialización socio-jurídica sobre líneas de actuación y aspectos a tratar en aquellos grupos sociales con características comunes identificables y disidentes a de las de su medio, siendo por ello por lo que la clasificación de las minorías, es decir, su delimitación grupal en muchos casos adjetivada, ha gozado o parece estar gozando de mayor consideración jurídica. Es fácil observar disposiciones que intentan paliar problemas específicos que se le atribuyen al grupo minoritario: lingüístico, étnico, religioso, etc., y cuyo fin es habilitar una armónica convivencia basada, políticamente, en la integración y jurídicamente, en la no interferencia. Tal y como debe entenderse de la lectura del principio de no discriminación, y que habilita la convivencia de idearios desde la expresión normativa[9].

Sin embargo, los intentos de dinamización e integración de las minorías en el contexto de la Unión Europea arrojan datos contradictorios. Se sigue en cierto modo, enfocando la cuestión de las minorías como la cuestión de la involución de la "diversidad visible"[10]. Todo ello a pesar de que desde la Agencia de Derechos Fundamentales

[9] El principio de no discriminación aparece recogido en el capítulo tercero, artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: "1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados".

[10] Las consideraciones acerca de la "diversidad visible" son las que han proporcionado el primer paso para la consolidación normativa del tratamiento de las minorías. Pues, si bien, como se ha indicado, la

de la Unión Europea[11] se está realizando un llamamiento al cambio en la orientación de las necesidades y derechos de los inmigrantes en situación irregular. Según una breve compilación de datos de la situación de los Derechos de los inmigrantes en situación irregular, titulado *Los Derechos Fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*[12], el trabajo de los países de la Unión debe centrarse en mitigar tres aspectos esenciales para todo ser humano como son la sanidad, la educación y la justicia.

Puede afirmarse por tanto, que la distribución geográfica y los flujos migratorios en términos generales (regulares e irregulares) son objeto de consideración por la normativa en orden a una doble distinción: político-económica y seguridad-jurídica. El primer binomio señalado es el que describe el caso de España y comúnmente de la Unión Europea. La cuestión de la emigración ha sido enfocada desde la repercusión en negativo a nivel económico interno más que en base a la recepción de los emigrantes, caso del segundo binomio señalado, tal y como ha sucedido en América Latina.[13].

Pero la situación del fenómeno migratorio con el transcurso temporal y la evolución de la sociedad ha adquirido tintes de globalización. Y suele ser desde ese particular, un fenómeno de referencia obligada, cuya explicación, como aclara Tapinos en términos económicos, viene dada por los cambios que se producen en el comercio económico internacional, lo que prosiguiendo con las disquisiciones conceptuales, podría traducirse en el intento de encontrar una adecuación entre la inmigración y la inmigración irregular, o lo que se ha llegado a denominar en algunas ocasiones "inmigración sostenible" (también en términos económicos). Salvadas las distancias, en este marco de equilibrio es donde parecen ubicarse las pretensiones del Gobierno en

---

protección de las minorías desde el fin de la Segunda Guerra Mundial se amparan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, también podríamos situar el inicio del reconocimiento legislativo de las mismas en torno a las consideraciones sobre la propuesta de incluir una disposición destinada a la protección específica de las mismas en dicho texto, que finalmente no llegó a incluirse. Pero aún así, la idea de la existencia de las diferencias ya gravitaba en el marco de un planteamiento superestatal de la protección de unos Derechos Humanos Universales.

[11] En funcionamiento desde el 1 de Marzo de 2007 y creada por el Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007 que establece sus objetivos en el artículo 2: "El objetivo de la Agencia será proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas."

[12] Puede consultarse la hoja informativa en el siguiente enlace web: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf

[13] A mediados del siglo pasado, principalmente a finales de la década de los años 50 y comienzos de los 60 "motivaciones de carácter económico, impulsaron al Estado a fomentar y controlar en la medida de lo posible la mano de obra española al extranjero. Se trataba de un medio idóneo tanto de abrir la válvula de presión que contenía la complicada situación interior, como para aportar flujos monetarios del exterior, remesas que ayudaran al relanzamiento de la maltrecha economía española. Fruto de esta Ordenación son las Leyes 93/60, de 22 de Diciembre de Bases para la Ordenación de la Emigración y 1000/62, de 3 de Mayo, de Ordenación de la Emigración." En Albarca Junco, P. (y otros) op.cit., p.364

la *Estrategia Nacional de Seguridad. Un proyecto compartido*. Las previsiones acerca de la situación de los flujos migratorios, y en consecuencia, de las necesidades específicas que las políticas públicas deben afrontar, están centradas en torno a las circunstancias de España como país comunitario, afrontando un descenso en el número de llegadas, y en el concepto de Europa como un "interesante" destino para la inmigración. La repercusión, un tanto obvia de este fenómeno, se torna en retos que deben ser asumidos en términos de vulnerabilidad jurídica de los inmigrantes ilegales, en términos de minorías sociales[14].

## 4. MINORÍAS IMPROPIAS: REPRESENTACIÓN E INCERTIDUMBRE SOCIO-JURÍDICA

La perspectiva teórica del estudio de las minorías invita a considerar que los modos sociales del hombre desde una perspectiva histórico-filosófica son las representaciones[15] que tomadas en su generalidad identifican el conjunto de costumbres culturales, el sistema organizativo y los estratos sociales a-relacionales distintivos de un período temporal determinado, y que por tanto sirven, en base a documentación, de referente para los estudios sociales actuales. Como bien sabemos, esta representación de cada período histórico está estipulada por las relaciones que se han establecido entre los estratos que componen cada sociedad, lo que incluye los conflictos de integración social propios de cada período histórico con sus particulares características. Por tanto, podemos considerar que los diversos caracteres sociales constitutivos de las relaciones que ha establecido el hombre a lo largo de la historia son invariables desde el punto de vista modal, pero no representacional. Es decir, los fenómenos de inclusión y exclusión social son inherentes a la condición misma de sociabilidad y, por

[14] "Nuestro país se enfrenta a múltiples desafíos derivados del asentamiento de las corrientes migratorias irregulares. Algunas condiciones especialmente preocupantes pueden ser: a) un incremento de los procesos de inaptabilidad y de falta de identificación con la sociedad española derivados del debilitamiento de la cohesión social b) Un incremento de la conflictividad social derivada del empeoramiento de las condiciones de vida y del aumento de procesos de exclusión c) La creación de guetos urbanos y sus efectos sobre la convivencia, la cohesión social y la integración de los inmigrantes d) un incremento de la vulnerabilidad de los inmigrantes como destinatarios de formas de explotación laboral, de la acción de grupos criminales organizados vinculados a la trata de personas y el tráfico de drogas." *Estrategia Nacional de Seguridad. Un proyecto compartido*, p. 32-33. Puede consultarse en el siguiente enlace web: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0BB61AA9-97E5-46DA-A53E-DB7F24D5887D/0/Seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf

[15] "Las teoría de las Representaciones Sociales se ocupa de un tipo específico de conocimiento, es una forma de conocimiento elaborado socialmente, compartido por el grupo, que tiene una orientación hacia la práctica, y por consiguiente, orientado a la construcción de una realidad social. Las Representaciones Sociales se caracterizan por su ubicación estratégica en la intersección, constituyen una manera particular de enfocar la construcción social de la realidad. Este enfoque presenta la gran ventaja de situarse en el punto que conjuga, por igual, las dimensiones cognitivas y sociales." En Bueno Abad, J.R., *El concepto de representaciones sociales y exclusión*. En *Acciones e investigaciones sociales*, Nº 11, 2000 (Ejemplar dedicado a: Jornadas conmemorativas del X Aniversario de la incorporación de Trabajo Social a la Universidad de Zaragoza, con el título "Exclusión, Vejez y Trabajo Social" : 6, 7 y 8 de abril) p.30

tanto, tienen cabida en una supuesta ontología excluyente que se establece desde la proyección social del hombre y su consiguiente posicionamiento, es decir, en la manifestación externa.

La existencia de este arraigo cultural excluyente en la sociedad opera en tres niveles: a) Nivel privativo respeto de la inclusión social- el punto de partida es una existencia consuetudinaria a la exclusión de lo diferente. Se presupone que el derecho a la inclusión social radica en el hecho de nacer en una sociedad constituida, y que como tal, establece unas pautas de comportamiento que directa o indirectamente obligan al sujeto en su comportamiento. Por tanto, un comportamiento social, exteriorizado y diferente al de los demás sujetos del entorno mediato, es causa directa de una posible exclusión por parte de lo social en una consideración global y de una inclusión en un colectivo o grupo minoritario, b) Nivel privativo respecto a la exclusión social- el nivel anterior indica la carencia de inclusión respecto a aquellos sujetos cuyo comportamiento sea diferente. Sin embargo, este segundo nivel hace referencia a la exclusión social que pueden sufrir los sujetos desde si mismos. O lo que es lo mismo, la tendencia del sujeto a no integrarse plenamente en el entorno mediato que le rodea, pero cuyo punto de partida tiene origen en la voluntad del propio sujeto[16], c) Nivel ordinario- el individuo no suele plantearse el problema de la integración social y/o su posible exclusión de algunos ámbitos de lo social como propio.

### 4.1. Seguridad, alteridad jurídica y flujos migratorios: ¿el riesgo de la diferencia?

El análisis de las minorías ha girado por norma general en torno a la problemática que suscita la aparición de un grupo con características diferenciadas a las de su medio-entorno. Pero la cuestión por la conformación de un criterio que establezca su posicionamiento social ha estado en entredicho, pues no son pocas las aportaciones doctrinales dispares que intentan concretar un concepto de minoría, intentado adaptarlo o realizando un análisis comparativo con lo particular del lugar de asentamiento y de dicha minoría. Es de reseñar la que quizá es una de las aportaciones más importantes sobre esta temática, aquella que califica al grupo minoritario en base a la integración socio-jurídica que éste ostente y que se aleja sobremanera de la exclusiva delimitación del concepto de minoría al que estamos acostumbrados desde la literatura jurídica. Ésta ha sido planteada por Parekh en tres modelos diferenciados en los que conjuga cultura, modelo político y tipo de participación del estado en las formas de integración: modelo procedimental, modelo cívico-asimilacionista y modelo *millet*[17].

[16] Para un estudio con mayor detarlle sobre la auto-exclusión social y la conformación de minorías dentro de la propia minoría puede consultarse: Lage Cotelo, M., Pérez Álvarez, S., Exclusión, Autodeterminación y Conciencia de los miembros de las minorías en una sociedad plural, *Laicidad y Libertades escritos jurídicos*, nº13, 1, 2013, p. 297-328

[17] A este respecto, Parekh describe los modelos citados de la siguiente manera: "Según el punto de vista procedimientalista, las profundas diferencias morales y culturales existentes en las sociedades multi-

Pero la realidad ofrece un contexto de incertidumbre, tanto a nivel político como jurídico, en la que está enclavado el panorama internacional y que está provocando la aparición de nuevos grupos minoritarios que podemos calificar en base a la impropiedad.

En primer lugar, la alusión al término impropiedad comporta que nos expliquemos en términos del porqué de dicha adjetivación. Esto invita a que consideremos el aspecto esencial por el que de ordinario se suele establecer una clasificación de las minorías: la identidad.

Las minorías suelen ser definidas por sus señas de identificación no legislativa. Es decir, la definición de minoría no atiende a una disposición positivada específica que las clasifique, ni tan siquiera que nos ofrezca una comprensión conceptual de las mismas. Proviene de la definición tradicional en base a cultura y sociedad. Por tanto, una minoría suele estar definida en función de criterios distintivos específicos, bien culturales, bien ideológicos. Criterios de los que el individuo es consciente (o suele serlo) y no evita ostentarlos. Pero por otra parte existe el curioso efecto de grupos minoritarios que lo son en base a procesos de exclusión social atípica. Es decir, el individuo, no consciente de su falta de integración por factores ajenos a su condición (nivel b) privativo respecto de la exclusión social), está relegado a la marginación social, entendida como la no integración. Este doble sentido que caracteriza a todo proceso excluyente, puede concretarse en la expresión "minorías impropias"[18]. Ciertamente, la consideración de una minoría como tal, presume un vínculo entre esta minoría y la sociedad, a la vez que un posicionamiento de la sociedad respecto a un tipo particular de características que detentan unos sujetos.

A pesar de lo anterior, la existencia de las minorías impropias adolece de un rasgo distintivo y propio que las caracteriza y que es fácilmente localizable y puede aplicarse a la situación socio-jurídica del inmigrante irregular: el *estar-en* la sociedad de modo

culturales no pueden resolverse de forma racional y lo único que debería preocuparnos es asegurar la paz y la estabilidad. Esto repercute en un Estado formal y neutral, que fije las reglas de conducta mínimas y necesarias que permitan a los ciudadanos que se sometan a ellas ser libres para llevar la vida que elijan (…) El enfoque asimilacionista cívico está a mitad de camino entre el procedimentalismo y el asimilacionismo simple (Ralws) (…) Para los defensores de este enfoque la unidad de la comunidad política sólo se logra compartiendo una cultura política, que incluiría valores públicos o políticos, ideales, prácticas, instituciones, formas de discurso político y de entenderse a sí mismos. A no ser que los ciudadanos compartan una cultura de este tipo, no pueden entablar un diálogo con sentido, formular y resolver sus diferencias o perseguir objetivos comunes (…) Según los defensores del modelo de millet, los seres humanos son sobre todo seres culturales que forman parte integrante de su comunidad. Todo lo que verdaderamente les importa, sus costumbres, prácticas, valores, sistemas de significado, sentido de identidad, continuidad histórica, normas de conducta y modelos de vida familiar, derivan de su cultura. En tanto que institución esencialmente legal y administrativa, el Estado no tiene status moral y su única razón de ser es el sostener y alimentar a las comunidades culturales que lo constituyen." En Parekh, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, p.297-298

[18] Lage Cotelo, M., "Derechos Fundamentales e Integración Socio-Jurídica: un análisis doctrinal de la identidad del sujeto", Ponencia presentada en el "IX Simposio Internacional La racionalidad jurídica" en el CCHS-CSIC, 24 de Abril de 2014.

figurativo. Una lectura que invita a pensar en la "crueldad" de dicha expresión, ya que la impropiedad de una minoría surge en el momento en el que la determinación de la adscripción de un individuo a un grupo proviene del ente estatal, por ende ente jurídico, que desde lo normativo condiciona.

### 4.2. Hacia un nuevo arquetipo de seguridad jurídica para las "minorías impropias" derivadas del fenómeno migratorio en contexto de la Unión Europea

Desde el punto de vista de la seguridad, la existencia de este tipo de minorías definidas por su impropiedad, y dentro de ésta la diversidad que puede comportar su concreción por causa de la ambigüedad, son un exponente de incertidumbre. El caso más relevante de la cuestión es que en base a la impropiedad de una minoría podemos establecer una nueva clasificación de grupos sociales cuyas características no han sido cuantificadas hasta el momento. El problema de este hecho, es que la impropiedad que de suyo comporta toda minoría aplicada al contexto de los flujos migratorios irregulares ofrece como resultado el único criterio desde el que se está trabajando hasta el momento: seguridad interior.

En efecto, la consecuente pérdida de identidad (entendida a nivel jurídico como identidad ciudadana) comporta el *hándicap* añadido del futuro incierto de esos inmigrantes ilegales en el país de recepción, lo que repercute en el nivel de integración social, en el conflicto cultural y adaptativo, y deriva, en lo fundamental, de la situación irrevocable de clandestinidad a la que están consignados por regla general, ya que, de facto, la clandestinidad, tanto a nivel personal como a nivel social, sólo encuentra como medio de subsistencia el comportamiento delictivo[19].

Las numerosas disposiciones específicas encargadas de proteger los Derechos Humanos de inmigrantes y refugiados hacen hincapié en la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran, tanto en situación regular como irregular. Si bien la situación de la migración irregular comporta el quebrantamiento de la legalidad en cuanto a derechos territoriales se refiere, esto no ocurre así con los derechos inherentes del migrante irregular como persona, cuyo objetivo inicial debe, y así lo hace la legislación, considerarse idéntico al de los migrantes con situaciones regulares. La diferencia que puede establecerse entre ambos tipos de realidades no sólo parece estar en el centro del pensamiento político, sino que jurídicamente la preocupación por la integración de aquellos inmigrantes en situación irregular parece encontrar cabida en

[19] Respecto a comportamiento delictivo, cabe matizar que pueden darse dos opciones:

A) Que la pretensión inicial del migrante en situación irregular sea conocida de antemano y su "proyecto vital" en el país de recepción consista precisamente en el delito como medio de subsitencia. (Ej: Dentro de este marco general pueden ubicarse la pertenencia a bandas organizadas). B) Que la pretensión inicial del migrante en situación irregular sea desconocida de antemano y "proyecto vital" sea desde esta perspectiva ingenuo en tanto pretenda encontrar una mejoría en las circunstancias a todos los niveles.

un marco jurídico específico que intenta consolidar los derechos de los inmigrantes irregulares.

El *Pacto Europeo sobre la Inmigración y el Asilo* acordado en el 2008[20], dejaba entrever un cambio sustancial[21]. Inquietaba de modo especial la migración irregular en términos de seguridad, como puede deducirse de las cinco líneas de estratégicas de actuación diseñadas para mitigar las consecuencias negativas de la inmigración, siendo interesantes para el control del flujo irregular de inmigrantes y el fortalecimiento de los controles fronterizos.

Los análisis sobre la seguridad anual realizados por Frontex[22] arrojan un implemento de los flujos migratorios irregulares desde el 2012, así como un implemento en el número de asilos. Concretamente en el 2013, la detección de inmigrantes ilegales ascendía a 345. 000. Pero el mayor problema no es la detección y clasificación de dicha situación irregular, sino la forma tanto jurídica como humana de solventar un problema en auge. El citado informe denuncia las graves dificultades que comporta gestionar el fenómeno migratorio irregular y sus consecuencias, como lo son el crimen organizado, el tráfico de seres humanos, tráfico de drogas etc[23], cuyo nexo común es la clandestinidad de la identidad del ser humano, siendo precisamente en ella donde se observa la doble crisis a la que se enfrentan los poderes públicos: la crisis axiológica y la crisis de la seguridad jurídica. Si aceptamos la existencia de un derecho ontológico a la integración en base a la identidad, y entendemos que la normativa dictada al efecto pretende la salvaguardia de los Derechos Humanos, existe un problema consustancial a los fenómenos migratorios irregulares que quiebra con las ideas precedentes: la impropiedad de toda minoría adscrita a fenómenos migratorios surge en el mismo momento en el que el derecho a la existencia está adherido a la habilitación territorial de unos Derechos Humanos que no son en efecto Universales, sino que están supeditados a demarcaciones territoriales. Algo que por otra parte no es un hecho novedoso, pero con el que si ha intentado lidiar la legislación, en este caso tanto la estatal como la Europea, y cuya realidad legislativa está todavía muy lejos de la realidad social.

---

[20] Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, acordado en Bruselas el 24 de Septiembre de 2008.

[21] Los objetivos del Consejo Europeo en el Pacto sobre la Inmigración y el Asilo se centran en cinco líneas de actuación específicas, que sucederán en el 2010 al programa de la Haya: "1 )Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado Miembro, y favorecer la inmigración. 2) Combatir la inmigración irregular, garantizando entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular. 3) Fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras 4) Construir una Europa de asilo. 5) Crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo." Pacto Europeo sobre la Inmigración y el Asilo, Consejo de la Unión Europa, Bruselas 24 de Septiembre de 2008

[22] Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión, tiene por sede Varsovia y ha sido creada en el 2002 con el objetivo de gestionar y reforzar los problemas transfronterizos. Puede consultarse toda la información acerca de la agencia en su correspondiente página web: http://frontex.europa.eu/

[23] Interesante a este respecto una lectura íntegra del informe anual de Frontex: Annual Risk Analysis 2014, en el que se desglosan los tres ítems mencionados.

## 5. CONCLUSIONES

El planteamiento generalista al que nos tenía acostumbrados el elenco legislativo respecto al tratamiento de la diversidad social vinculada a los fenómenos migratorios ha variado notoriamente. Numerosos son los factores que posibilitaron este hecho, con las consecuentes ventajas e inconvenientes. No obstante, la diversidad social y su gestión es una temática que no ha estado exenta de cierta polémica. Ya en los orígenes de la construcción y consolidación de la Unión Europea, cuyo propósito era establecer una "alianza económica", no se había pasado por alto el hecho de que el acercamiento entre países europeos pudiese dar como fruto una "sociedad móvil". Estos planteamientos iniciales estaban pensados y diseñados desde un matiz positivo. Sin embargo, la realidad de los países de la Unión Europea tanto a nivel económico como social ha evolucionado de modo dispar. Y ha sido precisamente este hecho, conjugado con la fuerte crisis en la que se ha visto envuelta la economía mundial lo que está desbordando toda previsión de desplazamientos legales e ilegales entre países de la Unión y terceros países. Y lo que hacía pensar en la consecución futura de un posible estatuto jurídico supranacional del migrante en base a destrezas legales determinadas y llegar a considerar la situación como controlable, está excediendo con creces todas las expectativas legislativas existentes. En consecuencia, lo que parecía un problema fácilmente subsanable es a día de hoy una preocupación más que presente en el pensamiento jurídico gubernamental.

Los objetivos jurídicos ante esta situación de fluctuación poblacional pueden deducirse de la palmaria normativa dictada al efecto basada en un aumento del control fronterizo para de este modo mitigar las consecuencias inmediatas del fenómeno migratorio irregular. Una normativa que pretende adecuarse no sólo al ámbito territorial, sino en la que se observa un proceder más humanizado y respetuoso con la dignidad de las personas. Es lógico que, por otra parte, los conflictos derivados de los flujos migratorios irregulares ocasionen peligros que colisionan con los Derechos del Estado, cuyo fin último es preservar la integridad y seguridad territorial. Y que desde la perspectiva expuesta concurre en una crisis socio-estructural en la que debe reconciliarse en primer lugar un aspecto tan básico como el estigma que sigue preponderando en torno a "lo diferente".

A fin de cuentas, el fenómeno migratorio irregular no sólo pone en evidencia las carencias más esenciales de una sociedad que hasta el momento parece haberse preocupado más de la economía que propiamente de "Derechos", hecho que ha trascendido de modo negativo en el al ámbito más privado de *lo que un ser humano es*: su identidad jurídica y social.

Es precisamente a partir de la identidad desde donde se está comenzando a repensar un concepto legislativo de seguridad que preocupa en términos "absolutos", pues afecta a la seguridad ciudadana (colectiva) y a la seguridad personal (individual) de igual manera. Pero quizá lo más preocupante de la situación es que puede pensarse en un futuro complejo para la resolución de esta cuestión. Pues difícilmente pueden ser resueltas con solvencia jurídica aquellas cuestiones en las que la situación particular

de los individuos está adherida a cuestiones jurisdiccionales. Desde este particular, los migrantes, como individuos, no han dejado de ser las víctimas de un sistema jurídico que a pesar de haber aspirado a consolidar sus derechos a lo largo de la historia, no ha dejado de tratarlos como una "minoría" (socio-jurídica).

## BIBLIOGRAFÍA

ALBARCA JUNCO, P. (y otros) *El extranjero en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 2012

BUENO ABAD, J.R., El concepto de representaciones sociales y exclusión. En *Acciones e investigaciones sociales*, Nº 11, 2000 (Ejemplar dedicado a: Jornadas conmemorativas del X Aniversario de la incorporación de Trabajo Social a la Universidad de Zaragoza, con el título "Exclusión, Vejez y Trabajo Social": 6, 7 y 8 de abril)

LAGE COTELO, M., "Derechos Fundamentales e Integración Socio-Jurídica: un análisis doctrinal de la identidad del sujeto", Ponencia presentada en el "*IX Simposio Internacional La racionalidad jurídica*" en el CCHS-CSIC, 24 de Abril de 2014.

LAGE COTELO, M., PÉREZ ÁLVAREZ, S., Exclusión autodeterminación y conciencia de los miembros de las minorías en una sociedad plural, en *Laicidad y Libertades escritos jurídicos*, nº13 vol. 1, 2013

PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, p.297-298

SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas, ensayo sobre luchas culturales de la sociedad moderna,* Pre-textos, Valencia, 2005.

TAPINOS, G., DELAUNAY, D., "¿Se puede hablar realmente de la globalización de los flujos migratorios?", *Notas de población*, vol.28, nº73, 2001

## DOCUMENTACIÓN

Estadística Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social: http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf Consultado el 18 de Junio de 2014

Migraventura: http://www.migraventura.net/bienvenida Consultado el 17 de Junio de 2014

*Estrategia Nacional de Seguridad. Un proyecto compartido:* http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0BB61AA9-97E5-46DA-A53E-DB7F24D5887D/0/Seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf Consultado el 19 de Junio de 2014

Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados Miembros de la Unión: http://frontex.europa.eu/ Consultado el 26 de Junio de 2014

Hoja informativa Los Derechos Fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea:http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT.pdf Consultado el 6 de julio de 2014

Annual Risk Analysis:
http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2014.pdf Consultado el 8 de Julio de 2014

Reglamento (CE) Nº 168/2007 del Consejo de 15 de Febrero de 2007 por el que se crea la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión, (DO L 53/2 de 22 de Febrero de 2007)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2000/C 364/01) (DOUEC num. 364 de 18 de Diciembre de 2000)

Pacto sobre la inmigración y el Asilo, Bruselas, 24 de Septiembre de 2008.

# VII.
# EMERGENCIAS Y CATÁSTROFES

# LA RESPONSABILIDAD SOBERANA PARA FORTALECER LA SEGURIDAD CLIMÁTICA

Susana Borrás Pentinat

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT), Universidad Rovira i Virgili, Tarragona (España).*

## 1. INTRODUCCIÓN: AMENAZAS Y REALIDADES CLIMÁTICAS

El cambio climático constituye una grave amenaza para la seguridad internacional, especialmente para aquéllos países más vulnerables a sus efectos. El Cuarto Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) ya afirmaba, con una rotundidad del 90%, que el cambio climático es consecuencia de la actividad humana, prediciendo incrementos en el promedio de la temperatura del aire y del océano, el deshielo, el incremento del nivel del mar a nivel mundial. Las proyecciones indican cambios de temperatura a finales del Siglo XXI respecto finales del S. XX, que pueden oscilar en un rango entre 1,8 y 4ºC. Por encima de los 2ºC, muchos impactos serán irreversibles: el agua potable y los alimentos escasearán; desaparecerán muchas especies animales y vegetales; muchas tierras dejarán de ser cultivables; se alterará gravemente del perfil de las costas; aumentará la difusión de enfermedades infecciosas, los desastres naturales serán más frecuentes, aumentarán los índices de mortalidad debido a inundaciones, tormentas, sequías y olas de calor, etc. Estos acontecimientos climáticos extremos han aumentado en frecuencia y gravedad y plantean cuestiones fundamentales con respecto a la idoneidad del régimen internacional actual en materia de asistencia humanitaria a las víctimas de los desastres naturales. En la actualidad, no existe un tratado multilateral equivalente a los Convenios de Ginebra de 1949[1]—que se aplican a las víctimas de los conflictos armados—, en el que se estipule el derecho de las víctimas de los desastres naturales a recibir ayuda humani-

[1] En particular, el IV Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

taria[2]. Tampoco la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados protege a las personas que se ven desplazadas a través de las fronteras debido a los desastres naturales y a los efectos del cambio climático.

Los efectos adversos del cambio climático interfieren en el disfrute de los derechos humanos, en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, y, por lo tanto, amenazan el desarrollo, la estabilidad, la paz y la seguridad en los planos nacional e internacional. La alteración brusca del sistema climático y la desprotección legal a la que se enfrentan sus víctimas pone de manifiesto que la concepción de la seguridad humana transciende a los intereses nacionales de los Estados y se supedita a las necesidades de sus poblaciones, añadiendo otra dimensión, la seguridad climática, como aquélla que debe prevenir a las poblaciones de los riesgos y amenazas que genera el cambio climático.

Por consiguiente, la seguridad climática se debe construir mediante la asunción de la responsabilidad del propio Estado de proteger a su población de los riesgos, amenazas y desastres climáticos, consintiendo la asistencia internacional. Pero también, la responsabilidad de los demás Estados de mitigar el cambio climático, basándose en la mejor información científica disponible y de acuerdo con su contribución histórica al cambio climático para garantizar que todas las personas puedan adaptarse a los efectos adversos del cambio climático y procurar la protección de sus derechos humanos. En efecto, la exposición a los efectos radicales del cambio climático no puede ser analizada sin determinar las responsabilidades de los grandes emisores de gases de efecto invernadero en su contribución a generar este problema global: la mayor o menor contribución histórica debe determinar, de acuerdo con el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, un mayor nivel de responsabilidad y compromiso, no solo respecto a la mitigación, sino también respecto a la asistencia a aquellos Estados más vulnerables que ya sufren las consecuencias del cambio climático.

Tal y como menciona el preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), "la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas"[3].

La responsabilidad, que incumbe a los principales emisores de gases de efecto invernadero, debería incluir la acción de protección ante eventuales emergencias huma-

[2] En 1984, la Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre (ONUSCD) intentó trazar un proyecto de convenio sobre la asistencia de urgencia. En el preámbulo del proyecto de convenio se dice que «la comunidad internacional ha prestado asistencia de manera voluntaria en casos concretos de desastre, y sigue prestándola cuando es necesario». *Vid.* el proyecto de convenio de la ONU para facilitar la asistencia de urgencia, art. 1, inciso. 1c), Doc. de la ONU A/39/267/Add.2, 1984. También consultar «Strengthening the coordination of humanitarian emergency assistance of the UN», Resolución 46/182 de la Asamblea General de la ONU del 19 de diciembre de 1991.

[3] BOE de 1 de febrero de 1994.

nitarias surgidas como consecuencia de los efectos del cambio climático, que azotan a los países más vulnerables, los cuales son incapaces de proferir protección a su propia población. Es en esta situación en la que se plantea la posible aplicación de la doctrina de la "Responsabilidad de Proteger" (R2P, por su acrónimo en inglés), según la cual los Estados soberanos tienen la obligación de defender a su población pero, cuando no pueden o no quieren hacerlo, también entra en juego la responsabilidad del conjunto de Estados del mundo. No obstante, la doctrina R2P es una cuestión ciertamente novedosa en el ámbito del Derecho internacional y que todavía no encuentra unanimidad en la doctrina. Esto, sin duda dificulta una posible ampliación del principio para hacer frente a las crisis humanitarias emergentes, como aquéllas surgidas de los desastres climáticos. Esta no es una cuestión baladí, sobre todo si se tiene en cuenta que los desastres climáticos, tales como terremotos, huracanes, sequías o inundaciones entre otros, afectan a unos 250 millones de personas cada año. Además los pronósticos no son muy alentadores, para los próximos años se estima que el número de desastres climáticos podría crecer hasta en un 50% generando 375 millones de víctimas anuales. A pesar de la gran envergadura e impacto de algunos de estos desastres, el Derecho internacional que regula las actividades relacionadas con la ayuda humanitaria y protección de las víctimas en estas situaciones está muy poco desarrollado[4]. El vacío normativo existente se debe, en cierto modo, a la consideración de estos fenómenos como naturalmente inevitables, que se convierten en autenticas catástrofes cuando la gestión del desastre fracasa. Esta realidad no deja de ser preocupante si se tiene en cuenta que los desastres naturales afectan con mayor severidad y frecuencia en los países menos desarrollados, ya que cuentan con menos recursos y capacidad para hacer frente a estas situaciones. Es en este contexto que se plantea una intervención efectiva de la comunidad internacional, con el fin de atenuar los efectos y proteger a las víctimas desatendidas por la incapacidad de las autoridades locales.

La ayuda internacional es primordial para brindar asistencia a las víctimas de los desastres en aquellas situaciones en las que el Estado afectado no cuenta con los mecanismos, capacitación o recursos necesarios para hacer efectiva una respuesta adecuada, o en los casos en que la magnitud del impacto del evento es tal, que es necesario que los mecanismos de respuesta de las autoridades locales se vean reforzadas con la llegada de ayuda externa.

La incapacidad de los Gobiernos para prestar ayuda o solicitar asistencia exterior con prontitud ha provocado, sin duda, graves sufrimientos. Por consiguiente, se plantea la aplicación de la R2P en estas situaciones como necesaria para colmar el vacío

[4] Según la Corte Internacional de Justicia, la ayuda humanitaria permitida durante los conflictos armados se define como «el suministro de alimentos, ropa, medicamentos y otra asistencia humanitaria, y no incluye el abastecimiento de armas, sistemas de armas, municiones, u otros equipos, vehículos, o materiales que puedan usarse para provocar lesiones graves o la muerte». *Vid.* Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), Judgment, *ICJ Rep*., 1986, pp. 157 y 125. Pese a que esta declaración se formuló en el marco de un conflicto armado, en principio no hay objeciones para su aplicación en caso de desastre natural.

entre legalidad y legitimidad en las intervenciones de la comunidad internacional con el objetivo de proteger los derechos humanos en circunstancias extremas.

El presente artículo analiza precisamente la posibilidad de ampliar esta doctrina para dar cabida a situaciones tales, como son las producidas por el cambio climático, que constituyen una amenaza real, que comprometen la seguridad humana de las poblaciones más vulnerables del mundo y que exigen la intervención proteccionista de los Estados, especialmente de aquéllos, que más responsabilidades se les atribuye por haber contribuido al fenómeno del cambio climático.

## 2. LA NUEVA AMENAZA A LA SEGURIDAD HUMANA: EL CAMBIO CLIMÁTICO

En 1987 la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo afirmó que era necesario "ampliar la noción de seguridad de forma que, además de las amenazas políticas y militares a la soberanía nacional, también se incluyera la incidencia creciente de los atentados al medioambiente en el ámbito local, nacional, regional y mundial". Entre estos nuevos desafíos a los que se enfrenta la comunidad internacional en su conjunto y que cuestionan la seguridad humana está el del cambio climático.

En 1994 se asienta un nuevo concepto de seguridad internacional, el de seguridad humana, a través del Informe del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Humano (PNUD), en el que además se estableció el principal indicador del Índice de Desarrollo Humano (IDH). Entones, la seguridad humana se concibe desde dos vertientes: seguridad contra amenazas crónicas, tales como el hambre, la enfermedad o la represión. Y seguridad como protección contra alteraciones súbitas y dolorosas de la vida cotidiana. A partir de entonces, la noción de seguridad se centra en el bienestar del ser humano y se clasifica en siete, las posibles amenazas contra la seguridad: la seguridad económica, la seguridad alimentaria, la seguridad en materia de salud, la seguridad ambiental, la seguridad personal, la seguridad de la comunidad y la seguridad política. El PNUD añadía a este concepto que "La pérdida de la seguridad humana puede ser un proceso lento y silencioso o una emergencia abrupta y estridente. Puede ser obra humana, como resultado de opciones erradas de política. Puede ser consecuencia de las fuerzas de la naturaleza. O puede ser una combinación de ambos casos, como ocurre con frecuencia cuando el deterioro del medio ambiente desemboca en un desastre natural, seguido de la tragedia humana"[5].

Con esta nueva concepción de seguridad, se ponía de manifiesto la gran panoplia de amenazas a las cuales se podía enfrentar la Humanidad. Así lo constataba Kofi Annan, en su informe titulado *Nosotros los pueblos*, pronunciado ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU),

[5] PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano de 1994*, p. 26.

> «*La seguridad no puede ser definida solo como la ausencia de conflicto armado, ya sea dentro del Estado o entre diferentes Estados. Los abusos de los derechos humanos, los desplazamientos de la población civil, el terrorismo internacional, la pandemia del SIDA, el tráfico de armas, de drogas y de personas, los desastres medioambientales, representan una amenaza directa a la seguridad humana, forzándonos a adoptar una estrategia coordinada*»[6]

Por lo tanto, se puede afirmar que el cambio climático y sus consecuencias constituyen una de las amenazas contra la seguridad humana, en cuanto puede ser generador de grandes desastres naturales y humanitarios. Así, por ejemplo, la organización no gubernamental (ONG) Alert International ha identificado 46 países con un elevado riesgo de conflicto armado debido al cambio climático y 56 Estados amenazados de inestabilidad política[7]. Según el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, la degradación de las tierras ha provocado, junto con otros factores, enfrentamientos por los recursos en el conflicto de la región de Darfur del Sudán y en otros conflictos en África[8]. En este sentido, no sólo los desastres naturales inducidos por el cambio climático, con un impacto sobrevenido e inminente, son el foco de emergencias humanitarias (tsunamis, terremotos, tornados, huracanes, tifones,…), sino también el deterioro progresivo de los recursos naturales por la escasez de agua, por ejemplo, conducen a una amenaza a la seguridad humana y a un riesgo real y/o potencial de conflictividad.

Además, los problemas que a menudo enfrentan las personas afectadas por las consecuencias de los desastres naturales incluyen: acceso desigual a la asistencia; discriminación en la prestación de asistencia; reubicación forzosa; violencia sexual y por motivos de género; pérdida de documentación; reclutamiento de niños en las fuerzas combatientes; regreso o reasentamiento peligroso o involuntario; y cuestiones relacionadas con la restitución de la propiedad. Las poblaciones afectadas se ven muy a menudo forzadas a abandonar sus hogares o lugares de residencia debido a la destrucción de sus casas y viviendas por erupciones volcánicas, tsunamis, inundaciones, sequía, deslizamientos de tierra, terremotos y tornados. Por consiguiente, una gran cantidad de personas son internamente desplazadas debido a estos desastres o por el temor a futuros daños.

Ante los riesgos y las consecuencias que supone el cambio climático, en 2008 el Consejo de Derechos Humanos, en su Resolución 7/23, pidió a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) que realizara un estudio sobre los derechos humanos y el cambio climático. El estudio[9]

---

[6] *Vid.* Annan, K., *Informe del Milenio Naciones Unidas*. New York, 2000.

[7] Puede encontrarse información sobre los indicadores y criterios utilizados para la evaluación de los países en "A climate of conflict: the links between climate change, peace and war", International Alert, noviembre de 2007, págs. 18 y 19, disponible en www.international-alert.org/pdf/A_Climate_Of_Conflict.pdf (última consulta 29 de abril 2014).

[8] Consultar Doc. A/HRC/7/5.

[9] Consultar Doc. A/HRC/10/61.

se presentó en 2009 y abordaba, entre otras cosas, las consecuencias de los desplazamientos y los conflictos inducidos por el cambio climático. También analizaba las consecuencias del cambio climático en las obligaciones pertinentes con arreglo a la normativa internacional de derechos humanos.

Un año después, el Secretario General ONU, a través de un informe titulado "Cambio Climático y sus posibles implicaciones en materia de seguridad" señalaba que el cambio climático es una amenaza para los derechos humanos y para el desarrollo económico; produce tensiones y conflictos por los recursos; puede poner en peligro las bases de la existencia del Estado; y su efectos pueden provocar cambios en la disponibilidad y acceso a los recursos naturales. También la Resolución 63/281 de la Asamblea General de la ONU establecía que "la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas"[10]. Asimismo señalaba que el cambio climático es una amenaza para los derechos humanos y para el desarrollo económico, que produce tensiones y conflictos por los recursos, y que puede poner en peligro una de las bases de la existencia del Estado, como el territorio estable, y en algunos casos su propia supervivencia.

En el informe de 2009 que marcó la ruta de los derechos humanos y el cambio climático, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) concluyó que el cambio climático amenaza el disfrute de un amplio rango de derechos humanos. La OACDH describió las obligaciones en materia de derechos humanos como aquellas que proveen "importante protección a las personas cuyos derechos se ven afectados por el cambio climático"[11] y enfatizó en particular las obligaciones del Estado de protegerlos más allá de sus propias fronteras y a cooperar internacionalmente con respecto al cambio climático[12].

Asimismo, en la elaboración de los Acuerdos de Cancún que surgió de la 16ª Conferencia de las Partes (COP16) ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), los países tomaron nota de cómo el cambio climático tendrá un conjunto de implicaciones directas e indirectas para el disfrute efectivo de los derechos humanos[13].

---

[10] Resolución aprobada por la Asamblea General el 3 de junio de 2009, nº. 63/281. El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad, Doc. A/RES/63/281, de 11 de junio de 2009. Disponible en línea en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/281&Lang=S (recuperada el 3 de abril 2014).

[11] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OACDH). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos, para.71. U.N. Doc. A/HRC/ (2009) [en adelante Informe OACDH].

[12] *Ibíd.*, párrs. 84-89.

[13] *Vid.* 6ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Acuerdos de Cancún: resultado de la labor del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a

En este contexto, la constatación de la implicación del cambio climático con la protección y garantía de los derechos humanos es incuestionable, en la medida que compromete la seguridad humana en todas sus dimensiones y constituye una amenaza incluso para la paz internacional[14].

## 3. LA DOCTRINA R2P: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

El concepto de seguridad humana está íntimamente relacionado con un deber que tienen los Estados: el de proteger a sus ciudadanos ante determinadas situaciones de gravedad, obligación que a su vez conlleva el surgimiento de un derecho de injerencia a favor de la comunidad internacional, bajo mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en caso que ese deber no sea cumplido. Esta correlación entre deber y derecho de injerencia ha sido, en cierto modo consensuado a nivel internacional, en los casos en los que la población se encuentra expuesta a genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes de lesa humanidad. En el caso de los riesgos que plantea el cambio climático para la seguridad humana, es necesario analizar la posible aplicación de este deber/derecho, pero no sin antes analizar, con mayor profundidad, el concepto de R2P.

Una de las primeras veces en que se utiliza este concepto es tras el Informe del Milenio, en 2001, cuando la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (ICISS, por sus siglas en inglés), establecida por el Gobierno del Canadá, publicó un informe titulado "La responsabilidad de proteger"[15]. La ICISS reformuló el discurso y abandonó la idea del derecho de terceros a intervenir para adoptar el término de la responsabilidad (ante todo, la del Estado en cuestión, de ofrecer protección a sus propios ciudadanos). La responsabilidad de proteger incluía un extenso paquete de medidas, que implicaban no sólo reaccionar para proteger a la población de daños graves, sino también prevenir dichas situaciones y reconstruir tras su incidencia. En dicho informe se estableció que la soberanía no solamente daba al Estado el derecho de "controlar" sus asuntos, sino que también confería al Estado la "responsabilidad"

largo plazo en el marco de la Convención. Decisión 1/CP16. UN Doc. FCCC/CP/2001/13 (11 de marzo de 2011) [en adelante Los Acuerdos de Cancún] disponible en http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/spa/07a01s.pdf#page=2.

[14] En el marco de la Unión Europea, en 2008, el entonces Alto representante, Javier Solana y la Comisión Europea presentaron al Consejo Europeo el Informe sobre "Cambio climático y seguridad internacional", que se centra en su impacto en la seguridad internacional y considera los efectos de estas consecuencias para la propia seguridad de Europa y cómo debería responder la Unión. Disponible en: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/reports/99387.pdf (recuperado el 3 de marzo 2014).

[15] Para consultar el informe en español: cfr. http://www.ca/pdf/Spanish-report.pdf. Según los analistas, la R2P tiene sus antecedentes en el documento "Una Agenda para la paz" del entonces Secretario General de la ONU B. B. Ghali, con sus ideas de democracia preventiva, peacemaking, peacekeeping y construcción de la paz posconflicto. Al respecto, consultar Murithi, T., "The African Union´s transition from non-intervention to non-indifference: an ad hoc approach to the Responsibility to Protect?" *International Politics and Society*, núm. 1, 2009, p. 91.

primaria de proteger a la población dentro de sus fronteras. En él se proponía que cuando un Estado no protegiera a su población, ya fuera por falta de capacidad o de voluntad, la responsabilidad incumbía a la comunidad internacional en su conjunto.

A diferencia de la noción de seguridad humana que pretende la creación de las condiciones que eviten situaciones de inseguridad a los seres humanos, se considera que la R2P tiene como sus aspectos principales los de prevenir, reaccionar y reconstruir. En efecto, en el informe de la Comisión se establecía que el concepto de la responsabilidad de proteger incluía una serie de obligaciones: en primer lugar, la responsabilidad de prevenir que se cometan crímenes de esa naturaleza; en segundo lugar, la responsabilidad de reaccionar cuando ocurran y finalmente, la responsabilidad de reconstruir las sociedades luego de una crisis.

El Secretario General de las Naciones Unidas, Koffi Annan, en la sesión inaugural del quincuagésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General (septiembre de 2003) anunció su intención de crear un Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio. Meses después informó al presidente de la Asamblea General de la ONU la creación de dicho grupo, que elaboró el informe "Un Mundo más Seguro: la Responsabilidad que Compartimos"[16], en diciembre de 2004, y que se divide en cuatro partes, en varias de las cuales asume la posición tomada por el ICISS en relación a la "responsabilidad de proteger". La primera parte de este informe, titulada "Hacia un nuevo consenso en materia de seguridad" se explica que: al suscribir la Carta de las Naciones Unidas, los Estados no sólo se benefician de los privilegios de la soberanía, sino también asumen sus responsabilidades. Cualesquiera hayan sido las percepciones prevalecientes cuando el concepto de la soberanía estatal surgió tras la Paz de Westfalia, actualmente dicho concepto conlleva claramente la obligación de los Estados de proteger el bienestar de su población y de cumplir sus obligaciones con la comunidad internacional en general.

No obstante, no puede darse por sentado que todos los Estados podrán o querrán siempre cumplir las obligaciones que les incumben en relación con su propia población y no causar daño a sus vecinos. Y en tales circunstancias los principios de la seguridad colectiva significan que parte de esa obligación debe ser asumida por la comunidad internacional, actuando de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos para crear la capacidad o proporcionar la protección necesaria, según el caso. Para el Grupo de Alto Nivel los Estados deben asumir su soberanía con responsabilidad, no sólo basándose en la autonomía (soberanía interna), sino también en la protección de su propia población y la de todos los Estados en general, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, algunos Esta-

[16] UN. Doc. A/59/565, "Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos", Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, Quincuagésimo Noveno Periodo de Sesiones, tema 55: Seguimiento de los Resultados de la Cumbre del Milenio, 2 de diciembre de 2004, anexo II, párr. 2 del mandato, p. 104. Puede ser consultado en línea y en castellano en: http://www.un.org/spanish/secureworld/ (consultado el 29 de abril 2014).

dos no tienen la capacidad de asumir su soberanía de manera responsable, por lo que según el informe, "para quienes estén en condiciones de ayudar a otros a mejorar esa capacidad, esta tarea debe ser parte de su responsabilidad", lo que conllevaría a mejorar la eficacia del sistema de seguridad colectiva.

En la segunda parte del informe, el grupo hizo un análisis de las amenazas y peligros a la paz y seguridad internacionales, incluidas aquellas que no podrían ser solucionadas con el mero uso de la fuerza. El grupo advirtió además que "cualquier suceso o proceso que cause muertes a gran escala o una reducción masiva en las oportunidades de vida y que socave el papel del Estado como unidad básica del sistema internacional constituye una amenaza a la seguridad internacional". En ese sentido, se dividió en seis grupos las amenazas que deben preocupar al mundo: las amenazas económicas y sociales, como la pobreza, las enfermedades infecciosas y la degradación ambiental; los conflictos entre Estados; los conflictos internos, como la guerra civil, el genocidio y otras atrocidades a gran escala; las armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas; el terrorismo; la delincuencia organizada transnacional. Finalizando la segunda parte, el grupo analiza el papel de las sanciones, advirtiendo que éstas son una herramienta vital, aunque imperfecta, para hacer frente preventivamente a las amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

La doctrina R2P fue reafirmada en el Informe del Secretario General de Naciones Unidas, denominado "Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", de marzo de 2005, en relación a la aplicación de los resultados de la Cumbre del Milenio y como documento para la preparación de la Cumbre Mundial de 2005. En este informe, el secretario general hace suyas las recomendaciones presentadas en el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Amenazas, los Desafíos y el Cambio, sin embargo matiza o reforma algunas. En la introducción del informe, titulada "2005, Una oportunidad histórica", el secretario general expresa que, aprovechando la Cumbre Mundial 2005, que examinará los progresos realizados desde que se proclamó la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas y que los dirigentes mundiales pueden tomar decisiones que conlleven a: reducir a la mitad la pobreza en el mundo y frenar la propagación de las principales enfermedades conocidas, reducir la prevalencia de los conflictos violentos y del terrorismo; fortalecer el respeto de la dignidad humana en todos los países; y crear instituciones internacionales más modernas para ayudar a la humanidad a alcanzar esos nobles objetivos y actuar conjuntamente para que en todas partes los seres humanos estén más seguros, sean más prósperos y tengan mejores posibilidades de gozar de sus derechos humanos fundamentales. En la segunda parte del informe, titulada "Libertad para vivir sin miseria", el secretario general se ocupa de los temas del desarrollo y la cooperación internacional. Sugiere además que: "Corresponde a cada país en desarrollo la responsabilidad primordial de su propio desarrollo: fortalecer la buena gobernanza, luchar contra la corrupción y adoptar políticas y hacer inversiones que permitan un crecimiento impulsado por el sector privado y aumenten al máximo la disponibilidad de recursos internos para financiar estrategias nacionales de desarrollo".

La doctrina R2P fue asumida por los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York, en 2005. En efecto, en esta Cumbre Mundial los jefes de Estado aceptaron por unanimidad el concepto de la R2P, de esta forma, se elevó el perfil jurídico de la responsabilidad de proteger cuando todos los Estados Miembros aceptaron oficialmente la responsabilidad de cada Estado de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La aceptación del principio por consenso en los Párrafos 138, 139 y 140 del Documento Final de la Cumbre convirtió la R2P en una norma obligatoria, según la cual "Cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esa responsabilidad conlleva la prevención de dichos crímenes, incluida la incitación a su comisión, mediante la adopción de las medidas apropiadas y necesarias. Aceptamos esa responsabilidad y convenimos en obrar en consecuencia. La comunidad internacional debe, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad y ayudar a las Naciones Unidas a establecer una capacidad de alerta temprana."

De acuerdo con esta doctrina, recae sobre el Estado la responsabilidad primordial de proteger a las poblaciones de esos crímenes y que es responsabilidad de la comunidad internacional, actuando a través de las Naciones Unidas, ayudar y alentar al Estado a cumplir con su responsabilidad cuando es manifiesto que las autoridades nacionales no protegen a sus ciudadanos de esos crímenes y si fuera necesario la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, tenía también la responsabilidad de utilizar los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones de esos crímenes. Si esos medios resultan ser inadecuados y si es evidente que las autoridades nacionales no protegen a la población, la comunidad internacional debe actuar de manera "oportuna y decisiva" a través del Consejo de Seguridad y de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En el Documento Final de la Cumbre Mundial se hacía hincapié también en la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger.

Este compromiso implicaba que las Naciones Unidas examinaran las formas de proteger a las poblaciones amenazadas y vulnerables mediante el fortalecimiento de la capacidad de la comunidad internacional para detectar y resolver rápidamente los problemas antes de que se agraven. Esas medidas debían incluir esfuerzos diplomáticos para evitar el conflicto; actividades humanitarias para salvar a las poblaciones amenazadas, mejorar sus condiciones de vida y asegurar el respeto de sus derechos, así como otras medidas pacíficas, incluido el fomento de la capacidad de las poblaciones de protegerse a sí mismas o la capacidad de la sociedad para asegurar su protección o hacer declaraciones públicas o intervenciones militares acordadas. Todo ello con el fin de evitar la necesidad de realizar intervenciones militares.

Con posterioridad, el Secretario General realizó en enero de 2009 un informe sobre "Hacer efectiva la R2P"[17], el primer (y hasta el momento único) documento exhaustivo de la ONU en la materia. Este informe urge la operacionalización de la R2P, a través de un "enfoque tripartito", centrando la atención en la alerta temprana y estableciendo recomendaciones sobre los pasos a seguir. Con el ánimo de aplicar y hacer realidad la doctrina, el Consejo de Seguridad ha ido introduciéndola en sus Resoluciones (la 1674 de 2006, sobre "Protección de Civiles en Conflictos Armados", la 1706 de 2006, sobre la "Crisis en Sudán-Darfur", la 1820 de 2008, sobre "las mujeres, la paz y la seguridad", las 1888 y 1889, de 2009, sobre la misma materia, o la 1894, de 2009, sobre "Protección de Civiles en Conflictos Armados").

## 4. LA EXTENSIÓN DE LA R2P AL ÁMBITO DE LA GARANTÍA DE LA SEGURIDAD CLIMÁTICA

Una vez analizado el concepto de R2P, el siguiente cometido es dilucidar la conveniencia de su aplicación en el ámbito del cambio climático. Ciertamente, la amenaza a la seguridad humana no es suficiente razón por sí misma para justificar la aplicación de la doctrina R2P, como ya se ha analizado, esta se reserva a casos concretos que revisten de especial gravedad. El cometido del análisis, que se realiza a continuación, consiste en determinar cómo las situaciones derivadas del cambio climático justifican la aplicación de la doctrina R2P. Si bien es verdad que el cambio climático y sus efectos no se circunscriben a las situaciones en las que se aplica la doctrina R2P, existen una serie de razones por las cuales hace conveniente su consideración en el ámbito de los desastres climáticos. En primer lugar, el cambio climático puede generar, y de hecho genera, situaciones de especial gravedad y sufrimiento humanitario. En segundo lugar, estas situaciones ponen de manifiesto la incapacidad de los Estados de enfrentarlas individualmente y, por lo tanto, requieren la asistencia de la comunidad internacional para enfrentar la emergencia humanitaria. En tercer lugar, existe la intervención de la comunidad internacional no sólo constituye una necesidad sino también responde a una responsabilidad atribuible a la responsabilidad histórica de los grandes emisores de gases de efecto invernadero, los cuales deben intervenir para asistir a los Estados, cuya población está indefensa, dada la imposibilidad, la incapacidad o la negación de proferir la protección adecuada frente a estos desastres climáticos.

Un ejemplo de esta situación fue la producida en Myanmar (la antigua Birmania), en mayo de 2008, cuando el ciclón tropical Nargis azotó el país, barriendo toda la región del delta del Ayeyarwady y la ciudad más poblada del país, Saigón, causando una gran destrucción. Edificios, infraestructuras y comunicaciones resultaron gravemente dañados[18]. Se calcula que el número de afectados llegó a los 2,4 millones de personas,

[17] Consultar el Doc. A/63/677.

[18] Consultar la noticia en El País (Internacional), "El ciclón Nargis deja 10.000 muertos en Myanmar", 5 mayo 2008. Disponible en línea en: http://internacional.elpais.com/internacional/2008/05/05/actualidad/1209938405_850215.html (recuperado el 4 de abril de 2014).

con un número oficial de 77.738 fallecidos y 55.917 desaparecidos, generando una situación de grave emergencia humanitaria[19]. Esta fue sin duda, la mayor catástrofe natural en Asia desde el 'tsunami' de diciembre de 2004. En ese momento, ante los obstáculos interpuestos por parte del gobierno birmano para recibir ayuda internacional en favor de la población civil, se propuso por primera vez la posibilidad de considerar este rechazo como un crimen contra la humanidad. De este modo, se planteaba invocar la doctrina de la R2P, con la intención de facilitar una respuesta efectiva de la comunidad internacional, que atenuara los efectos y protegiera a las víctimas desatendidas por las autoridades locales.

Situaciones como esta, plantea si la doctrina de la R2P solo puede aplicarse más que para los cuatro casos previstos, es decir, genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y crímenes contra la humanidad… o bien, si puede extender para otras situaciones, como la acontecida en Afganistán o en Myanmar. Además, si se considera que los episodios más dramáticos ocurridos a raíz del cambio climático ocurrirán con más frecuencia y virulencia azotando a países incapaces de proteger a sus propias poblaciones. Es decir, se podría concebir la aplicación de la doctrina R2P cuando un Estado no quiere o no puede proteger a su población en casos de desastres climáticos? Y, entonces, sería pertinente reconocer la responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional de intervenir para salvaguardar los derechos humanos de esa población?

La cuestión, llegados a este punto, es el análisis de la posibilidad de aplicar en el ámbito ambiental, específicamente, en el caso de los impactos del cambio climático sobre las poblaciones más vulnerables y sobre las cuales el propio Estados se halla incapaz de proporcionar asistencia no parece ni sencilla ni pacífica, por cuanto el concepto mismo de R2P es de por sí controvertido.

El grupo de trabajo sobre cuestiones éticas y humanitarias en el marco de la asistencia humanitaria, instituido en 1994 en virtud del Programa de Asistencia Humanitaria en la Conferencia Mundial sobre Religión y Paz planteó la posibilidad de elaborar un acuerdo internacional. El resultado fueron los criterios Mohonk para la asistencia humanitaria en caso de urgencias complejas[20]. Basándose en estos criterios, el grupo de trabajo instó a los Estados miembros de la ONU a: reconocer el derecho a recibir asistencia humanitaria y la responsabilidad de brindarla, y reconocer y garantizar el derecho de las organizaciones de asistencia humanitaria a tener acceso a las poblaciones en peligro en situaciones complejas de urgencia. En este sentido, incumbe al propio Estado la responsabilidad principal de proteger a su población: los Estados son directamente responsables del respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos de sus ciudadanos y toda otra persona en

[19] Consultar el "Ciclón Nargis (Myanmar) Informe sobre la respuesta humanitaria" Mayo 2008-Abril 2009, elaborado por Oxfam: http://www.oxfamintermon.org/sites/default/files/documentos/files/100422_rendicion_myanmar.pdf (Recuperado el 4 de abril 2014).

[20] Consultar a Ebersole, J., "The Mohonk criteria for humanitarian assistance", *Human Rights Quarterly*, nº 17, 1995, p. 192.

su territorio o bajo su jurisdicción, pero cuando la población esté sufriendo graves daños y el Estado no quiera o no pueda atajar o evitar esos sufrimientos, la responsabilidad internacional de proteger tendrá siempre prioridad sobre el principio de no intervención.

El derecho a recibir esta asistencia humanitaria no sólo es coherente con el actual cuerpo normativo internacional en materia de derechos humanos, sino que es necesario para la realización de los derechos humanos fundamentales a la vida, a la alimentación, a la vestimenta y a la vivienda[21]. Estos derechos están claramente estatuidos en el derecho internacional consuetudinario y puede decirse que han alcanzado el grado de *jus cogens*[22]. Prestar asistencia y respetar estos derechos en caso de desastre natural es una responsabilidad fundamental del Estado afectado[23]. No obstante, cuando éste no puede proporcionar el socorro y no quiere dar rápidamente permiso para que se envíe asistencia humanitaria desde el exterior, las víctimas tienen derecho a recibir ayuda humanitaria desde el exterior para que se respeten sus derechos fundamentales. Esto, a su vez, supone una obligación correlativa del Estado de permitir el rápido acceso a las víctimas. No se trata sino de hacer cumplir la obligación de cada Estado de garantizar "el respeto universal y la efectividad"[24] del más fundamental de los derechos humanos: el derecho a la vida. Denegar el derecho a recibir asistencia humanitaria del exterior en caso de desastre natural acarrea muchas muertes, tal como ha quedado demostrado en Afganistán, durante los acontecimientos que "conmocionaron la conciencia de la humanidad", puesto que había situaciones contrarias a las "consideraciones de humanidad más elementales"[25].

---

[21] En el artículo 4 de la Resolución de la Asamblea General sobre el establecimiento de normas internacionales en el ámbito de los derechos humanos se exige que los nuevos derechos humanos que se proponen deben: "Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos; Tener carácter fundamental y dimanar de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana; Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables; Proporcionar, según proceda, un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes; Suscitar amplio apoyo internacional". *Vid.* Resolución de la Asamblea General de la ONU 41/120, 3 de diciembre de 1986.

[22] Según Shaw, el derecho a la vida puede ser caracterizado como un principio de jus cogens : Shaw, M.N., *International Law*, Grotius Publications, 3ª Edición Cambridge, 1991, p. 240. También consultar a Ago, R., «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction», *Recueil des Cours*, 1971, núm. 3, p. 324.

[23] Decenio Internacional para la Reducción de los Desastres Naturales, Resolución de la Asamblea General de la ONU 49/22, 13 de diciembre de 1994, Preámbulo; Fortalecimiento de la capacidad del sistema de las Naciones Unidas para responder en situaciones de desastres naturales y de otra índole, Resolución de la Asamblea General de la ONU 36/225, 17 de diciembre de 1981, Principio 2; Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, Resolución de la Asamblea General 43/131, 8 de diciembre de 1988, Principio 2; Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, Resolución de la Asamblea General de la ONU 45/100, 14 de diciembre de 1990, Principio 2; Beigbeder, Y., *The role and status of international humanitarian volunteers and organizations: The right and duty to humanitarian assistance,* Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1991, p. 9.

[24] Art. 55 de la Carta de las Naciones Unidas.

[25] Corfu Channel (UK v. Albania), *ICJ Rep*. 1949, p. 22.

## 5. LA "SOBERANÍA COMO RESPONSABILIDAD" COMO FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA R2P

En su *Opinión consultiva sobre el suroeste de África*, la Corte Internacional de Justicia indicó lo absurdo que es aplicar mecánicamente normas antiguas sin hacer referencia a los cambios constitutivos fundamentales del sistema jurídico internacional[26]. En este sentido, la superación de viejos anacronismos exige la actualización de las normas como la de la soberanía del Estado, deben ser interpretadas nuevamente a la luz de este cambio constitutivo.

La posibilidad de aplicar la doctrina R2P a las situaciones de catástrofes climáticas parte de la idea tradicional de soberanía, pero entendida como responsabilidad. La "soberanía como responsabilidad" constituye, por una parte, el centro neurálgico de la responsabilidad de proteger a la propia población víctima de los desastres climáticos y, por otra, la responsabilidad de los Estados industrializados de proteger a la población de los no industrializados, por la emisión presente e histórica de gases de efecto invernadero generadores de los cambios climáticos.

La soberanía como R2P exigiría que los Estados concedan a terceros Estados el derecho a tener acceso a sus territorios caso de desastre natural. La protección de la población civil en caso de desastre climático corresponde, en primer lugar, al propio Estado. Cuando las víctimas de un Estado no reciban la asistencia humanitaria necesaria para sobrevivir y preservar la dignidad en situación de desastre climático, el Estado receptor deberá permitir que presten la ayuda organizaciones habilitadas. Es evidente, que la creación de un derecho de este tipo afecta a la soberanía nacional de un Estado. No obstante, hay que buscar un término medio entre la urgente necesidad de prestar ayuda a las víctimas y la soberanía del Estado. Esta cuestión es reconocida en los Criterios de Mohonk, donde se indica que: "los principios de no intervención y soberanía no debieran emplearse para obstaculizar la asistencia humanitaria. El objetivo de la asistencia humanitaria es salvar vidas y no cuestionar al Estado en cuyo territorio ha de distribuirse la ayuda"[27]. Esto se debe, en primer lugar, a que la asistencia humanitaria puede ser considerada como "un esfuerzo internacional para aliviar el sufrimiento de los hombres"[28]. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua define la asistencia humanitaria en términos de una de las principales organizaciones de socorro neutrales no gubernamentales, a saber, la Cruz Roja: "Para que la «asistencia humanitaria» no sea condenada como una injerencia (...) no solamente hay que limitarla al propósito refrendado por la experiencia de la Cruz Roja, es decir, "evitar y paliar los

[26] South-West Africa — Voting procedure (Advisory Opinion), *ICJ Rep*., 1955, p. 77, Mcdougal, M., Lasswell, H., Miller, J., *The Interpretation of agreements and World Public Order* , Yale University Press, New Haven, 1967, capítulo 4.

[27] Ebersole, J., *op. cit*., p. 198.

[28] Macalister-Smith, P., *International humanitarian assistance*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1985, p. 72.

sufrimientos de las víctima s» y «proteger la vida y la salud, y asegurar el respeto del ser humano", sino que, además y sobre todo, debe brindarse a todas las personas que la necesiten, sin discriminación alguna"[29]. En este sentido, si se restringe la obligación de permitir el acceso a solamente a las organizaciones de socorro no gubernamentales y neutrales, se puede evitar que surjan sentimientos nacionalistas y que la intervención en favor de las víctimas sea considerada como injerencia de otro Estado.

La Resolución 46/182 de la Asamblea General, el 19 de diciembre del año 1991. Con principios rectores como: "1. La asistencia Humanitaria reviste importancia fundamental para las víctimas de desastres naturales y otras emergencias. 2. La asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad. 3. Deberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición del país afectado."

En su 59º período de sesiones (2007), la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas decidió incluir el tema "Protección de las personas en casos de desastre" en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Eduardo Valencia Ospina. En su 61º período de sesiones, en 2009, la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/615 y Corr.1), en el que se analizaban el alcance del tema *ratione materiae, ratione personae y ratione temporis* y cuestiones relacionadas con la definición de "desastre" a efectos de ese tema y se abordaba el estudio del deber fundamental de cooperar[30]. En su 63º período de sesiones (2011), la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 6 a 9 en la 3102ª sesión, celebrada el 11 de julio de 2011. La Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/643 y Corr.1), que contenía, entre otras cosas, un examen de la responsabilidad del Estado afectado de buscar asistencia cuando su capacidad nacional de respuesta se vea superada, del deber del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento para la asistencia externa, y el derecho de la comunidad internacional a ofrecer asistencia[31].

En este sentido, en el "Texto de los proyectos de artículo sobre la protección de las personas en casos de desastre" aprobados hasta el momento por la Comisión[32], son relevantes los artículos de 9 a 11 relativos al "Papel del Estado afectado". El artículo

[29] *Ibid.*, p. 125.

[30] El informe contenía además propuestas para los proyectos de artículo 1 (Alcance), 2 (Definición de desastre) y 3 (Deber de cooperar).

[31] En el informe se hacían propuestas para los otros tres proyectos de artículo siguientes: proyectos de artículo 10 (Deber del Estado afectado de buscar asistencia), 11 (Obligación del Estado afectado de no denegar arbitrariamente su consentimiento) y 12 (Derecho a ofrecer asistencia). La Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 10 y 11 en la 3116ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2011, si bien no pudo concluir el examen del proyecto de artículo 12 por falta de tiempo.

[32] Para los comentarios a los proyectos de artículo 1 a 5, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones (A/65/10), párr. 331. Para los comentarios a los proyectos

9 se refiere a que el Estado afectado, en virtud de su soberanía, tendrá el deber de asegurar la protección de las personas y la prestación de socorro y asistencia en casos de desastre en su territorio. Asimismo, corresponde al Estado afectado el papel principal en la dirección, el control, la coordinación y la supervisión de dicho socorro y asistencia. Y el artículo 10 se refiere al deber del Estado afectado de buscar asistencia de terceros Estados, las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales competentes y organizaciones no gubernamentales pertinentes cuando el desastre supere su capacidad nacional de respuesta. La prestación de esta asistencia, de acuerdo con el artículo 11, requerirá el consentimiento del Estado afectado, que en todo caso no se denegará arbitrariamente[33].

Finalmente, es recurrente mencionar la Resolución de la Asamblea General, A/RES/68/168, de 18 de Diciembre de 2013, relativa a "La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos", relevante en este caso, ya que si bien la globalización puede afectar a los derechos humanos porque repercute, entre otras cosas, en la función del Estado, la promoción y protección de todos los derechos humanos es ante todo responsabilidad del Estado[34].

Respecto de la responsabilidad, que incumbe a los Estados de proteger a la población afectada por un desastre climático, por la emisión presente e histórica de gases de efecto invernadero generadores de los cambios climáticos, existe también una laguna jurídica que explicite el vínculo de obligatoriedad en la prestación de esta asistencia. No obstante, desde el ámbito del Derecho ambiental existen una serie de preceptos normativos, que consuetudinariamente se han asentado para comprometer y responsabilizar a los Estados, que llevan a cabo actividades nocivas para el medio ambiente y que generan emergencias humanitarias, a que asuman sus responsabilidades sobre la base de la doctrina R2P, es decir, asumir la responsabilidad en la prevención, reacción y recuperación de las poblaciones de otros Estados víctimas de las alteraciones climáticas.

Respecto a la responsabilidad de prevenir se sustenta en relación con el deber de protección del medio ambiente, el principio de cooperación y el principio de prevención. Todos estos principios resultan convenientemente aplicables para fundamentar la exigencia de protección de los Estados en caso de desastres climáticos, porque todos y cada uno de estos principios se dirigen a la protección del medio ambiente frente a los posibles daños ambientales. Así, el deber de proteger el medio ambiente consiste

---

de artículo 6 a 11, véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones (A/66/10), párr. 289.

[33] *Vid.* Report of the International Law Commission Sixty-fourth session (7 May-1 June and 2 July-3 August 2012) General Assembly Official Records Sixty-seventh session Supplement No. 10 (A/67/10), pp. 47-81. Disponible en línea en: http://legal.un.org/ilc/reports/2012/All_languages/A_67_10_E.pdf (recuperado el 5 de abril de 2014).

[34] Se puede Consultar el texto de la Resolución en línea en la siguiente dirección web: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/PV.70&Lang=S (recuperado el 5 de abril de 2014).

en la obligación general de los Estados de proteger el medio ambiente[35]. Si bien este principio tiene un carácter general y es aplicable a todos los sectores del medio ambiente, no ha sido mencionado a menudo en los textos positivos[36]. Tan sólo el artículo 30 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados establece, expresamente, el diferente trato que deben recibir los Estados en relación con su responsabilidad en la protección del medio ambiente. El artículo 25 aun pone más énfasis en la necesidad de que todos los Estados deben prestar especial atención a las necesidades particulares y a los problemas de los Estados menos desarrollados, a los Estados en transición y a aquellos pequeños Estados insulares en vías de desarrollo[37]. También, la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, de 28 de octubre de 1982[38] establece que la actividad humana, por sus actos o las consecuencias de éstos, dispone de los medios para transformar la naturaleza y agotar sus recursos y, por ello, debe reconocer la urgencia que requiere el mantenimiento del equilibrio, la calidad de la naturaleza y la conservación de los recursos naturales.

El principio de cooperación se refiere al deber general de los Estados de proteger el medio ambiente se vincula directamente con el principio de cooperación. Este deber se incluye en el Principio 24 de la Declaración de Estocolmo cuando establece que "Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio"[39]. El principio de cooperación, desde esta perspectiva, permite afirmar el deber de intercambiar información relevante para la protección del medio ambiente y el de desarrollar actividades de promoción de la investigación científica y tecnológica, procurar asistencia técnica y financiera a los países en desarrollo, establecer programas de vigilancia, evaluación ambiental, etc. Otra manifestación del principio de cooperación es el deber de los Estados de notificar prontamente y prestar asistencia a otros Estados en situaciones de emergencia que pueden producir consecuencias ambientales dañosas. Por ejemplo, se puede citar los Convenios adoptados, bajo los auspicios del OEIA, tras el accidente de Chernobil, el 26 de abril de 1986,

---

[35] Al respecto, Kiss entiende que "… el primero de los principios que se desprenden es el deber de todos los Estados de proteger y preservar el medio ambiente, no solamente en sus relaciones con otros Estados, sino también en los espacios sometidos a sus competencias así como en aquellos que no están sometidos a ninguna competencia territorial". *Vid.* Kiss, A., «Droit international de l'environnement», *146 Jurisclasseur de droit international*, 1994, p. 11.

[36] No obstante, este principio ha sido proclamado con claridad en el artículo 192 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, cuando establece que "todos los Estados tienen el deber de proteger y preservar medio ambiente marino".

[37] AGNU Res 3281 (XXIX) (12 Dec. 1974).

[38] A/RES/37/7. Disponible en línea en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/37/7&Lang=S (recuperado el 30 de abril 2014).

[39] La misma exigencia figura en UNGA Res 3129 (XXVIII) (13 Dec. 1973); en los principios del PNUMA de 1978 sobre la cooperación ambiental relativa a los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados (UNEP GC Dec 6/14), en el Preámbulo de la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y en el principio 21 de la misma (UN Doc A/RES/37/7, 28 Oct. 1982).

sobre la pronta notificación de accidentes nucleares y sobre la asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica, ambos adoptados el 15 de agosto de 1986. También, el Principio 18 de la Declaración de Río ha afirmado a este respecto que "Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible para ayudar a los Estados que resulten afectados".

El principio de prevención consiste en, por una parte, la obligación de evitar el daño ambiental *in genere* y, por otra, en no permitir que el territorio de los Estados sea utilizado de manera que cause un perjuicio a otros Estados[40]. La fundamentación de este principio radica en la idea de la diligencia debida, del uso equitativo de los recursos y, en definitiva, en la buena fe. Esta obligación de no permitir que el territorio de los Estados sea utilizado de manera que cause un perjuicio a otros Estados fue establecida, por primera vez, por la jurisprudencia internacional en los asuntos del Estrecho de Corfú[41] y, en el ámbito ambiental, de la Fundición de Trail[42], constituyendo los antecedentes clásicos en esta materia. También en los asuntos del Gut Dam Claims[43], sobre la legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares[44] y Gabcíkovo-Nagymaros[45]. La Declaración de Estocolmo de 1972, recoge en su Principio 21 esta obligación de prevención al igual que el Principio 2 de la Declaración de Río 1992[46]. La Corte Internacional de Justicia confirmó, posteriormente, a través de la Opinión consultiva de 1996 sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nuclea-

[40] El principio de prevención se puso de relieve en el laudo relativo a la Fundación de Trail y fue reiterado no sólo en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo (UN Doc A/CONF.48/14/Rev.1) y en el Principio 2 de la Declaración de Río (UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1/Vol.I), sino también en la UNGA Res 2995 (XXVII) (15 Dec. 1972), relativa a la cooperación en el campo del medio ambiente.

[41] En este caso, la CIJ afirmó que "… ciertos principios generales bien reconocidos (establecen) la obligación de todo estado de no permitir la utilización de su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados". *Vid.* CIJ, *Recueil* 1949, p. 22.

[42] El Tribunal de arbitraje del caso de la Fundición de Trail afirmó que, en particular, "… debe exigirse a la Fundición de Trail que se abstenga de causar daño alguno con sus humos en el Estado de Washington". También entendió que "Según los principios del Derecho internacional (…), ningún Estado tiene derecho a usar o permitir que se use su territorio de modo que se causen daños (…) en el territorio de otro o a la propiedad de las personas que allí se encuentran, cuando se trata de un supuesto de consecuencias graves y el daño quede establecido por medio de una prueba clara y convincente". *Vid.* Trail Smelter Arbitration Case (USA/Canadá), Award of March 11, 1941. RIAA, vol. III, pp. 1965 y ss., especialmente pp. 1974-1980.

[43] *Vid.* Gut Dam Case (Canadá/Estados Unidos), Decisiones de 15 de enero de 1968, de 12 de febrero de 1968 y de 27 de septiembre de 1968. Lake Ontario Claims Tribunal, ILM, vol. 8 (1969), pp. 118-143.

[44] *Vid. CIJ Recueil*, 1996, pp. 241-2, párrafo 29.

[45] *Vid.* Sentencia de la Corte Internacional de Justicia Gabcíkovo-Nagymaros, *C.I.J, Recueil,* 1997, párrafo 53.

[46] En concreto dispone que "De conformidad con la Carta de Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

res que: "*La existencia de una obligación general de los Estados de asegurar que las actividades llevadas a cabo en su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras áreas situadas más allá del control nacional constituye parte del corpus del Derecho internacional del medio ambiente*"[47]. Este mismo *dictum* fue reiterado en el Asunto Gabčíkovo-Nagymaros, de 25 de septiembre de 1997, en el que se establece que "*La Corte no pierde de vista, en el ámbito de protección ambiental, que la vigilancia y la prevención se imponen en razón de su carácter, en ocasiones, irreversible, de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo propio de reparación de este tipo de daños...*"[48].

Además, en esta vertiente preventiva de la R2P, es necesario mencionar el principio de precaución, incluido en el Principio 15 de la Declaración, que implica la obligación de los Estados de adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente, cuando exista peligro de daño grave o irreversible, a pesar de la ausencia de certeza científica absoluta de pueda o no originarse ese daño. En definitiva, no se debe posponer una medida por el simple hecho de que no se disponga de una información científica completa. Al respecto, es importante tener en cuenta la relación entre la capacidad científica, que poseen sobre todo todos los Estados más desarrollados, y la protección ambiental, que interesa por igual a todos los países, que se traduce en un diferente grado de obligatoriedad por parte de quién tiene una capacidad científica más avanzada en la adopción de medidas o no en la protección del medio ambiente y, por tanto, responsabilidad en la evitación del daño.

Estos principios, aplicados al presente análisis, implican que los Estados industrializados, principales emisores de gases invernadero deben asistir a los Estados no emisores o menos emisores de gases de efecto invernadero en la prevención de los posibles impactos o consecuencias más allá de su territorio.

En el caso de las responsabilidades de reacción y reparación, la obligatoriedad asistencial de los grandes emisores de gases de efecto invernadero se sustenta, precisamente, por la vulneración misma de su responsabilidad de prevenir el daño ambiental. En este caso, la atribución de la responsabilidad por las emisiones históricas de gases de efecto invernadero y la obligatoriedad de respuesta frente a una catástrofe climática se sustenta básicamente en el principio de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas y en el principio de quien contamina, paga mencionados por la delegación de Brasil en su propuesta presentada durante las negociaciones del Protocolo de Kioto, en mayo 1997, en base a la cual debían establecerse diferentes niveles de emisión en relación al impacto producido en la elevación de la temperatura como consecuencia de sus emisiones históricas[49].

---

[47] *Vid.* Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *I.C.J. Reports* 1996, pp. 241-242, párrafo 29.

[48] *Cit. supra.* Párrafo 53 de la Sentencia.

[49] Consultar "Implementation of the Berlin Mandate. Additional proposals from Parties". Addendum. Note by the secretariat. Proposed elements of a Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, presented by Brazil in response to the Berlin Mandate. FCCC/AGBM/1997/MISC.1/Add.3.

El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, contenido en el Principio 7 de la Declaración de Río de 1992, reconoce que "Los Estados deberán cooperar, con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen". El principio reconoce las diferencias históricas en la contribución de los Estados desarrollados y en vías de desarrollo a los problemas ambientales globales y diferencias en su respectiva capacidad económica y técnica para hacer frente a dichos problemas[50]. El reconocimiento de esta carga desigual de los efectos del cambio climático se refleja en el artículo 3 de la Convención Marco sobre Cambio Climático cuando establece que las Partes deberían proteger el sistema climático "sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes, pero diferenciadas y sus respectivas capacidades", que los países desarrollados "deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos" y que deberían tenerse plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, especialmente aquellos "que son particularmente vulnerables a los efecto adversos del cambio climático" y "que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la Convención".

La voluntad de hacer eficaz esta responsabilidad conlleva la aplicación de otro principio, el de quien contamina paga. Según este principio, el agente contaminador, en este caso los Estados emisores de gases de efecto invernadero debe cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. Este principio constituye un axioma muy importante para la obligación de reparación en la R2P, a través de la asignación de responsabilidades y el reconocimiento de compensaciones, especialmente, a través de la asistencia a las emergencias humanitarias producidas por las alteraciones climáticas. El complemento a este principio es el Principio 13 de la Declaración de Río, por la que los Estados deberán elaborar los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales relativos a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.

Estos principios son axiomas, que a modo de un *soft law* informan la elaboración de políticas, guían el comportamiento de los Estados en sus relaciones internas e in-

[50] En el ámbito del cambio climático se reconoce, en particular, que la naturaleza mundial del cambio climático requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus responsabilidades comunes, aunque diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas. *Vid.* Resolución sobre la Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras, UN-Res. A/Res/57/257, de 27 de febrero de 2003.

ternacionales y refuerzan las normas internas e internacionales, siendo su efectividad un tanto variable y su naturaleza jurídica ambigua.

## 6. CONCLUSIONES: LA R2P COMO RESPUESTA JUSTA Y NECESARIA

El aumento de la frecuencia e intensidad de los desastres naturales relacionados con la alteración del sistema climático, junto con la posibilidad creciente de que algunos Estados o bien no están en condiciones de prestar ayuda a las víctimas de desastres naturales o bien no han querido aceptar con prontitud la asistencia humanitaria procedente del extranjero, plantea el reconocimiento de extender la obligación de la R2P, propia de las emergencias humanitarias. Ante esta posibilidad, sería exigible en primer lugar como deber del propio Estado a proteger a su población frente a las calamidades climáticas y, subsidiariamente, ante la incapacidad de cumplir con este deber, la obligación del resto de la comunidad internacional, pero muy especialmente de aquéllos Estados responsables de la generación del cambio climático por su contribución al aumento del nivel de emisiones mundiales de los gases de efecto invernadero responsables del cambio de sistema climático. El reconocimiento de estas responsabilidades tiene como finalidad el garantizar que toda persona tenga derecho a solicitar y recibir de las organizaciones gubernamentales o de las organizaciones habilitadas la ayuda humanitaria que necesite para sobrevivir y mantener la dignidad en una situación de desastre natural generado por el cambio climático. Ahora bien, en situaciones de desastres o catástrofes generadas por el cambio climático, la obligación de prestar asistencia por parte del resto de Estados debe someterse a una seria de precisiones, considerando si esta intervención debe ser subsidiaria y si deben intervenir todo el resto de Estados. Después de haber considerado la diferente contribución de los Estados industrializados en la alteración del clima y las implicaciones sobre los Estados menos desarrollados, sería justo esperar un mayor nivel de compromiso y responsabilidad en la prevención, reacción y recuperación de los Estados vulnerables al impacto climático, si tener que dicha responsabilidad sea subsidiaria, en todo caso debería ser inmediata o simultanea a la responsabilidad asistencial del Estado afectado o potencialmente afectado.

La extensión de la R2P a las situaciones de emergencia humanitaria o de riesgo que se produzcan por la amenaza de las consecuencias del cambio climático exige un planteamiento más amplio del concepto de seguridad humana, para considerar el cambio climático como uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta la sociedad internacional y al que deberá destinar la mayor parte de las capacidades, recursos y esfuerzos para prevenir los riesgos y reparar los eventuales daños que se produzcan.

Además, con el fin de lograr el respeto del derecho a recibir ayuda humanitaria, debe trascender a cuestiones políticas de intervencionismo estatal. Las organizaciones neutrales no gubernamentales necesitan poder tener acceso a los países donde el respectivo Gobierno no puede o no quiere proporcionar socorro. Es esencial contar con una disposición en la que se establezca el derecho de acceso, porque los desastres

naturales tienen lugar cada vez más a menudo en países en desarrollo, que no cuentan con los recursos económicos necesarios para brindar una asistencia que garantice la supervivencia de sus ciudadanos. Limitar este derecho de acceso solo a las organizaciones neutrales no gubernamentales permite sortear las usuales objeciones basadas en la soberanía de los Estados. Una vez que los Estados acepten que su soberanía no se ve necesariamente amenazada, cabe esperar que la presión ejercida por la comunidad internacional y las organizaciones no gubernamentales los incite en un futuro, esperemos que próximo, a ser partes en un convenio sobre asistencia humanitaria en casos de desastres naturales.

## BIBLIOGRAFÍA


ANNAN, K., *Informe del Milenio Naciones Unidas.* New York, 2000.

AÑAÑOS MEZA, C., "La "responsabilidad de proteger" en Naciones Unidas y la doctrina de la "responsabilidad de proteger", *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, 2009.

BALLBÉ MALLOL, M., *Seguridad Integral. Un nuevo concepto.* Madrid: Instituto Superior de Estudios de Seguridad, 2003.

BERMEJO GARCÍA, R. y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., "De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes y diferencias", INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS, *La respuesta del derecho internacional a los problemas actuales de la seguridad global,* Ministerio de Defensa, Cuadernos de Estrategia, n. 160, enero 2013.

EVANS, G., "La responsabilidad de proteger", *Revista de la OTAN*, invierno de 2002.

GARCÍA PÉREZ, R., "La `responsabilidad de proteger´: un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional", 11 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006.

HARDCASTLE, R. J. Y CHUA, A. T. L, "Asistencia humanitaria: hacia el derecho de tener acceso a las víctimas de desastres naturales", *REVISTA INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA*, 1998.

HELLY, D., A., "The EU and the R2P: Towards Pragmatic International Subsidiarity?", *Internationale Politik und Gesellschaft*, 1/2009.

HILPOLD, P., "The Duty to Protect and the Reform of the UN A New Step in the Development of International Law?", 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006.

KALDOR, M., *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Barcelona, Tusquets Editores, 2001.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., "La responsabilidad de proteger: reflexiones sobre su fundamento y articulación", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXII, 2005.

MOLIER, G., "Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect After 9/11", *Netherlands International Law Review*, vol. LIII, 2006.

MOONEY, E., "Los Principios Rectores y la responsabilidad de proteger", *Revista Migraciones Forzadas*, N. especial (dic. 2008). ISSN 1460-9819.

MURITHI, T., "The African Union´s transition from non-intervention to non-indifference: an ad hoc approach to the Responsibility to Protect?" *International Politics and Society*, núm. 1, 2009.

NEWMAN, E., "Humanitarian Intervention, Legality and Legitimacy", *The International Journal of Human Rights*, 6, 2002.

ÖZDEN, M. y ASTRUC, M., "Responsabilidad de proteger: ¿progreso o retroceso del Derecho Internacional Público?", *Cuaderno crítico,* núm 12, CETIM, diciembre 2013.

REVILLA MONTOYA, P., "Hacia la responsabilidad para proteger. Bases jurídicas para una respuesta colectiva ante crisis humanitarias", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 643-673.

SCHALLER, Ch., "Human Security: The Seven Challenges of Operationalizing the Concept", *Human Security: 60 minutes to Convince*, París, UNESCO, 13 de septiembre de 2005.

SPIERMANN, O., "Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of *Jus Cogens*", *Nordic Journal of International Law*, 2002.

STAHN, C., "Responsability to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?", 101 *AJIL*, núm. 1, 2007.

THAKUR, R., *The United Nations, Peace and Security. From Collective Security to the Responsibility to Protect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

# VIII.
# LOS CONFLICTOS ARMADOS

# LA CRISIS UCRANIANA Y SUS PRINCIPALES DERIVADAS. PRINCIPIOS FRENTE A INTERESES, ACTORES FRENTE A ESPECTADORES. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL

José Ángel López Jiménez

*Profesor Colaborador Asistente del Área de*
*Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*
*Facultad de Derecho (ICADE)*
*Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)*

## 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación en el mes de mayo de 2013 por parte del Gobierno español del documento *Estrategia de Seguridad nacional. Un proyecto compartido* ha puesto de relieve como los aspectos relativos a la seguridad y la defensa nacional deben de abordarse desde planos necesariamente globales e intersectoriales, puesto que los desafíos son cada vez más numerosos, se muestran más interconectados y carecen de soluciones particulares. La referencia a la ausencia de estanqueidad de las dinámicas planteadas en términos de Seguridad Nacional e Internacional se plasma en la imprescindible visión integral que se recoge en el capítulo primero del mencionado documento.

Los conflictos armados, en su doble vertiente de internacionales y no internacionales, han dejado de constituir la única amenaza para la seguridad internacional. Por ello, el capítulo tercero de la *Estrategia de Seguridad Nacional* está íntegramente dedicado a plantear cuáles son los riesgos y amenazas principales más allá de los conflictos armados *tradicionales*: terrorismo, ciberamenazas, crimen organizado, inestabilidad económica y financiera, vulnerabilidad energética, proliferación de armas de destrucción masiva, flujos migratorios irregulares, espionaje, emergencias y catástrofes, vulnerabilidad del espacio marítimo y vulnerabilidad de las infraestructuras críticas y

servicios esenciales. La mención de todos ellos resulta pertinente para resaltar cómo, en numerosas ocasiones, no se presentan aisladamente sino formando parte de un núcleo conflictivo común del que representan un elemento o factor adicional.

En el capítulo segundo del documento, titulado *La Seguridad de España en el mundo*, se dedica el punto séptimo a Rusia en los siguientes términos: "Rusia es el mayor vecino de la UE, un actor estratégico fundamental y de gran importancia en el mercado energético de Europa. La cooperación con Moscú es imprescindible para la seguridad y estabilidad de Europa. Por este motivo Rusia debe favorecer la solución de conflictos de larga duración en el entorno estratégico que comparte con la Unión, algo que redundará en la estabilidad democrática de los países afectados y la seguridad de todos. Rusia se debe consolidar como un socio estratégico de la UE. Este afianzamiento será positivo para la seguridad de España, la de sus socios y aliados de la OTAN y la gobernanza global"[1].

Pues bien, el inicio de la -para algunos actores- sorprendente crisis ucraniana se presenta como un ejercicio evidente para la puesta en práctica de la nueva Estrategia de Seguridad Nacional. Nada más lejos de la realidad significaría la contemplación de este conflicto-que se presenta con perfiles nada coyunturales y bastante estructurales-desde una percepción ajena a los diversos intereses multisectoriales de España amparándonos en la lejanía geográfica; una comunidad internacional global se caracteriza fundamentalmente por la globalización de los riesgos.

El nuevo *Concepto de la Política Exterior de la Federación Rusa* aprobado por el presidente Putin el 12 de febrero de 2013 nos define algunas claves sobre la concepción de Rusia como nueva potencia en la Comunidad Internacional en este nuevo orden multipolar que se va configurando:

1. Respeto al derecho internacional y a los tratados internacionales firmados por Rusia como marco jurídico complementario a su ordenamiento jurídico interno (punto 2, disposiciones generales)
2. Los principales objetivos en el marco de la Seguridad Nacional se centran en: los intereses de la Federación Rusa como uno de los centros más influyentes y competitivos del mundo (punto 4.a); las relaciones de buena vecindad, la supresión de focos de conflicto en las regiones adyacentes a la Federación Rusa (4.d); proteger de forma integral los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos rusos y de los compatriotas residentes en el extranjero, estableciendo en el marco de diversas formas internacionales los enfoques rusos sobre la protección de los derecho humanos (4.g)
3. La concepción de un nuevo panorama geopolítico en cambio acelerado por la crisis económica y financiera internacional, con unas relaciones internacionales impredecibles y con la configuración de un sistema internacional poli-

[1] Estrategia de Seguridad Nacional. Un proyecto compartido, pág. 19. Disponible en la siguiente página web: http://www.lamoncloa.gob.es.

céntrico (punto 5, mundo contemporáneo y Política Exterior de la Federación Rusa)

4. Los desafíos son ahora de naturaleza transnacional-más allá de las guerras convencionales- por lo que se aboga por las relaciones institucionales por encima de las alianzas político-militares tradicionales (punto 9). La seguridad económica aparece íntimamente ligada al control de los recursos energéticos y a la relación de dependencia, fuente de actuales y futuros conflictos (punto 12)
5. El concepto de *poder blando* se presta a acepciones calificadas como ilegales y destructivas ya que, amparándose en la defensa de los derechos humanos, se ejercen presiones sobre los estados soberanos, se interfiere en sus asuntos internos, se desestabiliza su situación manipulando a sus opiniones públicas incluso en el marco de los programas de ayuda humanitaria y de protección general de los derechos humanos (punto 20)
6. En cuanto a las prioridades globales plantea abordar el conjunto de desafíos comunes a la totalidad de la comunidad internacional adoptando el sistema de Naciones Unidas como entramado institucional básico. Sin embargo su apuesta es firme en la diversificación y consolidación de las asociaciones de cooperación regional entre los que se destacan el G-8, G-20, la OCS (Organización de Cooperación de Shanghái), RIC (Rusia, India, China) y los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) (punto 30)
7. El capítulo de las prioridades regionales es el que aporta claves más definitivas en torno a la nueva política exterior de la Federación Rusa: la cooperación en distintos ámbitos en la CEI (Comunidad de Estados Independientes) se orienta de manera preferente, en la cooperación económica mediante la transformación de la Comunidad Económica de Eurasia (EURASEC) en la Unión Económica Eurasiática, con la vinculación de Belarús y Kazajstán; en el modelo de seguridad, a través de la OTSC (Organización del Tratado de Seguridad Colectiva); mención especial a Ucrania, con la que se pretende fomentar los procesos de integración en la CEI, dado su carácter de "asociado prioritario" en la mencionada organización (48.e); aunque se respeta el derecho de los asociados a construir relaciones con otros actores internacionales, deben de asumir sus compromisos con las organizaciones de integración regional en las que participa Rusia (punto 50).
8. Por último, la mención a los diversos "conflictos congelados"[2] perfila nítidamente la posición de Rusia respecto a los mismos y a sus intereses geopolíticos en su *near abroad*: la consolidación de la República de Abjasia y la

[2] Véase al respecto Bárcenas, L. A. y López, J. A., *Los conflictos congelados en el antiguo espacio soviético*. Ministerio de Defensa, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2011.

República de Osetia del Sur como Estados independientes (punto 51); la resolución de los conflictos en Transnistria y Nagorno-Karabaj respetando la integridad territorial de Moldova y la labor del Grupo de Minsk de la OSCE (punto 49); así como la normalización de las relaciones con Georgia y sus socios de la Organización para la Cooperación Económica del Mar Negro (puntos 52 y 53)[3].

El papel que destina la Federación Rusa a sus relaciones con la Unión Europea es muy amplio, extendiéndose a la práctica totalidad de sectores económicos y ámbitos de cooperación. Sin embargo incide de manera especial en la esfera energética, citando expresamente la iniciativa común "Asociación para la modernización" cuyo objetivo pasa por la creación de un conjunto energético netamente europeo sobre la base de convenios bilaterales y multilaterales y con la perspectiva de la formación de un mercado común con la Unión Europea.

Las relaciones con la OTAN se estructuran de manera mucho más compleja, evidenciando las aristas permanentes en estas relaciones bilaterales. Así, mientras se plantean cuestiones meramente introductorias con las habituales fórmulas de cortesía del lenguaje diplomático (cooperación equitativa, respeto al derecho internacional, mutua confianza, previsibilidad, transparencia) el discurso se endurece cuando se exige el cumplimiento de lo acordado en el Consejo Rusia-OTAN en torno a no garantizar la seguridad propia a costa de la de otros países; la actitud negativa de Rusia a la ampliación de la OTAN hasta alcanzar con sus infraestructuras militares sus fronteras estatales, rompiendo lo que considera como "seguridad equitativa" y provocando la aparición de nuevas líneas divisorias en Europa (punto 63).

Los puntos que van del 68 al 72 -ambos incluidos- desarrollan los objetivos de la política exterior rusa hacia los Estados Unidos. Los elementos esenciales se concentran en potenciar las relaciones económicas y comerciales, en el respeto de los intereses recíprocos, la no interferencia en los asuntos internos de otros Estados en el marco de las relaciones internacionales-asunto que se menciona en varias ocasiones como contraposición a la prevalencia del derecho internacional-, la cooperación en el control de armamentos y un punto interesante en el conflicto de Ucrania: la labor activa que Rusia pretende llevar para contrarrestar la aplicación que Estados Unidos realiza de sanciones extraterritoriales contra personas físicas y jurídicas rusas (punto 69).

Las menciones a la cooperación con el Consejo de Europa, la OSCE y otras organizaciones regionales europeas competentes en diversas materias no excede el ámbito de la pura cortesía internacional.

Este documento se complementa con otros dos textos fundamentales imprescindibles para entender el giro iniciado por la Federación Rusa en materia de política

[3] *Concepto de la Política Exterior de la Federación de Rusia* aprobado el 12 de febrero de 2013 por Vladimir Putin, recogido en http://www.mid.ru/bdomp/ns-osndoc.nsf/e2f289bea62097f9c325787a0034c255/42e0019509d1b9bf44257b440042dccf, 1 de julio de 2014.

exterior después del bombardeo de Kosovo por parte de la OTAN: la Nueva Doctrina Militar de la Federación, aprobada por Medvédev el 5 de febrero de 2010, y la Estrategia de Seguridad Nacional hasta 2020, firmada el 12 de mayo de 2009. Bien es cierto que durante el año 2000 aprobó el propio Putin una Estrategia de Seguridad Nacional muy continuista con la del año 1997-pese a la inmediatez de los acontecimientos de Kosovo-. Sin embargo, el escenario internacional y la situación política interna de Rusia habían variado sustancialmente a finales de la primera década del presente siglo. Sintéticamente: la situación en Chechenia se encontraba bajo control, lo que le permitió a Rusia volverse hacia el exterior y, en especial, hacia su extranjero próximo. Hay que recordar la intervención de las tropas rusas en el territorio de Georgia durante el mes de agosto de 2008, apoyando a los movimientos secesionistas de Abjasia y Osetia del Sur.

Además, la fortaleza recuperada por Rusia después del evidente repliegue internacional desplegado desde la desaparición de la Unión Soviética marcó un punto de inflexión evidente en el despliegue de su política exterior. Si después del 11 de septiembre de 2001 y los posteriores conflictos en Afganistán e Irak, Rusia se concentró en la resolución de sus propios conflictos internos, en los meses previos a la publicación de la Nueva Estrategia hasta 2020 se celebró la Cumbre de Bucarest de la OTAN con una marcada agenda orientada hacia la ampliación de miembros fronterizos con Rusia y con el objetivo de globalizar la presencia y las funciones de la organización. Incluso hubo una coincidencia entre la presentación del documento con unas maniobras militares conjuntas entre la OTAN y Georgia.[4]

Por encima de cualquier otro aspecto conviene destacar la importancia concedida en esta Estrategia a dos cuestiones: el papel protagonista que se concede al Consejo de Seguridad de la Federación Rusa como órgano esencial en la configuración de la planificación y ejecución de la política exterior y la importancia que se desprende del control de los recursos energéticos y su eventual utilización como herramienta política en el actual contexto geoestratégico internacional.[5] Estos dos elementos se van a mostrar de especial relevancia en la actual crisis de Ucrania aunque ya venían apuntándose-especialmente en el caso del "arma energética"- como objeto de preocupación por parte de los analistas y de los observadores de los despliegues de las políticas de *hard power* de Rusia hacia alguno de sus vecinos.[6]

---

[4] Pérez, M.J., "La Política de Seguridad y Defensa de Medvédev: ¿Renovación o continuidad?, *Boletín de Información del CESEDEN*, Nº 315, noviembre de 2010.

[5] Véase *Beginning of Meeting with Security Council on National Security Strategy of the Russian Federation through to 2020 and Measures necessary to implement it,* 24 de marzo de 2009, en http://eng.kremlin.ru/transcripts/10076, 3 de julio de 2014.

[6] Alguno de los trabajos más importantes al respecto son: Mankoff, J., *Russian Foreign Policy: The Return of Great Power Politics*. Rowman&Littlefield Publishers, Maryland, 2009; Palazuelos, E., *El petróleo y el gas natural en la geoestrategia mundial*. Akal, Madrid, 2008; Carpintero, N., "Geoestrategia del gas y del petróleo en las Ex Repúblicas Soviéticas", *La crisis energética y su repercusión en la economía. Seguridad y Defensa Nacional*, Documentos de Seguridad y Defensa del CESEDEN, Nº 18, junio de 2008, pp. 37-62.

## 2. LOS ACONTECIMIENTOS Y SUS REPERCUSIONES

El 27 de junio de 2014, siete meses después de convertirse en el hecho desencadenante de la revuelta de Maidán, Ucrania firmó el acuerdo de asociación con la Unión Europea que el anterior presidente Yanukóvich rechazó.[7] El área de libre comercio incluye también a Georgia y Moldavia, dos repúblicas con territorios secesionistas prorrusos en su seno que cuestionan sus respectivas soberanías territoriales. Desde el estricto punto de vista de los intereses y objetivos parecería, en una primera y apresurada lectura de los acontecimientos, que la Unión Europea- en primer término- y los Estados Unidos colateralmente, han hecho prevalecer sus tesis iniciales en torno al debate sobre la orientación de los intereses internacionales de Ucrania. Si bien parece evidente que no se han atendido las recomendaciones realizadas desde diversas instancias y personalidades sobre la inconveniencia de no buscar soluciones de carácter tripartito (Ucrania/UE/Rusia) que terminen bloqueando las relaciones entre alguno de los actores de la crisis.[8]

Desde el Kremlin se extiende la percepción de una Unión Europea que, en ciertos despliegues de sus relaciones exteriores, se constituye-voluntaria o involuntariamente- como un peón de Estados Unidos a la hora de debilitar o erosionar la posición internacional de Rusia. En esta línea, la imposibilidad de sumar a las repúblicas recientes signatarias del acuerdo con la UE a su proyecto económico y comercial euroasiático puede suponer un golpe definitivo al mismo o, cuando menos, una carencia insalvable dado el especial protagonismo otorgado en el mismo a Ucrania[9]. La réplica en el antiguo espacio soviético de una suerte de Unión Europea responde por parte de Rusia a criterios económicos y comerciales pero- evidentemente- de forma mucho más directa, a la recuperación del liderazgo hegemónico en lo que constituye su ámbito territorial natural como-al menos así lo expresa en numerosas declaraciones oficiales su presidente- legítima heredera de la antigua Unión Soviética. Tanto desde la perspectiva política como desde el ámbito puramente estratégico y militar[10].

---

[7] DOUE L 161/03, 29 de mayo de 2014.

[8] La rápida firma del acuerdo de asociación entre la Unión Europea y Ucrania puede traducirse en un bloqueo permanente de las relaciones económicas entre Ucrania y Rusia y ésta y la Unión Europea después del encuentro celebrado entre ambas en el mes de junio del pasado año. Es una de las reflexiones del antiguo embajador de la UE en Moscú. Emerson, M., "Can Ukraine be saved at this 11th hour?, *Centre for European Policy Studies Commentary*, 5 de mayo de 2014, www.ceps.eu. Consultado el 7 de julio de 2014.

[9] Pese a las recientes declaraciones del máximo responsable de PricewaterhouseCoopers en Rusia- David Gray- durante la celebración del Foro Económico de San Petersburgo, días antes de la firma del Acuerdo de la Unión Económica Euroasiática el 29 de mayo de 2014 entre Rusia, Bielorrusia y Kazajstán. En ellas pronosticaba un futuro desarrollo a este nuevo espacio económico similar al que ha conseguido la Unión Europea; "Russia, Belarus, Kazakhstan sign epoch Eurasian Economic Union", *Russia Today,* 29 de mayo de 2014, http://rt.com/business/162200-russia-bealrus-kazakhstan-union/ . Consultado el 7 de julio de 2014.

[10] Véase al respecto el trabajo de Ruiz, F. J., "El concepto de Política Exterior de Rusia: un estudio comparativo", *Documento marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 06/2013; asimismo Mcdermott, R., "Russia military doctrine looks East", *Eurasia Daily Monitor*, vol. 7, Nº 36, 23 de febrero de 2010

Cualquier aproximación que realicemos a los conflictos congelados en su extranjero próximo y a la estrategia desplegada por la Federación Rusa en los mismos desde la desaparición de la Unión Soviética nos remite a la percepción de estas regiones como una prolongación natural de la propia Rusia. Tal es así que la pertenencia de muchas de las repúblicas ex soviéticas a la órbita geopolítica rusa a través de alguna de las organizaciones regionales de reciente creación se plantea como una opción "incontrovertible, evidente y natural"[11]. El halo neo-imperialista que se desprende de este tipo de políticas hace impensable el establecimiento de fórmulas co-participativas como las que propugna Putin con respecto a Ucrania; la integración, en términos simultáneos, en acuerdos de asociación con la UE y la integración en la Unión Económica Euroasiática[12].

No obstante, la valoración final en torno a la intervención de Rusia en lo que-al menos en sus inicios- se debió de sustanciar como un conflicto político-social de exclusivo carácter interno en Ucrania deberá realizarse con cierta perspectiva histórica y no tan pegada a los acontecimientos que, en estos días, se están aún desarrollando. Sin embargo, existe una corriente nada minoritaria entre el conjunto de analistas internacionales que se muestra especialmente crítica con la actuación realizada por la Unión Europea y Estados Unidos desplegando una presión política a Ucrania muy superior a la realizada por Rusia: mientras esta última ofrecía ayuda financiera los enviados de la Unión Europea trataban de convencer a las autoridades ucranianas para que firmasen el acuerdo de asociación y "violando todas los principios de la diplomacia internacional se entrevistaban con los líderes de los manifestantes opositores en el centro de Kiev"[13].

Parece que el principio de no injerencia en asuntos internos, entendido como el derecho de todo Estado soberano a la conducción de sus asuntos sin intervención foránea, ha sido violentado por buena parte de los actores intervinientes en la presente crisis. Pese a los cruces de acusaciones al respecto entre estos mismos actores durante estos meses transcurridos.

Otro de los principios estructurales del derecho internacional contemporáneo que ha quedado socavado-sin conocer todavía el alcance que el mismo tendrá en el futuro más inmediato- ha sido el de la integridad territorial de los Estados. El objetivo evidente de la anexión de Crimea-algunos analistas hablan de reintegración-por parte de Rusia se colocó entre las prioridades de la agenda estratégica de Putin una vez que se

[11] Makarychev, A. y Yatsyk, A., "A New Russian Conservatism: Domestic Roots and Repercussions for Europe", *Notes Internacionals CIDOB*, Nº 93, junio de 2014; disponible en la siguiente página web: http://www.cidob.org/es/publicaciones/notes_internacionals/n1_93/a_new_russian_conservatism_domestic_roots_and_repercussions_for_europe. Consultado el 7 de julio de 2014.

[12] De Pedro, Nicolás., "La Unión Aduanera ¿Integración Euroasiática o resurgir neo-imperial de Rusia?", *Opinión CIDOB*, Nº 216, 24 de diciembre de 2013; http://www.cidob.org/es/publicaciones/opinion/asia/la_union_aduanera_integracion_euroasiatica_o_resurgir_neoimperial_de_rusia. Consultado el 7 de julio de 2014.

[13] Lukin, A., "Eurasian integration and the clash of values", en Putin´s World, *Survival,* Vol. 56, Nº 3, junio-julio 2014, p. 49. The International Institute for Strategic Studies (IIIS), Washington.

formalizó la precipitada huida de Yanukóvich y la toma del gobierno por parte de los rebeldes de Maidán, en un ejercicio nada democrático de acceso al poder. La celebración del referéndum de autodeterminación en Crimea el 16 de marzo consumó una nueva vulneración de la legalidad internacional, así como del propio ordenamiento jurídico interno ucraniano, en lo que se refiere a su estructura territorial. Crimea, como República Autónoma en el seno de la República de Ucrania, no tenía potestad legal para ejercer el derecho de autodeterminación-vía referéndum-, declararse independiente y solicitar su adhesión a la Federación Rusa. Ésta, por su parte, ha violado la legalidad internacional reconociendo su independencia e incorporándola a su territorio. No parece necesario recordar que el derecho de secesión no se reconoce-con carácter general- por parte del derecho internacional, remitiéndose a los respectivos derechos internos de los Estados.

Las repetidas alusiones al modelo comparativo de Kosovo para justificar el proceso independentista/secesionista de Crimea no ofrecen ningún tipo de aval a la política de Putin. Una ilegalidad previa no justifica a otra posterior, pese al vergonzante Dictamen de la Corte Internacional de Justicia al respecto[14].

Se han apuntado algunas consecuencias directas derivadas de escasa o nula reacción occidental-esencialmente la Unión Europea y Estados Unidos-respecto a la anexión rusa de Crimea: asentimiento al nuevo *statu quo* para evitar una ocupación territorial más amplia de Ucrania por Rusia; validación-por inacción aunque no aquiescencia- de la recuperación de la doctrina de la" injerencia humanitaria" a favor de la minoría rusa residente especialmente en los distritos orientales de la república ucraniana; por último, lo anterior no se tradujo-más bien lo contrario-en una ampliación e intensificación de las acciones nada encubiertas de las denominadas milicias prorrusas apoyadas por las fuerzas armadas rusas[15].

No es una política novedosa hacia su *near abroad*[16]; los instrumentos utilizados, esencialmente la diplomacia coercitiva, sí lo son. Podemos detectar el endurecimiento del Kremlin en las acciones de agosto de 2008 en Georgia, con una intervención armada sin ningún tipo de camuflaje vulnerando los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional y haciendo saltar por los aires cualquier remisión de la crisis al sistema de seguridad colectiva internacional. Sin embargo no parecía plausible ningún tipo de acción similar en el caso de Ucrania por cuestiones muy variadas: los lazos históricos entre los dos pueblos; el nivel como potencia-territorial, poblacional, económico, socio potencial- de Ucrania; la posible desafección que supondría

[14] Gutierrez, C. y Bermejo, R., "De la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 sobre Kosovo". Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 35/2010 de 10 de noviembre de 2010; http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/a6e5028044a3265585a587f55cb546a4/DT35-2010_Gutierrez_Bermejo_Corte_Internacional_Justicia_Kosovo.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a6e5028044a3265585a587f55cb546a4. Consultado el 10 de julio de 2014.

[15] Shevtsova, L. "Caer en la trampa de Putin", *Política Exterior*, Nº 159, mayo-junio de 2014, pp. 62-74

[16] Blanch, A., *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*. Tecnos, Madrid, 2004.

de los diversos proyectos de integración liderados por Rusia y, por consiguiente, la aproximación a sus potenciales socios occidentales (UE/Estados Unidos, OTAN).

Las presiones realizadas con anterioridad en áreas con conflictos congelados, especialmente mediante el corte del suministro de gas natural y el abastecimiento de petróleo, han dado paso a un intervencionismo directo y activo. A una política exterior de hechos consumados, como evidenció la nota de prensa ofrecida por el Kremlin con posterioridad a la conversación sostenida entre Obama y Putin el 7 de marzo[17]. Además, los presagios que augura esta nueva orientación de Rusia en su política de vecindad compartida con la Unión Europea hacia antiguas repúblicas de la extinta Unión Soviética no pueden ser optimistas. La independencia soberana, la integridad territorial y las poblaciones de Estos Estados de reciente reconocimiento internacional no pueden dejar de sentirse vulnerables. Por tanto, la extensión de potenciales "Estados fallidos" (el caso de Moldavia y Transnistria se ha vuelto a "descongelar" inmediatamente) en las fronteras de la Unión Europea y de Rusia y sus consecuencias no pueden ignorarse en términos de seguridad continental y universal. La conversión de estos potenciales Estados fallidos en Estados satélites no ofrece tampoco demasiadas garantías alternativas.

La estrategia planteada por el tándem UE-Estados Unidos se ha basado en un triple apoyo diplomático, político y financiero-concretado a través del Fondo Monetario Internacional- con el objetivo de aplicar un programa reformista de amplio alcance, una democratización profunda de sus estructuras y una evidente orientación hacia occidente (UE y OTAN). Sin embargo pueden haber errado en el cálculo de los tiempos[18]. De hecho esta es la tesis de figuras tan relevantes como la de Henry Kissinger que no ven factible que la intervención en Ucrania estuviese programada por Rusia, tres días después de la organización de los Juegos de Invierno celebrados en Sochi, con la carga propagandística que tenían frente al conjunto de la comunidad internacional. Más bien se atribuye a la reacción frente a unos acontecimientos descontrolados[19].

Lo cierto es que Rusia ha fagocitado la práctica totalidad de la flota ucraniana-por absorción o deserción-, garantizándose una salida rápida hacia el Mediterráneo y la posibilidad estratégica de participar en cualquier crisis de la zona[20]. Y las reacciones de la Unión Europea y de Estados Unidos han sido tardías y tibias motivado por el conjunto de intereses económicos y estratégicos que están en juego en la región. Estados Unidos parece haber perdido la iniciativa política y diplomática cuando se aproxima a las fronteras de la Federación Rusa; la intervención en Osetia del Sur y

[17] En esencia se concluía que la crisis ucraniana no debía interferir en las relaciones bilaterales entre las dos potencias

[18] Charap, S., "Ukraine: Seeking an Elusive New Normal", *Survival*, VOL 56, Nº 53, junio-julio 2014, pp. 85-95.

[19] *Russia Today*, 11 de mayo de 2014; http://actualidad.rt.com/actualidad/view/127739-kissinger-conflicto-ucrania-putin-eeuu

[20] Treviño, J. M. "La flota del mar Negro y la crisis de Crimea", *Política Exterior*, Nº 159, mayo-junio 2014, pp. 76-83.

en Abjasia del Ejército ruso en el año 2008 parece estar muy presente en la Administración de Obama. El peligro potencial se desprende de la tentación expansionista de Putin: "Rusia aún no ha encontrado sus fronteras. Las líneas divisorias se consideran temporales o irresueltas"[21].

Por su parte la UE no tiene una política energética común-como tampoco una política exterior- ya que se ha articulado en función de las particulares relaciones que cada Estado ha desarrollado con Rusia. El eventual desarrollo del gas de esquisto en Ucrania representa una clara amenaza para Rusia y su comercio con el Occidente europeo[22]. Pero solo es una hipótesis en una realidad actual de extrema dependencia en materia energética de Rusia.

## 3. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La intervención de Naciones Unidas en el conflicto de Ucrania ha renovado, con insistencia, la urgente necesidad de reforma del sistema y, en especial, del Consejo de Seguridad. La obsolescencia del mismo con la actual configuración se manifiesta en las situaciones de crisis del sistema de seguridad colectiva. Sin una actualización en la representación del mismo, adecuándose a la nueva realidad de la comunidad internacional, con una mayor presencia de potencias regionales, un equilibrio en la representación de los diferentes continentes, y una modificación en el sistema de adopción de decisiones-modificando el reparto de mayorías y el derecho de veto- el principal órgano ejecutivo de la ONU resulta absolutamente ineficaz[23].

La única resolución que ha podido sacar adelante ha sido a través de la Asamblea General a propuesta de un grupo de Estados a favor de la integridad territorial de Ucrania y el mantenimiento de las fronteras internacionalmente reconocidas[24]. El Consejo de Seguridad ha tenido-hasta la fecha- cinco reuniones convocadas con carácter de urgencia para abordar la crisis ucraniana, todas desarrolladas entre los días 1 y 19 de marzo. Los temas abordados en las mencionadas reuniones han sido los siguientes: la solicitud formal de suspensión de la intervención militar de la Federación Rusa en Ucrania; la búsqueda de una resolución pacífica del conflicto; el intento-fallido finalmente gracias al veto de Rusia y a la abstención de China- de resolución del Consejo de no reconocimiento del referéndum sobre Crimea y, finalmente, la au-

[21] Judah, B., *Fragile Empire: How Russia fell in and out of love with Vladimir Putin*. Yale University Press, Londres, 2013

[22] Tesis desarrollada por Zimmerman, W., *Ruling Russia: Authoritarism from the Revolution to Putin*. Princeton University Press, New Jersey, 2014.

[23] Blanc, A., *El Proceso de reforma de Naciones Unidas*. Tecnos, Madrid, 2009.

[24] A/68/L.39, 24 de marzo de 2014; http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/L.39

Este proyecto de resolución fue finalmente aprobado con el voto favorable de 100 Estados, 11 en contra y 58 abstenciones, declarando la invalidez del referéndum en Crimea y la subsiguiente unificación con Rusia.

torización del despliegue de un equipo de supervisión de Naciones Unidas en materia de derechos humanos en la zona de conflicto[25].

La posición diplomática de Rusia ha sido clara en la defensa de la legalidad de la celebración del referéndum en Crimea. Sus argumentos han sido los siguientes: la supuesta ilegalidad del mismo contravendría "el principio de igualdad de derechos y de autodeterminación, tal como aparecen recogidos en la Carta de Naciones Unidas y confirmado por las decisiones de la Asamblea General y el Acta de Helsinki de 1975"[26]. Carente por completo de base legal-interna e internacional-, la Federación Rusa recurre a la excepcionalidad de las circunstancias que empujan a Crimea a la secesión y favorecen su apoyo a esta decisión: una coexistencia imposible dentro de Ucrania después de un golpe de Estado inconstitucional contra un gobierno legitimado democráticamente; unos derechos históricos de Rusia sobre un territorio que ha formado parte de la misma y, de forma especial, el propio deseo expresado por el pueblo de Crimea[27].

Las elecciones presidenciales celebradas el pasado 25 de mayo de 2014 van a restar, en pura lógica, fuerza argumental al déficit democrático de las nuevas autoridades con el acceso a la Presidencia de la República de Ucrania de Petró Poroshenko y la previsible convocatoria de elecciones parlamentarias cuando la situación política interna se estabilice. Esto explica la oposición frontal de Rusia a la celebración de los comicios y, por el contrario, el apoyo a los movimientos secesionistas en diversos distritos orientales de Ucrania, como en Lugansk y, en especial, en el caso de la autoproclamada República Popular de Donetsk.

La aportación diplomática del secretario general de la ONU se ha concretado en dos reuniones con Turchynov-presidente en funciones de Ucrania- y con Putin respectivamente, otorgando-de forma implícita- el reconocimiento de la organización a la legitimidad representativa de las nuevas autoridades después de los acontecimientos de Euromaidán[28]. Sin embargo la espiral de violencia y la extensión del conflicto a diferentes regiones orientales de Ucrania han evidenciado la inoperancia de Naciones Unidas en la gestión y pacificación de la situación, más allá de las denuncias de

---

[25] Los documentos oficiales con las declaraciones de los respectivos representantes diplomáticos de los miembros del Consejo de Seguridad son los siguientes: SC/11302 de 1 de marzo de 2014; SC/11305 de 3 de marzo de 2014; SC/11314 de 13 de marzo de 2014; SC/11319 de 15 de marzo de 2014; SC/11328 de 19 de marzo de 2014; http://www.un.org/apps/news/docs.asp?Topic=Ukraine&Type=Meeting

[26] SC/11319 de 15 de marzo de 2014; "Security Council fails to adopt text urging member states not to recognize planned 16 march referéndum in Ukraine´s Crimea región"; http://www.un.org/News/Press/docs/2014/sc11319.doc.htm

[27] *Ibídem*

[28] Véanse los respectivos discursos y el acto celebrado en recuerdo a las víctimas en las revueltas de la plaza Maidán protagonizados por Ban Ki-moon en el Kremlin, el 20 de marzo de 2014,, Disponible en el siguiente sitio web: http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=2171#.U70RNvl_uSo. En Kiev, el 21 de marzo de 2014, en: http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=2172#.U70Rmfl_uSo. En la plaza Maidán, el 22 de marzo de 2014,disponible en: http://www.un.org/apps/news/infocusRel.asp?infocusID=153.

violaciones en materia de derechos humanos fundamentales, de la violencia sobre la población civil, y de diferentes episodios concretos-como el asesinato de periodistas que están cubriendo la información del conflicto-[29].

La declaración unilateral de alto el fuego por parte del electo presidente ucraniano-Poroshenko-, acompañado de un plan de paz de quince puntos para conseguir estabilizar la situación fue presentado el 24 de junio pasado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[30]. Una semana después los choques militares con las fuerzas prorrusas se restablecieron en la región de Lugansk[31].

La OSCE es, con diferencia, la organización internacional más activa e implicada sobre el terreno en la búsqueda de una solución pacífica del conflicto, así como en la denuncia de las violaciones de derechos humanos que en el mismo se están produciendo[32]. Los activistas pro-Maidán, el personal militar en Crimea y los miembros de la comunidad tártara en aquella región parecen ser los colectivos más vulnerables de acuerdo con las conclusiones de este informe, cuya misión fue requerida por el gobierno de Ucrania a la OSCE el 3 de marzo pasado.

Un completo abanico de actividades está siendo desplegado desde el mes de marzo, incluyendo actividades que van desde la supervisión de las elecciones presidenciales, pasando por un proyecto de diálogo nacional facilitado por la OSCE, actividades de verificación e inspección de instalaciones militares, observación del cumplimiento de los derechos humanos fundamentales con la presencia también de Naciones Unidas y el Alto Comisionado, planteándose como una misión estable y de medio-largo plazo[33]. Sin embargo, la Declaración de Ginebra del 17 de abril fue rápidamente ignorada por las partes en conflicto y la hoja de ruta establecida por la OSCE ha continuado su curso[34].

En el seno de la Unión Europea presenciamos las tradicionales divisiones y disensiones en torno a la presencia que la organización debería tener. No solo desde el pun-

---

[29] Véase la condena del Consejo de Seguridad al respecto el 17 de junio de 2014, disponible en el siguiente sitio web: http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48074#.U70Vmvl_uSo. Asimismo, la condena de Ban Ki-moon del derribo de un avión militar ucraniano con 49 militares a bordo el 14 de junio, en: http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48049#.U70Xnvl_uSo. Finalmente, las declaraciones de Navi Pillay-Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos- denunciando las numerosas violaciones en esta materia en el conflicto de Ucrania el 4 de julio de 2014, disponible en: http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=48203#.U70Yhvl_uSo

[30] SC/11448, 24 de junio de 2014, http://www.un.org/News/Press/docs/2014/sc11448.doc.htm

[31] " Kiev´s bloody Eastern Ukraine campaign", *Russia Today,* 7 de julio de 2014, http://rt.com/news/eastern-ukraine-army-operation-680/

[32] *Ukraine, Human Rights Assessment Mission: Report on the Human Rights and Minority Rights Situation, March-April 2014*. OSCE, 12 de mayo de 2014; http://www.osce.org/odihr/118476

[33] Un completo informe sobre las actividades de la OSCE en Ucrania, así como un cuadro relativo a los objetivos, los protagonistas y los contactos está disponible en http://www.osce.org/home/116922?download=true, consultado el 8 de julio de 2014.

[34] Fouéré, E., "Ukraine and Security Disorder in Europe. A Defining Moment for the OSCE?, *CEPS Commentary*, 24 de abril de 2014.

to de vista de los análisis en términos de seguridad y defensa[35], sino también respecto a las acciones a aplicar para garantizar la integridad territorial de Ucrania[36], así como en cuanto al tipo de asistencia económica y coordinación de la misma[37].

La aplicación de sanciones contra Rusia ha constituido otro de los debates más controvertidos en el seno de la Unión Europea[38]. Los diversos y contrapuestos intereses nacionales han impedido acuerdos y consensos firmes al respecto, teniendo como telón de fondo permanente los intereses estratégicos en las relaciones comerciales bilaterales[39]. Tanto las de Rusia con la Unión Europea como las específicas con cada uno de los Estados. La dependencia energética de los suministros rusos ha condicionado notablemente la posición al respecto de Estados tan decisivos en la toma de decisiones en el seno de la UE como Alemania[40]. No impidiendo, no obstante, alinearse estratégicamente con la aplicación de determinadas medidas restrictivas de carácter unilateral adoptadas en paralelo a las aprobadas por Estados Unidos[41].

Las relaciones con la OTAN han condicionado notablemente la gestación y evolución del conflicto ucraniano y la posición adoptada por la Federación Rusa. En los últimos 25 años se han integrado en la organización 12 Estados independientes que pertenecieron al extinto Pacto de Varsovia. La sensación de acoso en sus fronteras

---

[35] Blockmans, S. y Gros, D., "The case for EU Police Mission Ukraine, *CEPS Commentary*, 14 de mayo de 2014; Faleg, G., "Common Security and Defence in 2014: Revise and resubmit", *CEPS Commentary*, 27 de marzo de 2014.

[36] Declaration by the High Representative on behalf of the European Union on the alignment of certain third countries with the Council Decision 2014/308/CFSP amending Decision 2014/145/CFSP concernig restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and Independence of Ukraine, Council of the European Union, 11667/14 (OR.en) PRESSE 391, Brussels, 7 de julio de 2014.

[37] High level meeting on Ukraine: Coordinating and implementing the international support, European Commission, MEMO/14/469, de 8 de julio de 2014; http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-469_en.htm

[38] Portela, C., "The EU´s use of targeted sanctions. Evaluating effectiveness", *CEPS Commentary*, Nº 391, marzo de 2014.

[39] Cabe mencionar al respecto la Decisión del Consejo Europeo relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania, Decisión 2014/119/PESC del Consejo de 5 de marzo de 2014 en L 66/26, DOCE, 6 de marzo de 2014; en: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0119&qid=1404908786320&from=EN

[40] El Consejo Europeo celebrado el 20 y 21 de marzo de 2014 aprobó en sus conclusiones la ruptura de los encuentros entre Rusia y la UE programados en el programa abierto de conversaciones bilaterales a todos los niveles. También se aprobó la prohibición de importación de bienes de Crimea y Sebastopol, denunciando la anexión de la península por parte de Rusia, European Council EUCO 7/1/14 REV 1, CO EUR 2 CONCL 1, 21 de marzo de 2014.

[41] Se concretan fundamentalmente en restricciones en materia de viaje, inmovilización de fondos y recursos económicos de determinadas personas responsables de acciones que menoscaben o amenacen la integridad territorial de Ucrania, la independencia y su soberanía. Se ven afectadas tanto las personas físicas como las jurídicas y las entidades y organismos anexados a la decisión; Reglamento (UE) Nº 269/2014 del Consejo de 17 de marzo de 2014, L 78/6, DOCE, 17 de marzo de 2014; Decisión 2014/145/PESC del Consejo de 17 de marzo de 2014, L 78/16, DOCE, 17 de marzo de 2014; http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014D0145&qid=1404908786320&from=EN

parece patente en el despliegue de acciones y declaraciones realizadas en el marco de la política exterior del Kremlin durante los últimos años[42].

El papel que está jugando Estados Unidos en el presente conflicto es, ciertamente, complejo. Pese a los evidentes intereses estratégicos, de seguridad y defensa colectiva en términos regionales y la defensa de los principios del ordenamiento jurídico internacional vulnerados presenta algunos perfiles inquietantes. Parece haber realizado concesiones a la política de hechos consumados del Kremlin que puede sentar peligrosos precedentes. Aunque la iniciativa inicial rusa ha sido parcialmente recuperada por la Unión Europea con la firma de los acuerdos comerciales con Ucrania, Moldova y Georgia no debemos olvidar que, en paralelo, se está negociando el Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (TTIP) entre la Unión Europea y Estados Unidos. Escenario que representaría para Rusia un mayor aislamiento si no intensifica sus relaciones con la Unión Europea y con otros socios estratégicos. El denominado Consejo de Energía entre Estados Unidos y la UE, celebrado el pasado dos de abril concentró sus objetivos en la búsqueda de alternativas energéticas que reduzcan la dependencia europea de Rusia, aunque tampoco olvidemos que esta última también necesita mercados a los que exportar su principal activo comercial[43].

Las organizaciones-tanto intergubernamentales como no gubernamentales- responsables de la protección de los derechos humanos están reportando graves violaciones de los mismos en especial, como suele suceder en este tipo de conflictos, entre la población civil. Human Rights Watch ha denunciado la actuación del ejército ucraniano en esta línea[44]. Fuentes de ACNUR cifran ya en medio millón de personas las desplazadas a Rusia desde Ucrania.[45]Una no descartable internacionalización de la crisis podría traducirse en la extensión de la conflictividad interétnica de buena parte del antiguo espacio soviético. La degeneración del conflicto civil y su desbordamiento de las fronteras ucranianas no constituyen, en absoluto, una hipótesis descabellada.

El gobierno ruso ha publicado el denominado Libro Blanco sobre las violaciones de derechos humanos en Ucrania entre los meses de noviembre de 2013 y marzo de

---

[42] Recientemente el ministro de Exteriores ruso, Serguéi Lavrov declaraba que "el intento de forzar la ampliación de la OTAN hacia el este o en cualquier otra dirección, continuar el acercamiento de sus infraestructuras militares a las fronteras de Rusia es, desde luego, contraproducente y se contradice con los compromisos de los miembros de la Alianza asumieron en el marco de la OSCE, así como en el Acta Fundacional OTAN-Rusia", *RiaNovosti*, 9 de junio de 2014, http://sp.ria.ru/international/20140609/160397340.html

[43] Reunión entre Kerry y Catherine Ashton, *Euronews*, 2 de abril de 2014;Disponible en el siguiente sitio web: http://es.euronews.com/2014/04/02/ue-y-eeuu-buscan-alternativas-a-la-dependencia-energetica-europea-de-rusia/

[44] *Human Rights Watch*, 10 de junio de 2014;Disponible en el siguiente sitio web: http://actualidad.rt.com/actualidad/view/130694-human-rights-watch-ejercito-ucrania-atentar-civiles

[45] *Russia beyond the headlines*, 9 de julio de 2014; Disponible en el siguiente sitio web: http://es.rbth.com/internacional/2014/07/09/medio_millon_de_personas_han_huido_de_ucrania_a_rusia_segun_la_41607.html.

2014.[46]Hay que recordar el ya mencionado trabajo de campo que, en este ámbito, está realizando la OSCE con el apoyo de Naciones Unidas.

## 4. LAS FUENTES ENERGÉTICAS Y EL CONFLICTO

No podemos olvidar el papel jugado en el conflicto por la importante dependencia energética de Ucrania y de buena parte de Europa de las exportaciones rusas. El uso coercitivo que Rusia ha realizado sobre los precios y los suministros-o la suspensión de los mismos- fundamentalmente de gas se han materializado en las diferentes repúblicas vecinas desde la desaparición de la Unión Soviética y su formalización como Estados independientes[47]. La capacidad de abastecimiento y desabastecimiento energético se convierte en un instrumento extremadamente útil en el despliegue de las líneas de la política exterior rusa que definíamos al inicio del presente análisis, así como el principal resorte estratégico de Rusia en su retorno a la escena internacional en condiciones de ejercer un liderazgo prolongado en su "política de vecindad". La disparidad existente en la política de precios que ésta aplica a sus diferentes clientes/importadores está en relación directa con la capacidad de injerencia que estos Estados le permitan a la Federación Rusa. Hasta el punto de que Leonid Kravchuk-antiguo presidente ucraniano- ha declarado en estos días que "la filosofía del Kremlin de defensa de los intereses del "mundo ruso" se centra en la agresión y en el desprecio de los intereses de sus vecinos"[48].

Alemania es, con mucha diferencia, la principal importadora de gas ruso-más de 40 mil millones de metros cúbicos en 2013-, seguida por Turquía-cerca de 27 mil millones- e Italia-más de 25 mil millones de metros cúbicos- y la propia Ucrania con un nivel muy similar al italiano-alrededor de 26 mil millones-[49].

Si bien lo más relevante no es únicamente el volumen de importaciones y, por tanto, de dependencia energética de Rusia; también lo es el nivel de precios aplicado a cada país en función de sus respectivas relaciones bilaterales. En especial cuando se mantiene algún contencioso territorial abierto.

A continuación se presentan dos gráficos muy ilustrativos al respecto en los que se recogen los datos sobre las exportaciones de gas natural de Rusia a los distintos países europeos y el porcentaje que éste representa sobre el conjunto total de las importacio-

---

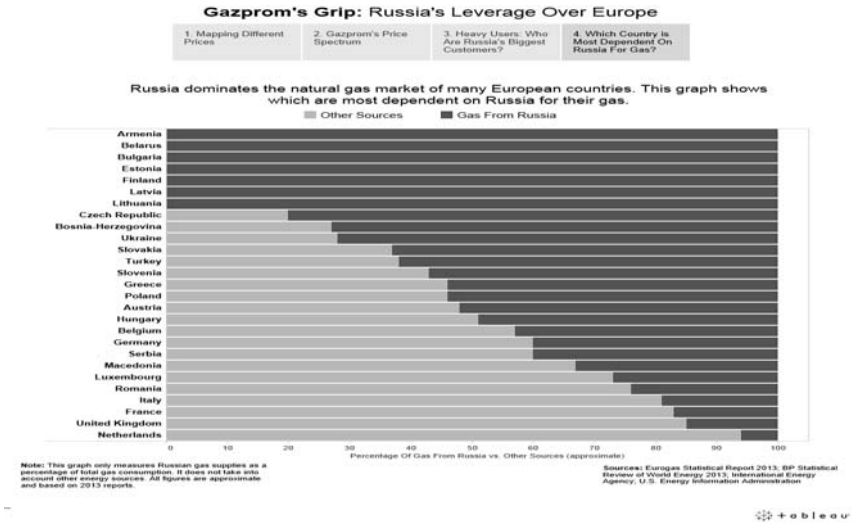
[46] http://spain.mid.ru/documents/1803126/4471289/White_book.pdf; consultado el 14 de julio de 2014.

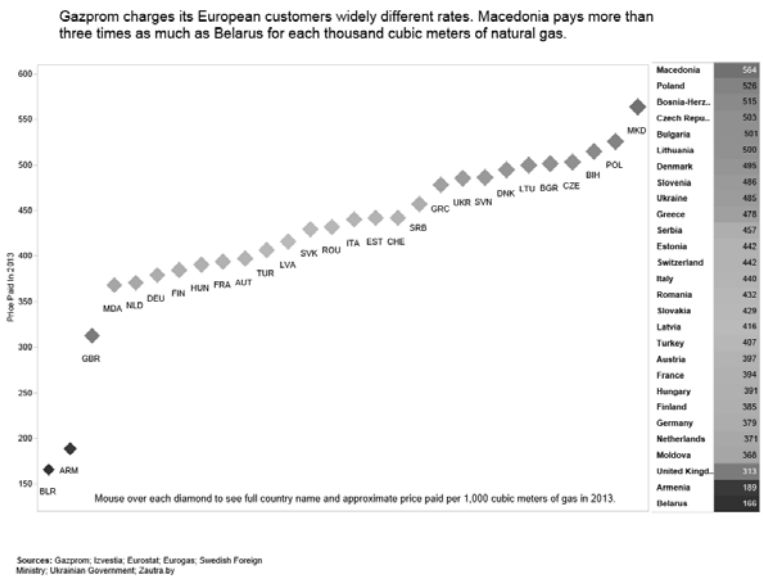
[47] Sánchez, A. J., *Rusia, el poder y la energía*. Plaza y Valdés, Madrid, 2014.

[48] *RFE/RL´s Weekly Rundown: Gazprom´s grip, a tentative truce in Ukraine, startling speech in Belarus, and more*. Radio Free Europe/Radio Liberty, 11 de julio de 2014; http://www.rferl.org/content/weekly-rundown-gazprom-ukraine-truce-belarus-speech-and-more/25444885.html

[49] Estadísticas oficiales de suministro de gas por Gazprom durante el año 2013; http://www.gazpromexport.ru/en/statistics/

nes de gas-lo que manifiesta el nivel de dependencia-. De igual manera la política de precios aplicada a estos mismos países queda reflejada en el segundo gráfico[50].






[50] Fuente de los gráficos: RFE/RL, *art. Cit.*

Como podemos observar en el presente gráfico, los precios pagados en dólares por cada mil metros cúbicos de gas natural son sustancialmente diferentes. Prestemos atención a los casos de Alemania, Ucrania, Bielorrusia, Armenia y Polonia y obtendremos las claves interpretativas de las respectivas relaciones bilaterales y, por consiguiente, identificaremos también los diversos intereses.

No olvidemos, sin embargo, que la presión que puede ejercer Rusia a través del nivel de endeudamiento asumible y de las presiones sobre los pagos inmediatos frente a los suministros puede tornarse insalvable para repúblicas como Ucrania. Cerca de una tercera parte de la necesidad de gas natural de la Unión Europea es cubierta en la actualidad por Rusia, recibiéndolo mayoritariamente a través de Ucrania. Situación que variará con las nuevas redes de suministro desde el North Stream y el South Stream. El tránsito por un conjunto de Estados de la UE de este último gaseoducto ha sido aceptado el pasado mes de enero de 2014 por la Comisión Europea. Se prevé que en el año 2018 cubra el 15% de las necesidades de la UE[51].

## 5. CONCLUSIONES

Va tomando forma la percepción sobre cómo en el caso ucraniano, otra vez, han prevalecido los intereses sobre los principios. Pero también los errores sobre los aciertos de los principales actores. Algunos autores señalan cómo la propia Unión Europea ha infravalorado "la potencia transformadora de su Política de Vecindad-un recordatorio de la fortaleza de su atracción política y de la debilidad de su diplomacia-"[52]. Rusia no evaluó correctamente la importancia que la Unión Europea concedía a Ucrania y, en especial, la que buena parte de la sociedad civil ucraniana otorgaba a su vinculación con la misma, en detrimento del proyecto Euroasiático liderado por Putin. Sin embargo, la inmediata reacción al desborde de los acontecimientos permitió a la Federación Rusa tomar una ventaja cualitativa mediante la adopción de una política de hechos consumados en Crimea.

La suspensión de todas las actividades en el marco del Consejo OTAN-Rusia, creado tras la firma del Acuerdo sobre Seguridad y Cooperación y firmado entre ambas el 27 de mayo de 1997, contrasta con la reactivación de las actividades de cooperación en el marco de la Comisión OTAN-Ucrania, especialmente desde el acceso a la presidencia de Poroshenko[53]. No obstante la actitud de la OTAN debe de ser de extrema prudencia en los términos actuales en los que el conflicto ucraniano se está desarrollando. Cualquier paso equivocado o precipitado-recordemos el caso de Georgia en el año 2008- agravaría notablemente la ya compleja situación. Recordemos, además, las complejas relaciones entre Bielorrusia/OTAN y Rusia[54].

---

[51] "EU gives Gazprom preliminary OK for South Stream gas pipeline", *Russia Today*, 20 de enero de 2014; http://rt.com/business/eu-gazprom-south-stream-881/

[52] Krastev, I., "Who lost Ukraine?", *CEPS Commentary*, 16 de diciembre de 2013

[53] NATO-UKRAINE Commission; http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_50319.htm, consultado el 12 de julio de 2014.

[54] Véase al respecto el excelente trabajo de Vysotskaya, A., "The Politico-Military Alliance of Russia and Belarus: Re-Examining the Role of NATO and the EU in Light of the Intra-Alliance Security Dilem-

La Unión Europea está centrando sus últimos esfuerzos en dos líneas de actuación, al margen de la firma del acuerdo de asociación. En primer término, en el despliegue de una misión civil-PESC con el objetivo de ayudar en la reforma del ámbito de la seguridad civil (policía, estado de derecho); en segundo lugar, negociando de forma tripartita EU/Ucrania/Rusia todos los aspectos concernientes al suministro de gas a Ucrania y a los países de la UE sin la adopción de medidas punitivas como consecuencia del conflicto actual y de la firma del acuerdo entre Ucrania y la UE[55]. Sin embargo persiste la sensación de que se percibió-o se ignoraron- las evidentes señales de potencial dificultad en la extensión de su Política de Vecindad a Ucrania y, "hasta la fecha se ha fallado a la hora de generar una respuesta viable a la intervención rusa"[56].

Por su parte Rusia ha perdido irremisiblemente un potente y potencial aliado geopolítico en su estrategia de reconstrucción neo-imperial en el antiguo espacio soviético[57]. Al tiempo que un socio económico de primera magnitud y una nueva pieza que cae del lado occidental (UE/OTAN). Tampoco la perspectiva de Ucrania como un Estado fallido-económica, política y territorialmente- resulta positiva para los intereses rusos. Por ello pretende potenciar sus relaciones bilaterales con China y otras potencias emergentes asiáticas[58].

Ucrania no puede verse aislada a su suerte después de las promesas realizadas tras la firma del Memorándum de Budapest (Ucrania, Rusia, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y China) sobre las garantías de seguridad conectadas a su adhesión al Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares de 5 de diciembre de 1994. Pero la actitud de Rusia ha violado flagrantemente obligaciones internacionales derivadas del mismo con respecto a Ucrania: el respeto a su independencia política, a su integridad territorial-dentro de las fronteras existentes en 1994-, y la prohibición del uso de la amenaza o la fuerza (arts. 1 y 2 del Memorándum).[59]Por no mencionar los artículos 2.4 y 2.7 de la carta de Naciones Unidas y cualquier otro uso ilegal de la fuerza realizado en Ucrania bajo cualquier argumento: protección de sus nacionales, vulneración de sus derechos humanos esenciales, ayuda solicitada por Yanukóvich-cuando ya no era el presidente ucraniano al huir a Rusia y ser revocado por la Rada ucraniana-; así como los principios de no injerencia y de integridad territorial consagrados en el Acta Final de Helsinki de 1975.

---

ma", *Europe-Asia Studies*, Nº 66/4, publicado online el 29 de abril de 2014; http://www.tandfonline.com/loi/ceas20; http://dx.doi.org/10.1080/09668136.2014.899769.

[55] Council Conclusions on Ukraine, *Forein Affairs Council Meeting, Luxembourg*, 23 de junio de 2014; http://www.consilium.europa.eu/Newsroom

[56] MacFarlane, N. y Menon, A., "The EU and Ukraine", *Putin´s World, op. Cit.,* p. 100

[57] Freedman, L., "Ukraine and the Art of Crisis Management", *Ibídem*, p. 32

[58] Emerson, M., *Towards a Greater Eurasia: Who, Why, What and How?*. Eurasia Emerging Markets Forum. Nazarbayev University, National Analytical Center, Astana, 2013.

[59] Blockmans, S., "Putin´s couldn´t care less attitude towards Russia´s international commitments", *CEPS Commentary*, 5 de marzo de 2014

El impacto que de los acuerdos recién firmados entre la Unión Europea y las tres repúblicas con conflictos abiertos frente a Rusia (Moldova/Transnistria; Georgia/Osetia del Sur y Abjasia; Ucrania/Crimea y otros) puedan derivarse va a necesitar cierta perspectiva temporal[60]. Hay dos diferentes propuestas o modelos de solución de la crisis ucraniana que no son incompatibles entre sí: uno es la denominada "finlandización" de Ucrania, es decir, la creación de un Estado neutralizado que permanecería al margen de potenciales ampliaciones de la OTAN y que evitaría potenciales crisis adicionales con Rusia; la segunda opción contempla una "bosnización" de Ucrania, entendiendo por tal una república federal con entidades regionales con un alto grado de descentralización y derechos específicos[61]. De hecho hay planteamientos desde analistas de la propia Unión Europea que abogan por la estabilización de las relaciones entre Rusia y Ucrania a través de acuerdos firmes en la cuestión del suministro del gas ruso previo compromiso ucraniano de permanente neutralidad, recogido incluso en una nueva Constitución, y ampliando los modelos de integración regional más allá de la Unión Europea[62].

Por último, el papel de España en la actual crisis debe de enmarcarse siguiendo los criterios marcados por la reciente Estrategia de Seguridad Nacional. Es decir, compatibilizando el lógico alineamiento con sus tradicionales socios naturales en función de su pertenencia a las diversas organizaciones de carácter regional (UE, OSCE, Consejo de Europa, OTAN) y la defensa de sus intereses bilaterales en sus relaciones con un actor tan relevante en la Comunidad Internacional como Rusia, tal y como se desprende del mencionado documento[63]. Hagamos un ejercicio de posibilismo e intentemos conciliar los principios con los intereses.

## BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA, F., "Ucrania y el mecanismo perverso: la desestabilización inevitable", *Comentario Elcano* (27/2014, 14 de abril de 2014).

BÁRCENAS, L. A. y LÓPEZ, J. A., *Los conflictos congelados en el antiguo espacio soviético*, Ministerio de Defensa, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2011.

BLANCH, A., *El Proceso de reforma de Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2009.

—, *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*, Tecnos, Madrid, 2004.

[60] *Countdown to the Vilnius Summit: EU trade relations with Moldova and South Caucasus*, Worshop Policy Department for the Committee on International Trade (INTA), European Parlament, PE 433.755, enero de 2014.

[61] Popescu, N., *Ukraine: Four crises, One Country*. European Union Institute for Security Studies, Brief Issue, Nº 16, mayo de 2014.

[62] Emerson, M., "Towards a fresh deal for Ukraine, the EU and Russia and their neighbourhood policies: 15 steps", *CEPS Commentary*, 29 de mayo de 2014.

[63] Carpintero, N., "Geoestrategia del gas y del petróleo en las ex repúblicas soviéticas", *La crisis energética y su repercusión en la economía. Seguridad y defensa Nacional*, Documentos de Seguridad y Defensa, Nº 18, CESEDEN, junio de 2008, pp. 37-63

CARPINTERO, N., "Geoestrategia del gas y del petróleo en las Ex Repúblicas Soviéticas", *La crisis energética y su repercusión en la economía. Seguridad y Defensa Nacional*, Documentos de Seguridad y Defensa del CESEDEN (Nº 18, junio de 2008), pp. 37-62.

BLOCKMANS, S. y GROS, D., "The case for EU Police Mission Ukraine, *CEPS Commentary*, 14 de mayo de 2014.

BLOCKMANS, S., "Putin´s couldn´t care less attitude towards Russia´s international commitments", *CEPS Commentary*, 5 de marzo de 2014.

CHARAP, S., "Ukraine: Seeking an Elusive New Normal", *Putin´s World, Survival* (VOL 56, Nº 53, junio-julio 2014), pp. 85-95.

DE PEDRO, Nicolás., "La Unión Aduanera ¿Integración Euroasiática o resurgir neo-imperial de Rusia?", *Opinión CIDOB*, Nº 216, 24 de diciembre de 2013.

EMERSON, M., "Can Ukraine be saved at this 11th hour?, *Centre for European Policy Studies Commentary*, 5 de mayo de 2014.

EMERSON, M., *Towards a Greater Eurasia: Who, Why, What and How?*. Eurasia Emerging Markets Forum. Nazarbayev University, National Analytical Center, Astana, 2013.

FALEG, G., "Common Security and Defence in 2014: Revise and resubmit", *CEPS Commentary*, 27 de marzo de 2014.

FOUÉRÉ, E., "Ukraine and Security Disorder in Europe. A Defining Moment for the OSCE?, *CEPS Commentary*, 24 de abril de 2014.

FREEDMAN, L., "Ukraine and the Art of Crisis Management", *Putin´s World, Survival* (VOL 56, Nº 53, junio-julio 2014), pp. 7-41.

GUTIERREZ, C. y BERMEJO, R., "De la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010 sobre Kosovo", Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo 35/2010 de 10 de noviembre de 2010.

JUDAH, B., *Fragile Empire: How Russia fell in and out of love with Vladimir Putin*, Yale University Press, Londres, 2013.

KHASBULATOV, R., *La Impotencia del poder. La Rusia de Putin*, Última Línea, Madrid, 2014.

KRASTEV, I., "Who lost Ukraine?", *CEPS Commentary*, 16 de diciembre de 2013.

LUKIN, A., "Eurasian integration and the clash of values", Putin´s World, *Survival,* (Vol. 56, Nº 3, junio-julio 2014), pp. 43-60.

MANKOFF, J., *Russian Foreign Policy: The Return of Great Power Politics*, Rowman&Littlefield Publishers, Maryland, 2009.

MAKARYCHEV, A. y YATSYK, A., "A New Russian Conservatism: Domestic Roots and Repercussions for Europe", *Notes Internacionals CIDOB*, Nº 93, junio de 2014.

MCDERMOTT, R., "Russia military doctrine looks East", *Eurasia Daily Monitor*, vol. 7, Nº 36, 23 de febrero de 2010.

MACFARLANE, N. y MENON, A., "The EU and Ukraine", *Putin´s World, Survival* (VOL 56, Nº 53, junio-julio 2014), pp.95-101.

PALAZUELOS, E., *El petróleo y el gas natural en la geoestrategia mundial*. Akal, Madrid, 2008.

PÉREZ, M.J., "La Política de Seguridad y Defensa de Medvédev: ¿Renovación o continuidad?, *Boletín de Información del CESEDEN*, Nº 315, noviembre de 2010.

POPESCU, N., *Ukraine: Four crises, One Country*, European Union Institute for Security Studies, Brief Issue, Nº 16, mayo de 2014.

PORTELA, C., "The EU´s use of targeted sanctions. Evaluating effectiveness", *CEPS Commentary*, Nº 391, marzo de 2014.

RUIZ, F. J., "El concepto de Política Exterior de Rusia: un estudio comparativo", *Documento marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 06/2013.

SORROZA, A., "La UE y la tormenta perfecta ucraniana", *Comentario Elcano* (28/2014, 15 de abril de 2014).

TAIBO, C., *Rusia frente a Ucrania. Imperio, pueblos, energía,* Los Libros de la Catarata, Madrid, 2014.

TREVIÑO, J. M. "La flota del mar Negro y la crisis de Crimea", *Política Exterior* (Nº 159, mayo-junio 2014), pp. 76-83.

SÁNCHEZ, A. J., *Rusia, el poder y la energía.* Plaza y Valdés, Madrid, 2014.

SHEVTSOVA, L. "Caer en la trampa de Putin", *Política Exterior* (Nº 159, mayo-junio de 2014), pp. 62-74.

VYSOTSKAYA, A., "The Politico-Military Alliance of Russia and Belarus: Re-Examining the Role of NATO and the EU in Light of the Intra-Alliance Security Dilemma", *Europe-Asia Studies*, Nº 66/4, publicado *online* el 29 de abril de 2014.

WILSON, A., *The Ukrainians: Unexpected Nation*, Yale University Press, Norfolk, 2005.

ZIMMERMAN, W., *Ruling Russia: Authoritarism from the Revolution to Putin.* Princeton University Press, New Jersey, 2014.

## INFORMES

*Ukraine, Human Rights Assessment Mission: Report on the Human Rights and Minority Rights Situation, March-April 2014.* OSCE, 12 de mayo de 2014.

*Countdown to the Vilnius Summit: EU trade relations with Moldova and South Caucasus*, Worshop Policy Department for the Committee on International Trade (INTA), European Parlament, PE 433.755, enero de 2014.

# REACCIÓN INTERNACIONAL INSTITUCIONALIZADA ANTE EL CONFLICTO EN MALÍ

Mª Ángeles Cano Linares

*Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*
*Universidad Rey Juan Carlos*

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin la notoriedad de otros conflictos simultáneos, el conflicto en Malí emergió definitivamente en la escena internacional el 21 de marzo de 2012, fecha en la que, debido al descontento por la debilidad con que se estaba combatiendo la rebelión tuareg del Norte y la falta de unidades de militares, se produjo el golpe de Estado que derrocó al Presidente Amadou Toumani Touré.

Sin embargo, la crisis se había desencadenado con anterioridad. En realidad, se puede afirmar que la mecha que prendió el caso de Malí no es otra que los acontecimientos en Libia, con la caída del régimen de Muamar el Gadafí en Libia y la explosión de las conocidas como "primaveras árabes", una mecha que prendió un polvorín ya existente desde hacía tiempo.

Por ello, se puede hablar de diversos conflictos sucesivos y superpuestos que se han ido desencadenando desde que el final de la guerra civil en Libia, en octubre de 2011, desplazara al Norte de Mali algunas unidades militares tuaregs que habían apoyado a Gadafi, así como un importante flujo de armas y equipos militares destinados tanto a las tribus tuaregs como a las milicias islamistas[1], poniéndose de manifiesto la vulnerabilidad e inestabilidad de la región del Sahel[2].

---

[1] "Crisis de Mali: la amenaza islamista y la respuesta de Francia, España y la UE", *Memorando OPEX* nº 183/2013, www.falternativas.org/opex

[2] Una realidad a la que la Unión Europea pretendió hacer frente con la aprobación de La Estrategia para la Seguridad y el Desarrollo en la región del Sahel de la UE. http://eeas.europa.eu/africa/docs/sahel_strategy_en.pdf., sobre la cuestión, cf. OLADIRAN BELLO, "La implementación de la Estrategia de la

La reacción internacional institucionalizada por parte de Naciones Unidas no se hizo esperar, si bien las primeras manifestaciones se limitaron a una declaración a la prensa y sendas declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[3], tras las que, el 5 de julio de 2012, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas calificó, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, la situación en Malí como de amenaza a la paz y seguridad internacionales en la región, respaldando las iniciativas de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) y de la Unión Africana, que habían desplegado sus esfuerzos con anterioridad con el fin de restaurar el orden constitucional en Malí[4].

## 2. DISTINTAS ETAPAS DEL CONFLICTO EN MALÍ

Aun cuando su historia anterior no estuviera exenta de golpes de Estado, Malí disfrutaba desde 1991 de una envidiable estabilidad, con una República multipartidista con elecciones libres considerada como modelo de democracia africana[5].

Sin embrago, toda una serie de acontecimientos a lo largo de 2012 y 2013, con raíces en los años anteriores, hundieron el sistema político, fracturaron el país y condujeron a un cruento conflicto armado. Primero, la rebelión en el Norte, dominada por grupos islamistas radicales, dividió el país desencadenando el golpe de Estado de marzo de 2012. El Presidente de transición, Dioncounda Traoré, trató de conciliar a partidarios y oponentes del golpe. La crisis no hizo sino emerger antiguas fracturas[6].

En palabras del Secretario General de Naciones Unidas, en 2012, Mali atravesaba una crisis profunda con graves consecuencias en los planos político, socioeconómico y humanitario y sobre los de la seguridad y los derechos del hombre. Estaban en juego la

UE para el Sahel: entre arenas movedizas", *FRIDE*, 2010, http://www.fride.org/descarga/WP_114_Implementacion_estrategia_UE_Sahel.pdf (consultado junio 2014).

[3] Declaración a la prensa del 22 de marzo de 2012. S/PRST/2012/7 de 26 de marzo de 2012 y S/PRST/2012/9, de 4 de abril de 2012.

[4] En efecto, el Consejo de Seguridad tomó en consideración las Conclusiones de la reunión del Grupo de Apoyo y Seguimiento de la Situación en Malí celebrada el 7 de junio de 2012 en Abidján así como el comunicado emitido por el Consejo de Paz y Seguridad de la UA el 12 de junio de 2012, y de los comunicados emitidos por la CEDEAO el 3 de mayo de 2012 y el 29 de junio de 2012 en S/RES/2056 (2012), de 5 de julio de 2012.

[5] Su historia colonial comenzó en 1854 con el asentamiento de los franceses en el Alto Senegal y termina con la creación de la Federación de Malí, que incluía a Senegal, en 1959 .y en agosto de 1960, tras la secesión de este último, Malí se convirtió en república y proclamó una nueva constitución. El 28 de septiembre de ese año, Malí fue admitida en la ONU y reconocida como país soberano por la comunidad internacional. El primer presidente del país, Modibo Keita, fue derrocado en 1968 por un golpe liderado por el que se convertiría en el nuevo jefe del Estado, Musa Traoré que, a su vez, fue depuesto el 25 de marzo de 1991 encabezado Amadou Toumani Touré. Se abrió paso a un periodo de transición que culminó con la legalización de los partidos y la aprobación de una nueva Constitución. En enero de 1992 se aprobó en referéndum la nueva Constitución, todavía hoy vigente.

[6] Jacques Delcroze: "Derrumbe del sueño democrático en Malí. Amenazas de separación, rumores de intervención", *Le Monde Diplomatique (español)*, Nº. 204, 2012, pág. 19.

unidad nacional del país, su integridad territorial y su tradición democrática multiétnica y laica. Según Ban Ki-Moon el origen de la crisis se encuentra en los problemas estructurales existentes desde hace tiempo, como la debilidad de las instituciones del Estado, la ineficacia de la gobernanza, la fragilidad de la cohesión social, la enraizada opinión que tienen las poblaciones del Norte de estar desatendidas, descuidadas, marginadas y tratadas de forma injusta por el Gobierno central, la debilidad de la sociedad civil, a pesar de su vivacidad, y su dependencia del exterior y, en fin, los efectos de la degradación del medioambiente, los cambios climáticos y los choques económicos[7].

### 2.1. Azawad: rebelión de los tuareg y apoyo de los islamistas

El conflicto armado en el Norte del país es un episodio más de las diversas rebeliones que comenzaron desde el momento mismo de la independencia de Malí en la década de 1960[8]. La última, hasta la fecha, tuvo lugar en enero de 2012 y culminó con la proclamación en abril de ese mismo año de la independencia de Azawad[9].

Esta proclamación se produjo en el entorno de creciente y manifiesta inestabilidad en que había degenerado la situación en Malí desde que en abril de 2007, Amadu Tunami Touré revalidara su liderazgo en las presidenciales frente a Ibrahim Boubacar Keita. Grupos rebeldes hostigaban a la población y se producían secuestros e incluso asesinatos de occidentales mientras que el Movimiento Nacional por la Liberación de Azawad (MNLA), un grupo separatista tuareg sin carácter integrista, se levantó en armas para reivindicar la autodeterminación del Norte del país, iniciándose los enfrentamientos armados frente a las fuerzas gubernamentales el 17 de enero de 2012.

El problema de fondo en el Norte de Malí no es sino la lucha por la independencia por parte de los tuaregs, pueblo bereber nómada que habita en la zona norte y occidental del Sáhara y el norte del Sahel, repartido entre Argelia, Libia, Níger, Malí y Burkina Faso, una aspiración que data desde la propia delimitación de Malí y su acceso a la independencia, aunque ninguno de los Estados en los que se encuentra ha tenido en ningún momento un control efectivo sobre la parte del territorio habitada por los tuaregs, alejados siempre de los centros de poder[10]. Esta percepción de abandono y

---

[7] Informe del Secretario General sobre la situación en Mali, S/2012/894, 29 de noviembre de 2012

[8] Las fechas más significativas del conflicto tuareg son : 1962- 1964 primera rebelión tuareg; 1972-1973 sequía extrema; 1984- 1985 sequía extrema; 1990 rebelión tuareg; 1991 acuerdo de paz, frente medio Argelia; 1994 ruptura del pacto de paz; 1994 Ganda koy, Movimiento Popular Soni Ali Ver; 1995- 1997 Acuerdo de paz; 1996 ruptura del movimiento Ganda Iso, Movimiento Popular Soni Ali; 2002 el presidente Musa Traoré es reelegido;2005 sequía; 2005 se intentan programas de desarrollo en el norte de Malí;2006 acuerdos rebelión de Argelia;2007 nuevos actos de violencia;2009 gobierno contra la insurgencia;2009 se crea el movimiento Ganda Iso.

[9] Reclama la zona comprendida por las regiones de Tombuctú (ciudad más importante de la zona), Kidal y Gao, así como una pequeña parte de la región Mopti.

[10] La construcción de un Estado tuareg, que supondría sin duda cambios radicales en la región, es una reivindicación permanente desde el acceso a la independencia de estos países cuyas fronteras internacionales nunca han sido reconocidas por los tuaregs.

descuido por parte de las autoridades gubernativas es una constante en el pueblo tuareg, que alimenta incansablemente sus aspiraciones de independencia.

Alegando la inoperancia del Gobierno para la resolución del conflicto que se venía desarrollando en el Norte del país por parte de los rebeldes tuaregs, a pocos meses de las elecciones presidenciales, el 22 de marzo de 2012, un grupo de militares, integrado en la autodenominada Comisión Nacional para la Reconstrucción de la Democracia y la Restauración del Estado, protagonizó un golpe de Estado contra el Presidente Touré, disolviendo las instituciones democráticas.

Sin embargo, este hecho en vez de frenar en conflicto en el Norte del país sirvió de ayuda a los separatistas e islamistas que operan en la provincia de Azawad. Aprovechando el vacío de poder generado por el golpe de Estado los rebeldes tuaregs tomaron varias ciudades. Esta acción se vio facilitada por el hecho de que las milicias tuareg habían visto aumentados sus efectivos por combatientes que regresaban de las luchas que habían tenido lugar en Libia y por contar con el apoyo de los grupos yihadistas presentes en el Sahel y con Al Qaeda en el Magreb Islámico (en adelante AQMI).

Los contingentes del Ejército maliense, mal equipados, se vieron obligados a retroceder ante el avance rebelde y, en poco tiempo, las ciudades de Gao y Tombuctú cayeron en poder de los tuaregs; sin ninguna oposición el 6 de abril el MNLA proclamó unilateralmente la secesión de la región[11].

### 2.2. Protagonismo de los grupos islamistas

Por otro lado, desde comienzos del siglo XX, el Norte de Mali se había convertido en un feudo de Al Qaeda en el Magreb Islámico a lo que se unió la aparición, a finales de 2011, del Movimiento para la Unidad y la Jihad en África del Oeste (MUJAO), considerado asimismo como ramificación de Al Quaeda en el Magreb Islámico[12].

El 26 de mayo de 2012 dos grupos rebeldes, los tuareg del MNLA y los islamistas Ansar al Dine (Defensores de la Fe) se fusionaron Cuando estos últimos desearon instaurar la Sharia y proclamar el Estado Islámico de Azawad, objetivos no compartidos por el MNLA, este decidió retirarse del pacto y distanciarse del grupo islamista. Pero ya era demasiado tarde. Los desencuentros entre ambos grupos concluyeron el 28 de junio en el enfrentamiento de Gao. Los grupos islamistas MUJAO y Ansar al Dine derrotaron al MNLA y se hicieron con el control de las ciudades, implantando en la zona un régimen que pretendía aplicar la Sharia como fuente de derecho.

[11] La región independizada del norte de Malí cuenta con cerca de un millón y medio de habitantes, siendo un vasto territorio desértico de unos 850.000 kilómetros cuadrados, con fronteras principales en Mauritania, Argelia y Níger. El recrudecimiento del conflicto aumentó el número de desplazados que acabaron instalándose en países vecinos azotadas por la hambruna vigente en el Sahel.

[12] Desde entonces, ha reivindicado varios de los secuestros ocurridos y dos atentados suicidas en Argelia siendo igualmente responsable del reclutamiento y adoctrinamiento de niños soldados.

Con ello, el conflicto en el Norte de Malí pasó de ser una reivindicación del movimiento tuareg a un movimiento encabezado por los islamistas radicales de Ansar al Din con el apoyo de AQMI, sumando a las reivindicaciones secesionistas la implantación de la ley islámica en todo el territorio de Malí, un objetivo favorecido por el nulo control de sus fronteras con el Sur de Libia y el tráfico de armas libias hacia Malí.

### 2.3. Golpe de Estado y conflicto armado en el país

Estos hechos, considerados como una humillación inaceptable, provocaron que un grupo de oficiales malienses, liderados por el coronel Amadou Haya Sanogo, protagonizara, como ya se ha indicado, el golpe de Estado que destituyó al Presidente elegido democráticamente, pocos meses antes del fin de su mandato y de las elecciones presidenciales previstas, a las que en ningún caso podría haber concurrido por haber disfrutado ya de dos mandatos.

No obstante, la enorme presión internacional, especialmente la realizada por la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO), forzó a los golpistas a acelerar un proceso transición hacia la democracia. Doincunda Traoré fue designado Primer Ministro interino el 12 de abril con el encargo de llevar a cabo ese proceso.

Por otro lado, se fueron formando diferentes grupos armados para luchar contra el integrismo y defender la unidad territorial de Mali. En esta línea, surgió el Movimiento Republicano de Restauración del Aszawad (MRRA), defendiendo una posición autonomista y no secesionista y el Frente de Liberación del Azawad (FNLA), formado en abril de 2012, partidario de la reintegración del norte de Mali al Estado. En junio, un Frente Patriótico de resistencia reunió a seis movimientos de autodefensa de la región de Gao, partidarios de una solución armada contra los islamistas y los tuaregs para paliar la debilidad el Ejército maliense y la falta de acción del Gobierno de transición.

Frente al fracaso patente de la estrategia de hechos consumados del MNLA y su incapacidad de reunir a las diferentes etnias, Mali se sumergió en una crisis política y militar, con riesgos de convertirse en crisis humanitaria con el éxodo de cerca de 300.00 refugiados en los Estados vecinos y desplazados hacia el sur del país.

Así pues la situación en Malí comportaba una cuádruple crisis. Por un lado, una evidente crisis territorial y de seguridad; por otro, una institucional debido el vacío de instituciones constitucionales en Bamako; asimismo una crisis humanitaria, determinada por el desplazamiento de muchas poblaciones que huían de los movimientos yihadistas que habían ocupado el Norte y, finalmente, una crisis de derechos humanos en ese territorio del Norte debido a la aplicación más cruel de la ley islámica.

## 3. LA RESPUESTA DE NACIONES UNIDAS

La respuesta internacional ante la cuádruple crisis de Malí se concretó en tres objetivos: la vuelta a la normalidad y a la institucionalidad en el Sur; la negociación con

el movimiento tuareg para evitar que el conflicto diera lugar a un conflicto étnico y la erradicación de los grupos terroristas que imperaban en el Norte.

En todo caso, pese a las iniciales reacciones de condena por la toma por la fuerza del poder elegido democráticamente en Malí, no se adoptaron decisiones relevantes hasta que la situación había llegado a la partición de hecho del país en dos, y las milicias islamistas se habían hecho con el control del Norte del país.

El 12 de octubre de 2012, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó, por unanimidad, la resolución 2071 presentada por Francia y auspiciada conjuntamente por los tres miembros africanos del Consejo de Seguridad (Sudáfrica, Marruecos, Togo) y por Alemania, India y Reino Unido. En la misma, adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta, se llama a las autoridades de Malí a iniciar un diálogo político con los grupos rebeldes de Malí y con los representantes legítimos de la población local del norte, se advierte de la posible aplicación de sanciones a los grupos armados que no se separen de los movimientos terroristas y se solicita al Secretario General de Naciones Unidas que presente un informe, en especial, en concertación con la CEDEAO y con la Unión Africana, que constituiría la base para que el Consejo de Seguridad autorizase el despliegue de una operación africana en Malí bajo bandera de Naciones Unidas tal y como habían solicitado las autoridades de transición[13].

Con ello se ponía en marcha la planificación de una misión de apoyo a las fuerzas malienses bajo la tutela de la Unión Africana y la CEDEAO que, tras una reunión mantenida en Abijan a finales de julio de 2012, ya había decidido el envío de una fuerza regional de 3000 hombres pero solo tras la resolución favorable del Consejo de Seguridad.

### 3.1. La Misión internacional de apoyo a Malí con liderazgo africano (AFISMA/MISMA)

Finalmente, el 20 de diciembre, la resolución 2085 del Consejo de Seguridad vio la luz y con ella no solo el respaldo a la misión de entrenamiento prevista por la UE[14], el establecimiento de una Oficina de las Naciones Unidas en Malí (UNOM), sino la

[13] Mediante carta de fecha 18 de septiembre de 2012 dirigida al Secretario General por las autoridades de transición de Malí, en que se solicita la autorización para el despliegue, mediante una resolución del Consejo de Seguridad, de una fuerza militar internacional para prestar asistencia a las Fuerzas Armadas de Malí, actuando en virtud del Capítulo VII, como se dispone en la Carta de las Naciones Unidas, a fin de recuperar las regiones ocupadas en el norte de Malí. En el mismo sentido, se expresó la CEDEAO en carta de 28 de septiembre de 2012 que se puso a disposición de la Unión Africana para poner a punto el despliegue de la Fuerza.

[14] Hay que señalar que el Consejo de la Unión Europea adoptó el 18 de febrero de 2013 la Decisión 2013/87/CFSP, por la que puso en marcha una operación PSDC para Mali (denominada EUTM) para acompañar a las Fuerzas Armadas en su refuerzo de capacidades (formación y reestructuración) con una duración inicial de 15 meses y que perdura hasta la fecha. http://www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eutm-mali/index_fr.htm

autorización para el despliegue, por un período inicial de un año, de una Misión Internacional de apoyo a Mali, bajo dirección africana, (MISMA en siglas francesas, AFISMA en siglas inglesas), para ayudar a las autoridades malienses a recuperar el territorio ocupado por las milicias islamistas y a ejercer su autoridad y control sobre todo el territorio.

La misión asignada a UNOM implicaba proporcionar apoyo coordinado y coherente tanto al proceso político en curso como al proceso en materia de seguridad, que incluyera apoyo a la planificación, el despliegue y las operaciones de la Misión Internacional de Apoyo a Malí con Liderazgo Africano.

AFISMA, por el contrario, era una misión de combate, en apoyo de las fuerzas armadas de Mali, que debería servir para restaurar la situación previa a enero de 2012. Debía contribuir a la reconstrucción de la capacidad de las Fuerzas de Defensa y de Seguridad de Malí; apoyar a las autoridades malienses a recuperar las zonas del norte de su territorio controladas por grupos terroristas, extremistas y grupos armados; llevar adelante la transición hacia actividades de estabilización para ayudar a las autoridades malienses a mantener la seguridad y consolidar la autoridad del Estado; prestar apoyo a las autoridades malienses en su responsabilidad primordial de proteger a la población y prestar apoyo a las autoridades malienses para crear un entorno seguro que permitiera la prestación de asistencia humanitaria dirigida por civiles y el retorno voluntario de los desplazados internos y los refugiados.

No obstante, la previsión inicial era que estas fuerzas estuvieran desplegadas y con capacidad de operar en septiembre de ese año pero cuando, el 10 de enero de 2013, Ansar al Dine rompió la tregua y encabezó una invasión del Sur que amenazó a la ciudad de Mopti, cuya conquista habría dejado libre el camino hacia la capital, no había todavía ninguna fuerza desplegada sobre el terreno.

Nigeria solo comenzó a desplegar su fuerza aérea el 17 de enero, dando inicio a la llegada de las fuerzas procedentes de ese país así como de Benin, Nigeria, y Togo cuando Francia ya se había desplegado sobre el terreno.

En efecto, tras la llegada de los islamistas a la localidad de Konna[15] a lo largo del mes de enero de 2013, el Presidente interino Dioncounda Traoré se dirigió a su homólogo francés solicitando ayuda militar urgente para frenar el avance de los islamistas. La respuesta francesa llegó el mismo 11 de enero de 2013 con el envío de los primeros helicópteros y soldados franceses que a partir de esa fecha se fueron desplegando y aumentando el número de efectivos tanto por el Norte de Mali (para retomar, junto a fuerzas malienses y otros africanos, las localidades ocupadas del Norte entre las que destacan los tres grandes núcleos de población de Gao, Tombouctou y Kidal) así como en Bamako para garantizar la seguridad en la capital[16].

[15] Localidad situada a unos 700 km al noreste de Bamako.

[16] Es significativa la explicación pública dada por Holland ese mismo día: "el apoyo del ejército francés al ejército maliense" a fin de contener la acción combinada de las fuerzas de Al Qaeda en el Magreb

Como se ha indicado, el inicio de la operación militar francesa, denominada operación Serval, aceleró el despliegue de las tropas africanas de la AFISMA a mediados de enero de 2013[17].

### 3.2. Misión Multidimensional integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí (MINUSMA)

Finalmente, mediante la Resolución 2100 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas[18] se produjo la transformación de la misión africana AFISMA, liderada por la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO), en la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en Malí (MINUSMA), una misión de mantenimiento de la paz bajo mandato de Naciones Unidas que comenzó a desplegarse a partir del 1 de julio de 2013, con una previsión de despliegue en Mali de unos 12.500 cascos azules que actuarían bajo mandato del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas.

Paralelamente, prosiguió la evolución sobre el terreno y el día 15 de diciembre 2012 se nombró por Decreto presidencial un nuevo Gobierno de Unión Nacional, con solo seis nuevos miembros. En el mes de febrero de 2013, este segundo Gobierno de Unión Nacional de Mali adoptó una Hoja de Ruta, que posteriormente aprobada por la Asamblea Nacional, formuló como objetivos la restauración de la integridad territorial del Norte y la celebración de elecciones (primera vuelta de las elecciones presidenciales) para el mes de julio de 2013[19].

El 1 de julio de 2013, MINUSMA asumió los poderes de la Misión Internacional de Apoyo a Malí con Liderazgo Africano (AFISMA), con sujeción al examen ulterior del Consejo de las condiciones de seguridad en la zona de operaciones de la Misión

---

Islámico (AQMI), el Movimiento para la Unidad y la Yihad en África Occidental (Muyao) y Ansar Dine contra el sur de MalíJean-Pierre Maulny, "Malí pone a prueba la política de Francia en África", *Política exterior*, Vol. 27, Nº 152, 2013, págs. 40-50. Se producirá la guerra del "Sahelistán"? confusión maliense y pasividad argelina, Le Monde diplomatique, Nº. 207, 2013, págs. 6-7.

[17] Con participación de tropas de Benín, Burkina Faso, Gabón, Ghana, Guinea Conakry, Costa de Marfil, Níger, Nigeria, Senegal y Togo, además de la aportación realizada por Chad que no es miembro de la CEDEAO.

[18] Aprobada el 25 de abril de 2013.

[19] El Parlamento aprobó por unanimidad el 29 de enero la hoja de ruta. En la hoja de ruta se destacaron dos misiones esenciales del Gobierno de Transición: el restablecimiento de la integridad territorial y la organización de elecciones libres y limpias. En la hoja de ruta se contemplaron operaciones militares adicionales conjuntamente con la Operación Serval y la AFISMA, cuyos propósitos eran recuperar las zonas ocupadas por grupos armados y restablecer la integridad territorial del país; el restablecimiento pleno de la autoridad del Estado en el norte; la reforma de las fuerzas armadas; el diálogo con los grupos que renunciaran a la lucha armada y respetaran el carácter unitario del Estado de Malí y su Constitución; el regreso de los refugiados y los desplazados; el diálogo entre las comunidades y la lucha contra la impunidad. En la hoja de ruta se indicaron también compromisos en tres esferas relacionadas con la organización de las elecciones, a saber, la reforma del marco jurídico e institucional; la terminación de la revisión de los registros de votantes; y la adopción de un calendario electoral que previera la celebración de elecciones legislativas y presidenciales antes de fines de julio de 2013

El mandato de MINUSMA comprendía ayudar a las autoridades de transición de Malí a estabilizar el país y aplicar la hoja de ruta de transición, prestando particular atención a los principales centros de población y las líneas de comunicación, la protección de los civiles, la vigilancia del respeto de los derechos humanos, la creación de las condiciones necesarias para la prestación de asistencia humanitaria y el regreso de los desplazados, la ampliación de la autoridad del Estado y la preparación de elecciones libres, inclusivas y pacíficas

En ese sentido, deben considerarse un éxito los Acuerdos de Ouagadougou alcanzados en junio de 2013[20], la celebración de elecciones presidenciales, en julio y agosto de 2013 y el nombramiento de un nuevo Gobierno en septiembre de ese mismo año[21].

Sin embargo, la situación siguió siendo inestable. En abril de 2014 se produjo la dimisión del Primer Ministro[22] y en mayo se produjeron, en Kidal, nuevos y graves enfrentamientos armados entre las Fuerzas de Defensa y de Seguridad y el MNLA y otros grupos armados asociados, rompiendo el Acuerdo de Uagadugú de 18 de junio de 2013[23]. La condena de la comunidad internacional fue inmediata y el 23 de mayo de 2014 se alcanzó un acuerdo de alto el fuego concertado bajo los auspicios del Presidente de la Unión Africana, y el Representante Especial del Secretario General para Malí.

Además, de acuerdo con el informe del Secretario General de Naciones Unidas, terroristas y grupos armados siguen circulando y operando en el norte, con una creciente presencia en las zonas montañosas del norte de Kidal, el Adrar de los Iforas, una amenaza importante para los civiles, la ejecución del mandato y las operaciones humanitarias, al amenazar a la MINUSMA y al personal de asistencia humanitaria y

[20] En efecto, el 18 de junio en Ouagadougou el Gobierno de Transición y los grupos armados de las regiones del norte de Malí firmaron un Acuerdo preliminar que favorecía la celebración de elecciones presidenciales y establecía un compromiso para el inicio de las conversaciones de paz con el norte (justicia, restructuración de las fuerzas de seguridad, desarrollo y organización administrativa y territorial) de Malí. Los grupos armados firmantes fueron el Movimiento Nacional para la Liberación del Azawad (MNLA) y el Alto Consejo para la Unidad del Azawad. El Movimiento Árabe del Azawad (MAA) y la Coordinación de los Movimientos y Fuerzas Patrióticas de Resistencia (CMFPR), firmaron una declaración de adhesión al Acuerdo.

[21] La firma del acuerdo favoreció la celebración de elecciones presidenciales en todo el territorio maliense el 28 de julio cuyo vencedor resultó ser el candidato de RPM (Rassamblement pour le Mali), Ibrahim Boubacar Keita, quien ganaría en segunda vuelta (11 de agosto) de forma incontestable al candidato de URD, Soumaila Cissé. El 5 de septiembre, Oumar Tatam Ly fue nombrado Primer ministro a lo que siguió la conformación de un nuevo Gobierno de 34 Ministros el 8 de septiembre. El 24 de noviembre tuvieron lugar elecciones legislativas, calificadas por la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea como elecciones creíbles y transparentes

[22] El Presidente de Malí, Ibrahim Boubacar Keïta nombró inmediatamente nuevo Primer Ministro al antiguo candidato a la Presidencia, Moussa Mara que nombró el 11 de abril nuevo Gobierno

[23] El acuerdo había sido alcanzado entre el Gobierno de Mali, el MNLA y el Consejo Superior de la Unidad de Azawad, fijando un inmediato alto al fuego, el retorno del ejército maliense y un restablecimiento escalonado de las instituciones gubernamentales en la región de Kidal.

obstaculizar los movimientos, persistiendo asimismo la situación de inseguridad alimentaria[24].

Por lo tanto, a pesar del relativo éxito inicial, siguen pendientes muchos de los aspectos previstos para la estabilización de Malí, recogidos en el mandato de MINUSMA, especialmente en relación con la estabilización del norte, el apoyo para el restablecimiento de la autoridad del Estado, los derechos humanos y la protección de los civiles y la reconciliación comunitaria y nacional.

Por ello, no es de extrañar que el Consejo de Seguridad decidiera prorrogar el mandato de la Misión dentro del límite máximo de 11.200 efectivos militares, autorizando la utilización "de todos los medios necesarios en la medida de sus posibilidades y dentro de las zonas en que esté desplegada, para cumplir su mandato"[25]. Las tareas prioritarias asignadas se refieren a la seguridad, estabilización y protección de los civiles (en apoyo de las autoridades estatales especialmente en el Norte y del alto el fuego, aumentando su coordinación operacional con las Fuerzas malienses); al apoyo al diálogo nacional sobre política y reconciliación (con funciones de buenos oficios y fomento de la confianza y de apoyo a las actividades de la Comisión Internacional de Investigación de acuerdo con el Acuerdo de Uagadugú); y prestar apoyo al restablecimiento de la autoridad del Estado en todo el país, la reconstrucción del sector de la seguridad de Malí, la promoción y protección de los derechos humanos y el apoyo a la asistencia humanitaria.

Como tareas adicionales se recogen la protección del personal de las Naciones Unidas y el apoyo a la preservación del patrimonio cultural.

Finalmente, en la Resolución se autoriza igualmente a las tropas francesas a que, dentro de los límites de su capacidad y sus zonas de despliegue, utilicen todos los medios necesarios hasta el final del mandato de la MINUSMA e intervengan para prestar apoyo a los elementos de la MINUSMA cuando se encuentren bajo amenaza inminente y grave a solicitud del Secretario General. Se solicita igualmente a Francia que informe al Consejo sobre la ejecución de este mandato en Malí y coordine sus informes con los del Secretario General.

## 4. CONSIDERACIONES FINALES

Lo anteriormente expuesto permite extraer algunas consideraciones de carácter más general.

En primer lugar, cabe destacar la importante implicación de los Estados africanos así como la de las organizaciones regionales y subregionales, en especial de la Unión Africana y la Comunidad Económica de Estados del África Occidental. Ambas actuaron, en cumplimiento de la legalidad internacional, acudiendo a Naciones Unidas y

[24] Informe del Secretario General de las Naciones Unidas. S/2014/403 de 9 de junio de 2014.
[25] S/RES/2164 (2014), de 25 de junio de 2014.

respondiendo frente a una amenaza regional, de acuerdo con la calificación utilizada por el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. En este sentido se puede afirmar el adecuado funcionamiento de la institucionalidad internacional.

Sin embargo, esta primera y positiva apreciación requiere de algunas matizaciones.

El Gobierno de Malí, aun dispuesto a todo tipo de colaboración en el marco de Naciones Unidas, pidió expresamente ayuda militar directa a un único Estado, Francia, uno de los cinco privilegiados miembros permanentes del Consejo de Seguridad y su presencia en el terreno facilitó el despliegue autorizado por Naciones Unidas. Ello comporta una nueva reflexión sobre la intrínseca debilidad de la Organización de Naciones Unidas para hacer a conflictos armados, incapaz de actuar sin el apoyo e interés de algunos de sus más poderosos Miembros.

Por otro lado, el conflicto en Malí, ha subrayado la interdependencia de todos los Estados del Sahel así como la vulnerabilidad e inestabilidad de la región, transformando un problema histórico, la marginación del pueblo tuareg, en caldo de cultivo para el extremismo islámico y facilitando la dimensión trasnacional de la amenaza terrorista en la región. En este sentido, debe recordarse la inclusión del MUYAO, AQMI, Ansar Eddine y su líder Iyad Ag Ghali, y Al Mourabitoune en la Lista de sanciones contra Al-Qaida del Comité establecido por el Consejo de Seguridad con este fin.

En definitiva, nos encontramos ante una nueva manifestación de la interdependencia y globalización de algunas cuestiones que requieren de una respuesta coordinada internacionalmente institucional.

## BIBLIOGRAFÍA

AMVANE, G. : "Enjeux et perspectives de la reconstruction de l'Etat Malien - Enjeux et perspectives de la reconstruction de l'Etat Malien", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 219-231.

CHARPENTIER, , Ch.: «Conclusion Dossier sur la crise Malienne au regard du Droit International », Civitas Europa 2013; (31), pp. 233-237

BEN ATTAR, O. : " La mise en oeuvre d'une action internationales tentant de remédier à la crise au Mali - Le rôle de la France dans la crise malienne", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 145-180.

BOURGI, A: «Présentation - les enjeux géopolitiques de la crise Malienne», Civitas Europa 2013; (31), *pp. 11-17.*

*CEDEAO, Rapport sur la paix et la sécurité dans l'espace CEDEAO, nº 1, octubre 2012. http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT/7514~v~Mali__Faire_la_paix_en_preparant_la_guerre.pdf*

DELCROZE, J.: "Derrumbe del sueño democrático en Malí. Amenazas de separación, rumores de intervención", *Le Monde Diplomatique (español),* nº 204, 2012, pág. 19.

DÍEZ ALCALDE, J.: "Mali: construir defensa con el respaldo de la Unión Europea", *Documento Análisis, 69/2013*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, www.iees.es (consultado junio 2014).

DUBUY, M.: "La crise au Mali anaysée sous l'angle du droit enternational - La spécificité de la menace terroriste au Mali: quelles conséquences internationales?", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 35-57.

FUNDACIÓN ALTERNATIVAS: "Crisis de Mali: la amenaza islamista y la respuesta de Francia, España y la UE", *Memorando OPEX* nº 183/2013, www.falternativas.org/opex

GARCÍA MARTÍN, L.: "LA PCSD a través de las operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea: Estudio de caso de la EUTM Malí", *Documento Análisis, 21/2014*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, www.iees.es (consultado julio 2014).

INTERNATIONAL CRISIS GROUP: "Mali : réformer ou rechuter », Rapport Afrique n°210, 10 enero 2014.

KHERAD, R. : " La crise au Mali analysée sous l'angle du droit international - Réflexions sur les conflicts libyien et malien au regard des droits de l'homme et du droit humanitaires", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 89-107.

MARTÍN, C. M.: "Malí. En la orilla del Averno", *Lex nova: La revista*, Nº. 53, 2008, págs. 40-45.

MAULNY, J.P.: "Malí pone a prueba la política de Francia en África", *Política exterior*, Vol. 27, Nº 152, 2013, págs. 40-50.

MOINE, A. : "La crise au Mali analysée sous i'angle du droit interntional: La prise en compte internationales de la nature du pouvoir au Mali", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 59-87.

MVE ELLA, L.: ëLa mise en oeuvre d'une action internationale tentant de remédier à la crise au Mali - Le rôle des organisations africaines dans la crise malienne", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 123-144.

NIEVAS BULLEJOS, D.: "Elecciones presidenciales de 2013 en Mali: el difícil reto de reinstaurar la democracia tras el conflicto", *Documento Análisis, 102/2013*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, www.iees.es (consultado julio 2014).

PETIT, Y. : « La mise en oeuvre d'une action internationale tentant de remédier à la crise au Mali - Le rôle de l'Union européenne dans la crise malienne », *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 181-209.

OLADIRAN BELLO, "La implementación de la Estrategia de la UE para el Sahel: entre arenas movedizas", *FRIDE,* 2010, http://www.fride.org/descarga/WP_114_Implementacion_estrategia_UE_Sahel.pdf

ROBERT, A.-C: ¿Qué queda de las fronteras africanas? División de Sudán, conflicto en el norte de Malí, *Le Monde diplomatique* en español, 4, Nº. 206, 2012, págs. 14-15.

¿Se producirá la guerra del "Sahelistán"? confusión maliense y pasividad argelina, Le *Monde diplomatique*, Nº. 207, 2013, págs. 6-7.

BATYAH SIERPINSK, B.: BATYAH SIERPINSK, B.: "Ia crise au Mali analysée sous l'angle du droit international - La légalité internationale de la sécession touareg au Nord du Mali?" *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 21-33.

MOHAMED SALAH HELAL, M.: MOHAMED SALAH HELAL, M.: "Ia mise en oeuvre d'une action internationale tentant de remédier à la crise au Mali - Le conseil de sécurité et la crise malienne", *Civitas Europa* 2013; (31), pp. 111-121.

STARITA, M.: "L'intervento francesse in Mali si basa su un'autorizzazione del Consiglio di sicurezza, R*ivista di diritto internazionale*, Nº 2, 2013 , págs. 561-572.

ZAJEC, O.: "En Malí, la permanente cantinela de la guerra contra el terrorismo. Una década de desafueros estratégicos", *Le Monde diplomatique* (español), Nº. 208, 2013, págs. 20-21.

# EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD REGIONAL E INTERNACIONAL

Antonio Manrique de Luna Barrios

*Profesor Doctor de Derecho Internacional Público*
*Universidad de Deusto*

## 1. INTRODUCCIÓN

En la Sociedad Internacional, los conflictos armados de carácter interno e internacional no siempre han sido gestionados de manera adecuada y como consecuencia de ello se han producido constantes vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas y se ha puesto en peligro la seguridad y la estabilidad regional e internacional. Teniendo en cuenta dicho problema que se presenta en la Sociedad Internacional cabe preguntarse: ¿Ha sido idónea la participación de la Unión Europea en la consolidación de la seguridad regional e internacional? ¿Ha contribuido la Unión Europea a través de sus misiones de Petersberg a crear un clima de estabilidad nacional, regional e internacional dado el contexto global en el que vivimos?. Con la finalidad de dar respuesta a dichas preguntas hemos estructurado la presente investigación en dos apartados. En el primer apartado vamos a estudiar el rol de la Unión Europea en el ámbito de la paz y seguridad regional. En el segundo apartado vamos a comentar el rol de la Unión Europea en el ámbito de la paz y seguridad internacionales.

A través de esta investigación se pretende: 1) fomentar el debate en torno al rol que ha asumido la Unión Europea para contribuir a la paz y seguridad regional e internacional; 2) reafirmar la importancia de que se establezca una observancia estricta del ordenamiento jurídico europeo e internacional; 3)establecer que las actuaciones de la Unión Europea deben ser acordes a las normas y principios que han sido establecidos en la Carta de las Naciones Unidas; 4) difundir las experiencias adquiridas por la Unión Europea en torno a la paz y seguridad regional e internacional . Finalmente, debemos indicar que la presente investigación emplea un método multidisciplinar, en donde se combina la teoría y la práctica en torno a la experiencia de la Unión Europea en la promoción de la seguridad

regional e internacional. En cuanto a las fuentes empleadas, se ha consultado la doctrina nacional e internacional y las disposiciones normativas que emanan de dicha organización supranacional.

## 2. EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y SEGURIDAD REGIONAL

En virtud de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea, pudo contar con una serie de mecanismos que le han permitido desarrollar un rol más preponderante en el ámbito de la paz y seguridad regional. La UE deseaba transformarse en un importante actor de la Sociedad Internacional y el Tratado de Ámsterdam a través de la transferencia de las competencias de la Unión Europea Occidental que se relacionaban con las misiones de Petersberg hacia ella, le facilitó alcanzar en cierta medida dicho objetivo[1]. No obstante, durante un largo período de tiempo, los Estados miembros de la UE, debatieron respecto de la necesidad de abocarse al desarrollo de las misiones de Petersberg de baja o alta intensidad. Sin embargo, con la adopción del Objetivo Global de Helsinki, se decidió que la UE adquiriría una mayor capacidad para desarrollar toda la gama de las referidas misiones. También originó cierta polémica entre los Estados miembros de la UE, la referencia que se hizo en el Artículo 17.2 del TUE, en lo relativo a la posibilidad de que la UE pudiera utilizar fuerzas de combate para gestionar determinadas crisis, lo cual generó una negativa por parte de algunos Estados miembros, respecto al hecho de llevar a cabo operaciones que fueran de imposición de la paz[2].

Al respecto, se debe indicar que en la actualidad, el rechazo inicial de algunos Estados miembros de la Unión Europea, a la implementación de las misiones de Petersberg, ha sido superado respecto de las misiones de baja intensidad (misiones humanitarias, de rescate, de mantenimiento de la paz tradicional); sin embargo, aún perdura en cierta medida, respecto de las operaciones de imposición de la paz[3]. No obstante, la Unión Europea ha continuado desarrollando su "Política Europea de Defensa Común" y a partir de la gestión de las crisis militares, la gestión de las crisis civiles, y la prevención de los conflictos continua buscando garantizar la estabilidad regional a través de la coordinación y utilización sistemática de los instrumentos que le han sido proporcionados; la definición de las causas

---

[1] Las misiones de Petersberg son un conjunto de actividades humanitarias y de rescate, así como también, de mantenimiento y restablecimiento de la paz, que fueron establecidas en el marco de la Unión Europea Occidental, a partir de la adopción de la Declaración de Petersberg, de 19 de junio de 1992. Vid. Hill, C., "The EU´s Capacity for Conflict Prevention", *European Foreign Affairs Review* (Vol. 6, 2001), pp.315-333; Consejo de Ministros de la UEO, Declaración de Petersberg, Bonn, 19 de junio de 1992; Oreja, M., El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios, Mc Graw-Hill, Madrid,1998, pp. 366-374.

[2] Vid. Oust-Heiberg, E., *Security implicactions of EU expansion to the North and East*, en K.A. Eliassen (Ed.). Foreign and Security Policy in the European Union, Londres, Sage, 1998, p.185. Citado por Natividad Fernández Sola, "La Política de Seguridad y Defensa como elemento constitucional de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo* (No.2, octubre 2003), pp.1-36.

[3] Vid. Bono, G. "The role of the EU in external crisis management", *International Peacekeeping* (Vol. 11, No.3, 2004), pp. 395-403; Acosta, M., "La evolución de las operaciones Petersberg de la UE-Operación Althea en Bosnia-Herzegovina", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (Vol.10, No.23,2006), pp.47-86.

de los conflictos y la ayuda para resolverlas; el mejoramiento de la capacidad de intervención en las primeras fases del conflicto; y el fomento de la cooperación internacional en la materia. A la fecha, la Unión Europea, ha desplegado diversas operaciones, que le han permitido contribuir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. De esa manera, la Unión Europea ha contribuido a neutralizar ciertos extremismos ideológicos que existen en la sociedad y que ponen en peligro la seguridad de ciertas naciones y regiones.

Ante las nuevas amenazas para la paz y seguridad regional e internacional, la Unión Europea, ha continuado desarrollando una serie de mecanismos para enfrentar dichas situaciones que constituyen graves amenazas para la Sociedad Internacional. Al respecto, es conveniente señalar que a través del concepto de gestión de crisis, la Unión Europea, cubre un espectro de situaciones y actividades bastante amplio, que sin embargo, se identifica con una serie de intervenciones destinadas a poner un término a los conflictos armados, a proteger a las poblaciones civiles y a reconstruir los territorios devastados, a través de la combinación de medios militares y civiles. En tal sentido, la Unión Europea, asumió el reto junto con otras organizaciones regionales de contribuir a gestionar dichas crisis, dado que consideraba que a través de ello, contribuía con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales[4] . En dicho contexto, la Unión Europea, tomó la decisión de participar en el ámbito de la gestión de las crisis de naturaleza militar y civil con la finalidad de asumir un rol más preponderante y acorde a su condición de importante actor en la Sociedad Internacional. Es oportuno indicar que la Unión Europea, en el ámbito de la gestión de crisis, ha tenido que superar diversos problemas: en primer lugar, el tratar de diseñar una política general que sea aplicable para todos los supuestos en que se lleva a cabo una gestión de crisis, con independencia de la organización que la lleve a cabo; en segundo lugar, en la medida que dicha política general no se haya logrado, el determinar si la Unión Europea ha ido más allá en comparación con las Naciones Unidas, en el desarrollo de sus instrumentos para gestionar dichas crisis; y, en tercer lugar, el detectar las contradicciones que puedan darse entre los instrumentos que ha adoptado para la gestión de las crisis y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Al respecto, se debe señalar que en el marco de las Naciones Unidas, existen diversos instrumentos para la gestión de crisis, respecto de los cuales, dicha organización universal no tienen ni reivindican el monopolio de ninguno de esos instrumentos, en virtud de lo cual, la Unión Europea, podría utilizarlos. Entre dichos instrumentos que se utilizan por las Naciones Unidas para la gestión de crisis, se debe destacar la diplomacia preventiva, el establecimiento de la paz, el mantenimiento de la paz, la consolidación de la paz, el desarme, las sanciones y la imposición de la paz[5]. En tal sentido, la Unión Europea, ha desa-

[4] Vid. Manrique de Luna, A., Las operaciones de mantenimiento de la paz de las organizaciones regionales de carácter internacional. Ediorial Dykinson, Madrid, 2013.

[5] Los tres primeros instrumentos de la gestión de crisis, sólo se pueden utilizar con el consentimiento de las partes en el conflicto de que se trate. En cambio, las sanciones y la imposición de la paz son medidas coactivas, por lo que, por definición, no exigen el consentimiento de las partes afectadas, pero si la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Por su parte, el desarme, puede llevarse a cabo por acuerdo o en el contexto de las medidas coactivas previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Vid. Naciones Unidas, Suple-mento de un Programa de Paz, Documento A/50/60-S/1995/1, de 25 de enero de 1995, párrafos 23-24.

rrollado instrumentos de carácter político-diplomático, económico, militar y civil, con la finalidad de contribuir a la gestión de crisis.

Luego de haber presentado el desarrollo que ha dado la UE a la gestión de crisis, se debe señalar que a la fecha, no ha sido posible el diseñar una política general que sea aplicable para la gestión de crisis, dado que el número y la complejidad de los diversos instrumentos que se han adoptado con la finalidad de solucionar dichas crisis, se han incrementado y han generado una serie de divergencias sobre la oportunidad para llevarlos a cabo y sobre las potestades que se tendrían para implementarlos. No obstante, el rol asumido por la Unión Europea en la gestión de crisis, no deja de ser un aporte interesante si desde su experiencia, contribuye a la discusión y al desarrollo de posibles herramientas para el control futuro de dichas crisis y de esta manera, es un soporte importante en el establecimiento de un sistema internacional firmemente establecido en la gestión de crisis y en donde se promueva la paz y la seguridad regional e internacional[6].Además, la UE, ha desarrollado ciertos instrumentos de gestión de crisis de manera más amplia que los establecidos en las Naciones Unidas, pero sujetándose en todo momento a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas

De esta manera, se puede concluir que la Unión Europea busca implementar una capacidad operacional eficaz que le permita solucionar los diversos problemas que se puedan presentar y que afectan a la paz y seguridad internacional y a la plena vigencia de los derechos humanos. Dependiendo en gran medida dicho éxito de la habilidad de las instituciones implicadas en el mantenimiento de la paz - estructuras políticas y militares nacionales, organizaciones internacionales y regionales- para identificar, para designar y para apoyar un funcionamiento eficaz al respecto[7]. Así, organizaciones regionales que se crearon con fines económicos (como la Unión Europea) han tenido que adaptarse a los nuevos requerimientos que les presentaba la Sociedad Internacional, y de ese modo, han comprendido que la paz, la seguridad y la promoción de la plena vigencia de los derechos y libertades fundamentales son esenciales para mantener la estabilidad nacional, regional e internacional dado el contexto global en el que vivimos. La Unión Europea, ha desarrollado una serie de capacidades militares y civiles para preservar la paz y seguridad. A continuación desarrollaremos cada una de ellas.

### 2.1. Las capacidades militares de la Unión Europea

Con la finalidad de que la Unión Europea, pudiera desempeñar plenamente su papel en el ámbito regional e internacional y de esta manera, superara su evidente incapacidad para gestionar crisis de natura-leza militar, tal como había ocurrido durante los conflictos de Bosnia-Herzegovina y de Kosovo[8], se decidió dotarla de una serie de medios y

[6] Brodersen,D.,"Konfliktvorbeugung und Krisenbewaltigung", *Europaische Sicherheit*, (45. Jg., Nr. 6, junio1996), s. 50-52.

[7] Vid. Ekengren, M. and Rhinard, M., *European Union Crisis Management (EUCM): the interface between Union institutions and EU member states*, ECMA Conference "Future challenges for crisis management in Europe" 3-5 May 2006, Stockholm, Sweden.

[8] Treacher, A.,"From civilian power to military actor: the EU's resistable transformation", *European Foreign Affairs Rev*iew (No. 9, 2004), pp. 49-66.

recursos que le permitieran asumir sus responsabilidades respecto de la política europea de seguridad y de defensa común a través de una acción autónoma, respaldada por unos recursos militares dignos de crédito y por órganos decisorios adecuados[9]. Asimismo, para lograr tal cometido, se estableció la necesidad de desarrollar una cooperación entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, en virtud de la cual, la Unión Europea, pudiera optar según las circunstancias, entre las misiones que dirigiría utilizando los medios y recursos de la OTAN y las misiones que dirigiría sin utilizar los medios y recursos de la OTAN[10]. Dicha cooperación horizontal entre la UE y la OTAN debía evitar cualquier duplicación de esfuerzos en la gestión de crisis y reclamaba que se prestara una atención especial a lo que se estableciera al respecto por la OTAN[11].

Posteriormente, se profundizó en la idea de crear una capacidad de decisión autónoma *(Headline Goal)*, que le permitiera a la Unión Europea llevar a cabo sus propias misiones con la finalidad de dar una res-puesta a las crisis internacionales que se estaban produciendo[12].

Igualmente, establecieron la necesidad de que se crearan nuevos órganos y estructuras de carácter polí-tico y militar que permitan a la Unión Europea garantizar la orientación política y la dirección estratégica necesarias para que dichas operaciones respetaran el marco institucional que había sido establecido.

### 2.2. Las capacidades civiles de la Unión Europea

Por su parte, ante los temores que existía en algunos Estados miembros (específicamente en los países escandinavos) de que la Unión Europea sufriera un proceso de militarización, se decidió plantear en el Consejo Europeo de Colonia[13], la necesidad de que la UE asumiera también un rol en la gestión de las crisis civiles. Posteriormente, dicho planteamiento se formalizó a través del Consejo Europeo de Helsinki, en donde se indicó que "se establecería un mecanismo de gestión no militar de crisis para coordinar y hacer más eficaces los distintos medios y recursos civiles, paralelamente a los militares, de que disponen la Unión Europea y sus Estados miembros." Finalmente, fue a través del Consejo

[9] Unión Europea, Consejo Europeo de Colonia , 3 - 4 de junio de 1999.

[10] En el marco de los Acuerdos Berlín Plus se adoptó un compromiso de asociación estratégica en materia de gestión de crisis, en virtud del cual, la Unión Europea, podía conducir sus operaciones de mantenimiento de la paz, utilizando los activos y capacidades de la OTAN. Asimismo, podía tener acceso a las capacidades de planeamiento de dicha organización regional y a sus medios y capacidades militares. De esta manera, se establecieron dos modalidades, respecto de las operaciones de mantenimiento de la paz que dirigía la UE. Así, se establecieron en primer lugar, las operaciones que eran dirigidas por la UE con medios y capacidades de la OTAN y las operaciones de mantenimiento de la paz, que eran dirigidas por la Unión Europea sin usar los medios y capacidades de la OTAN.

[11] Con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se ha tratado de definir una cooperación más intensa con la OTAN. En tal sentido, se ha establecido que una Política Común de Seguridad y Defensa eficaz ayuda a aumentar la seguridad de los ciudadanos europeos y contribuye a la paz y a la estabilidad de nuestro entorno y del mundo en general. Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 19-20 de diciembre de 2013.

[12] Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Helsinki, 10-11de diciembre de 1999.

[13] Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3-4 de junio de 1999.

Europeo de Santa Maria de Feira, que se llevó a cabo del 19 al 20 de junio de 2000, que se establecieron una serie de tareas sobre las actividades de policía, el restablecimiento del Estado de Derecho, la administración civil y la protección civil dentro del pleno respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas[14] y con la finalidad de contribuir a la construcción de una Política Europea de Seguridad y Defensa, que pudiera reforzar la actuación exterior de la Unión Euro-pea a través del desarrollo de una capacidad militar de gestión de crisis así como de una capacidad civil. De las tareas antes referidas, que se empezaron a llevar a cabo, con la finalidad de contribuir a la gestión de las crisis civiles, se debe destacar la realización de las tareas relativas a la actividad policial[15]. Con posterioridad a ello, a través del Consejo Europeo de Gotemburgo, se puso en marcha un Plan de Acción para el desarrollo de una fuerza policial europea[16].

Respecto del cumplimiento de los objetivos trazados en este ámbito de la gestión de las crisis civiles, se debe señalar que en virtud del compromiso voluntariamente asumido por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, se ha logrado alcanzar tales metas y se ha proyectado el seguir profundizando sus capacidades.

En el ámbito practico, la experiencia de la UE en la gestión autónoma de las operaciones de mantenimiento de la paz dentro de la región se remonta al año 2003, fecha en la cual lanzó: la Operación Concordia en la ex República Yugoslava de Macedonia (primera operación de mantenimiento de la paz de naturaleza militar, que fue establecida a través de la Acción Común del Consejo 2003/92/CFSP de 27 de enero de 2003) y la Misión de Policía de la UE en Bosnia y Herzegovina (primera operación de mantenimiento de la paz de naturaleza civil, que fue establecida a través de la Acción Común del Consejo 2002/211/PESC de 11 de mar-zo de 2002.). Posteriormente, estableció la Operación Althea en Bosnia y Herzegovina (que fue establecida a través de la Acción Común del Consejo 2004/570/CFSP de 12 de julio de 2004), entre otras.

## 3. EL ROL DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE LA PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL

El desarrollo de las actividades de la Unión Europea en el exterior, ha planteado la necesidad de abordar temas relativos al alcance geográfico de la Política Europea de Seguridad y Defensa; las ventajas comparativas de que se despliegue una operación de mantenimiento de la paz de dicha organización para solucionar una determinada crisis; determinar si se requiere de un mandato previo de las Naciones Unidas; los limites en la intensidad de la operación y el estilo de la intervención[17] .Sobre el primero de los aspectos

[14] Según el Consejo de Santa Maria de Feira, el desarrollo de la capacidad civil de la UE, debía darse en cuatro sectores como son: la policía, el fortalecimiento del Estado de Derecho, el fortalecimiento de la administración civil y la protección civil. Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Santa Maria de Feira, 19-20 de junio de 2000.

[15] Vid. Ibíd., párrafo 11.

[16] Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo, 15-16 de junio de 2001.

[17] Vid. Bayles, A., "The Institutional Reform of ESDP and Post-Prague NATO", *The International Spectator* (Vol. XXXVIII, No.3, 2003), pp. 31-46.

antes referidos, se debe indicar que a través de sus actuaciones, la UE, ha evidenciado su voluntad de desarrollarse como un actor global en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad intencionales, y en virtud de ello, ha desplegado sus operaciones de paz no solamente en Europa, sino que además, lo ha hecho en África (a través de la Operación Artemis, la Misión de Policía de la Unión Europea en Kinshasa y la Misión de Apoyo de la UE a la Unión Africana en Darfur); en Asia (a través de la Misión de Observación en Aceh en Indonesia); y en Oriente Medio (a través de la Misión Eupol Copps y de la Misión de Asistencia Fronteriza de la Unión Europea para el Paso Fronterizo de Rafah, en los Territorios Palestinos), entre otras.

Por su parte, en lo relativo a las ventajas que implica desplegar una operación de la UE, se debe destacar el hecho de que ella cuenta con una gran aceptación en el escenario internacional, que no presenta obstáculos, cuando se requiere del consentimiento de los Estados en cuyo territorio de va a producir el despliegue de una operación de mantenimiento de la paz, que se encuentra dirigida por ella, ya sea de manera autónoma o en aplicación de los Acuerdos Berlín Plus. No obstante, se debe indicar que la UE, aún sigue dependiendo de la cooperación de la OTAN, para la realización de las operaciones de mayor intensidad o también denominadas operaciones complejas; sin embargo, respecto de las operaciones de baja intensidad, la Unión Europea si ha podido desplegarse de manera autónoma.

En cuanto al hecho de si la UE considera necesario contar con un mandato de las Naciones Unidas, en forma previa al despliegue de sus operaciones, se debe indicar que, en todo momento la UE ha actuado de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, dado que ha contado con una autorización previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuando ha llevado a cabo operaciones de carácter militar; sin embargo, en el caso de las operaciones de carácter civil, ha actuado en forma directa y sin contar con autorización alguna del Consejo de Seguridad. Al respecto, se debe señalar que dicha práctica, no vulnera en nada las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, si cuentan con el consentimiento pre-vio del Estado en cuyo territorio se va a llevar a cabo el despliegue.

Respecto de la intensidad de la operación que lleve a cabo la UE, como anteriormente se ha señalado, no existe un consenso entre los Estados miembros sobre el tipo de operaciones en que la UE estaría dispuesta a participar y el tipo de misiones en los que, por su distancia de la Unión o por su complejidad, preferiría no hacerlo[18]. Finalmente, en cuanto al estilo de las intervenciones de la Unión Europea, ellas se han caracteriza-do por el hecho de haberse llevado a cabo por períodos de tiempo muy reducidos y por el hecho de haber evitado participar en operaciones de imposición de la paz, con la salvedad de la Operación Artemis, en la República Democrática del Congo.

Tomando en consideración ello, el Consejo Europeo en reiteradas ocasiones ha hecho una especial referencia al rol de la Unión Europea en la República Democrática del Congo y a las nuevas tareas que había asumido la Misión de Policía de la Unión Europea en Kinshasa, que fue desplegada el 8 de junio de 2005, al considerarlas como un ejemplo del

[18] Vid. Miralles, D., "La Capacidad de Acción de la Unión Europea: Análisis de las Recientes Misiones de Gestión Civil y Militar de Crisis en el Marco de la PESD", *Revista General de Derecho E*uropeo (No.3, enero 2004), pp. 1-14.

aporte de la UE a la paz y seguridad en el continente africano. Igualmente, en virtud de los nuevos requerimientos a la participación internacional de la UE en la gestión civil y militar de crisis, se decidió continuar desarrollando las capacidades militares de la Unión Europea, en el ámbito de las agrupaciones tácticas en lo relativo a la reacción rápida ante las crisis que se presenten. Respecto de las capacidades civiles de la UE, se decidió seguir trabajando los aspectos vinculados con la planificación estratégica, la estabilización, la reconstrucción, la prevención de los conflictos, el desarrollo institucional y el apoyo a las operaciones humanitarias[19].

Por su parte, respecto del proceso de paz en Oriente Próximo, la Unión Europea, ha reiterado la importancia de apoyarlo, a través del despliegue de la misión de asistencia fronteriza de la UE para la observación del paso fronterizo de Rafah, así como también, la conveniencia de reforzar la capacidad de gestión fronteriza palestina. Finalmente, la Unión Europea, ha tratado de fortalecer sus relaciones con África en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En virtud de lo cual, ha reafirmado su compromiso de seguir apoyando a las Misiones de la Unión Africana y de otras organizaciones africanas, teniendo en cuenta los nuevos cometidos y la necesidad de garantizar una transición hacia la paz y seguridad en la región.

## 4. CONCLUSIONES

En el escenario internacional, la Unión Europea se ha consolidado como un importante actor dentro de la Sociedad Internacional en el ámbito de la paz y seguridad regional e internacional. Sin embargo, dichos esfuerzos han sido el producto de una serie de esfuerzos comunitarios que en la actualidad le permiten brin-dar una adecuada protección, asistencia y seguridad a las personas que viven en nuestra región o en otras regiones del mundo.

La incorporación de las misiones de Petersberg en el marco normativo de la Unión Europea, constituyó el aspecto fundamental a partir del cual se han venido llevando a cabo sus misiones tanto de carácter militar como civil. Con independencia de su capacidad militar y financiera, la Unión Europea ha logrado alcanzar un mayor grado de aceptación por parte de los diferentes actores de la Sociedad Internacional, en la medida que sus actuaciones generan menos dudas respecto de sus objetivos, legalidad y oportunidad. Por su parte, el hecho de que la actuación de la Unión Europea, represente un mayor grado de imparcialidad, le permite llevar a cabo las misiones de Petersberg no solamente en nuestra región, sino que además a nivel global.

A través de las lecciones aprendidas, la UE puede brindar a la población: adecuada protección, asistencia humanitaria y una serie de actividades. Todo ello se ha producido a través de sus misiones militares autónomas o utilizando las capacidades de la OTAN. Por su parte, las operaciones que se vinculan más con las actividades de carác-

[19] Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 16-17 de junio de 2005, párrafos 78-81.

ter civil, han sido principalmente desarrolladas a través del despliegue de sus misiones policiales. Sin embargo, la Unión Europea, ha continuado mejorando sus capacidades militares y en ese contexto, ha creado una Agencia Europea de la Defensa, a través de la cual, espera desarrollar sus capacidades defensivas, la cooperación en materia de armamentos, el desarrollo tecnológico y la investigación en el ámbito de la defensa, entre otros aspectos.

En cuanto a las capacidades civiles de la Unión Europea para la gestión de crisis, se debe señalar que, es el ámbito en el cual se ha desarrollado de manera más eficaz y autónoma, llevando a cabo una serie de des-pliegues de efectivos policiales que le han permitido contribuir a la paz y seguridad internacionales. No obstante, la Unión Europea continua forjando asociaciones con terceros países y con organizaciones internacionales (regionales o mundiales) que compartan sus valores; para de esta manera, lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales que se encuentren vinculados con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. De esta manera, la Unión Europea, está estrechando sus relaciones con las Naciones Unidas, con la finalidad de afianzar su rol como actor internacional en el ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacional. De esta manera, está llevando a cabo operaciones de mantenimiento de la paz en África, Asia y Oriente Próximo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

GONZÁLES, A., "La política de defensa de la Unión Europea", en Esther Barbé (dir.), Política Exterior Euro-pea, Ariel, Barcelona, 2000, pp.152-153.

MANRIQUE DE LUNA, A., Las operaciones de mantenimiento de la paz de las organizaciones regionales de carácter internacional, 1ª. ed., Editorial Dykinson, Madrid, pp.1-172.

OREJA, M., El Tratado de Ámsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.

ORTEGA, M., "Petersberg tasks, and missions of the European force", Institute for Security Studies, Paris, 2004.

### Artículo de revistas

ACOSTA, M., "La evolución de las operaciones Petersberg de la UE- Operación Althea en Bosnia- Herzegovina", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (Vol.10, No.23, 2006), pp.47-86.

BAYLES, A., "The Institutional Reform of ESDP and Post-Prague NATO", *The International Spectator* (Vol. XXXVIII, No.3, 2003), pp. 31-46.

BONO, G. "The role of the EU in external crisis management", *International Peacekeeping* (Vol. 11, No.3, 2004), pp. 395-403.

BRODERSEN, D., "Konfliktvorbeugung und Krisenbewaltigung", *Europaische Sicherheit* (45. Jg., Nr. 6, junio 1996), s. 50-52.
FONDATION ROBERT SCHUMAN, "L'Union Européenne et la gestion des crises", *Question d' Europe* (No.22, 13 Mars 2006), pp.1-13.
GOURLAY, C., "European Union procedures and resources for crisis management", *International Peacekeep-ing* (Vol. 11, No.3, 2004), pp. 404-421.
HILL, C.,"The EU´s Capacity for Conflict Prevention", *European Foreign Affairs Review* (Vol. 6, 2001), pp.315-333.
IGLESIAS, A., "La Agencia Europea de Defensa ya es una realidad", *Revista Española de Derecho Internacional* (Vol. LVI (2004), 2), pp.1056-1060.
MESSERVY-WHITING, G. "The Growing EU-NATO Relationship: Beyond Berlin", *The International Specta-tor* (Vol. XL, No.2, April-June 2005), pp.63-73.
MIRALLES, D., "La Capacidad de Acción de la Unión Europea: Análisis de las Recientes Misiones de Ges-tión Civil y Militar de Crisis en el Marco de la PESD", *Revista General de Derecho Europeo* (No.3, enero 2004), pp. 1-14.
TREACHER, A., "From civilian power to military actor: the EU's resistable transformation", *European Foreign Affairs Review* (No. 9, 2004), pp. 49-66.

## Documentos

### Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo

Consejo Europeo de Colonia, 3-4 de Junio de 1999.
Consejo Europeo de Helsinki, 10-11 de diciembre de 1999.
Consejo Europeo de Santa Maria de Feira, 19-20 de junio de 2000.
Consejo Europeo de Laeken, 14-15 de diciembre de 2001.
Consejo Europeo de Sevilla, 21-22 de junio de 2002.
Consejo Europeo de Bruselas, 24-25 de octubre de 2002.
Consejo Europeo de Bruselas de 27 de enero de 2003.
Consejo Europeo de Bruselas, 16-17 de junio de 2005.
Consejo Europeo de Bruselas, 15-16 de diciembre de 2005.
Consejo Europeo de Bruselas, 19-20 de diciembre de 2013.

### Declaraciones del Consejo de Ministros de la Unión Europea Occidental

Consejo de Ministros de la UEO, Declaración de Petersberg, Bonn, 19 de junio de 1992.
Consejo de Ministros de la UEO, Declaración de Marsella, 13 de noviembre de 2000.

### Otros documentos

Council of the European Union, "Lessons learned from the first EU Military Operation (Concordia)". Docu-ment 11154/1/03 REV 1, 15 September 2003.
Council of the European Union, "A Review of the first 100 days of the EU Police Mission in Bosnia and Her-zegovina (EUPM)". Document 11760/03, 23 de julio de 2003.
Ekengren, M. and Rhinard, M. European Union Crisis Management (EUCM): the interface between Union institutions and EU member states, ECMA Conference "Future challenges for crisis management in Europe" 3-5 May 2006, Stockholm, Sweden.

Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la Misión de las Na-ciones Unidas en Bosnia Herzegovina (UNMIBIH), Documento S/2002/1314, 2 de diciembre de 2002. Naciones Unidas, Suplemento de un Programa de Paz, Documento A/50/60-S/1995/1, de 25 de enero de 1995, párrafos 23-24.

**MANTÉNGASE INFORMADO DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis al boletín informativo www.dykinson.com**

**Y benefíciese de nuestras ofertas semanales**