

GARROCHO, Ana: “Los límites humanitarios al comercio exterior de armas convencionales: algunos apuntes de su importancia para el derecho penal”.
Polít. Crim. Vol. 17 N° 35 (Julio 2023), Art. 9, pp. 246-284.
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol17N35A9>]

Los límites humanitarios al comercio exterior de armas convencionales: algunos apuntes de su importancia para el derecho penal

Humanitarian Limits to the Foreign Trade of Conventional Arms: Some Observations on their Relevance to Criminal Law

Ana M. Garrocho Salcedo

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho penal, Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid

ana.garrocho@uc3m.es

<https://orcid.org/0000-0001-5089-7117>

Fecha de recepción: 13/11/2022.

Fecha de aceptación: 27/04/2023.

Resumen

El comercio exterior de armas convencionales y material de doble uso es una actividad regulada y controlada por el Estado, imprescindible para prevenir desvíos indeseados y evitar un uso indebido por parte del destinatario de las armas. Por esta razón, atendiendo a la peligrosidad potencial que comporta la exportación de armamento, los Estados adoptan el sistema de licencia previa para autorizar su exportación. En el presente trabajo se explora la problemática general de la exportación de armas, subrayando las implicaciones que esta actividad comporta para la paz, la seguridad y la prevención de violaciones graves de los derechos humanos, para seguidamente examinar los límites normativos que la legislación supranacional ha impuesto a los Estados, muy en concreto el Tratado de Comercio de Armas, de 2 de abril de 2013, y la Posición Común de la Unión Europea 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares. Asimismo, se analizará el régimen de exportación de armas en España, el problema del secreto del expediente de exportación y las implicaciones que esta regulación puede tener para el Derecho Penal español, especialmente para el delito de contrabando o la prevaricación administrativa de funcionarios. Adicionalmente, el trabajo plantea la necesidad de valorar, de *lege ferenda*, la inclusión de nuevos tipos penales en el ámbito del control y seguimiento *ex post* una vez las armas han llegado al lugar de destino. La evitación del desvío indeseado hacia grupos criminales y la comprobación del uso final de las armas son deberes irrenunciables de los Estados y de las empresas del sector, teniendo en cuenta el potencial lesivo del armamento en la convivencia social y en los derechos humanos.

Palabras clave: comercio exterior de armas convencionales, crímenes internacionales, embargo de armas, comercio irresponsable de armas, responsabilidad penal

Abstract

Foreign trade in conventional arms and dual-use material is an activity regulated and controlled by the State, which is essential to prevent undesired diversions and avoid misuse by the recipient of the arms. For this reason, in view of the potential danger involved in the export of arms, States adopt the system of prior licensing to authorize their export. This paper explores the general problems of arms exports, highlighting the implications of this activity for peace, security and the prevention of serious human rights violations, and then examines the normative limits that supranational legislation has imposed on States, specifically the Arms Trade Treaty of 2 April 2013 and the European Union Common Position 2008/944/CFSP of 8 December 2008 defining common rules governing the control of exports of military technology and equipment. It will also analyze the arms export regime in Spain, the problem of the secrecy of the export file and the implications that this regulation may have for Spanish criminal law, especially for the crime of smuggling or administrative malfeasance of officials. Additionally, the paper raises the need to assess, *de lege ferenda*, the inclusion of new criminal offenses in the field of *ex post* control and monitoring once the weapons have arrived at their destination. The avoidance of undesired diversion to criminal groups and the verification of the final use of the weapons are essential duties of the States and the companies of the sector, taking into account the potentially harmful effects of armament on social coexistence and human rights.

Keywords: Conventional arms trade, international crimes, arms embargo, irresponsible arms trade, criminal responsibility

Introducción

La *violencia armada* es uno de los factores que impide el desarrollo y el bienestar humano, aumenta la criminalidad y favorece los conflictos armados.¹ La proliferación de armas genera además innumerables problemas vinculados a la seguridad de las personas, al orden público, a la corrupción² y a la violación de derechos humanos. Adicionalmente a ello, la comisión de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional requiere el empleo de armas, de modo que la prevención de estos delitos exige una seria reflexión acerca de la

* El presente trabajo se ha desarrollado en el ámbito del Proyecto de Investigación REPMULT (DER2017-85144-C2-1-P) del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad de España (IPs: J. Dopico Gómez-Aller, y Adán Nieto Martín) y del Proyecto ON TRUST/CM. Programa interuniversitario en cultura de la legalidad – GIPFDP, H2019/HUM-5699 (IPs: J. Dopico Gómez-Aller y P. Otero González), de los que soy miembro del equipo de investigación.

¹ Por todos, SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 17-20; LUSTGARTEN (2015), p. 572; NAVE (2019), pp. 297-298; STELMACH (2019), pp. 314 y ss.

² Sobre la vinculación entre el comercio de armas y la corrupción, FEINSTEIN *et al.* (2011) pp. 13 y ss. En este documento, los autores resaltan la vinculación fáctica entre el soborno, el conflicto de intereses y las llamadas “puertas giratorias” con el comercio de internacional de armas. Para estos autores (p.17) las características del comercio de armas que facilitan la corrupción son: (a) el secreto relacionado con la seguridad nacional y la confidencialidad comercial; (b) la intimidación concomitante de los compradores, los proveedores y sus intermediarios; (c) la sofisticación, la fragmentación y, en muchos casos, la opacidad de las redes e instrumentos de producción, transporte y financiación mundiales; (d) la especificidad técnica del producto; (e) las presiones de adquisición; y (f) las elevadas recompensas financieras, de modo que se genera un espacio de impunidad notable. En sentido parecido, lo destaca también, LUSTGARTEN (2015), p. 574.

disposición del armamento y el control de su exportación. El suministro de armas a Estados que están cometiendo violaciones de derechos humanos o crímenes internacionales puede generar, en determinados casos, la responsabilidad penal de los funcionarios y los directivos de las empresas que los suministran, siempre que pueda acreditarse el dolo de intervención requerido.³ Con independencia de la responsabilidad penal, el Estado que facilita una exportación irresponsable puede igualmente incurrir en responsabilidad internacional del Estado por favorecer hechos ilícitos de terceros.⁴

En este contexto debe tenerse presente que la producción y exportación de armas suele proceder de países desarrollados, mientras que la importación de las mismas la suelen efectuar (aunque no solo) países menos desarrollados, donde el umbral de protección de los derechos fundamentales es más limitado, y, en ocasiones, en zonas de inestabilidad manifiesta por estar inmersas en algún tipo de conflicto armado. Según el *Stockholm International Peace Research Institute* (en adelante, SIPRI), entre los años 2016-2021, los principales países exportadores fueron: Estados Unidos, Rusia, Francia, China, Alemania y Reino Unido,⁵ mientras que los mayores importadores de armas fueron: India, Arabia Saudí, Egipto, Australia, China.⁶

El presente estudio pretende presentar la problemática del comercio internacional de armas convencionales, diferenciándose de las armas químicas⁷ y nucleares,⁸ que merecen un análisis separado, y que, por su altísima lesividad, su fabricación y posesión han sido mucho más limitadas normativamente por la Comunidad Internacional. No obstante, atendiendo a la peligrosidad potencial de las armas convencionales, su producción y venta pertenece desde antiguo a los sectores regulados por el Estado.⁹ Dicho control estatal en la fabricación,

³ Recuérdese que toda conducta de participación dolosa en cualquier crimen internacional, incluyendo el “suministro los medios para su comisión”, resulta una conducta expresamente prohibida y punible de conformidad con el art. 25.3 c) Estatuto de la Corte Penal Internacional, generando responsabilidad penal para quien así actúa, acreditado, por lo demás, el dolo, o el conocimiento del agente de que su actuación — consistente en suministrar armas— se incardina en la intervención de un crimen internacional ejecutado por terceros.

⁴ Debe tenerse presente el art. 16 del Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, anexo a la Resolución de la Asamblea General de Naciones, A/RES 56/23, de 28 de enero de 2002, establece categóricamente que “el Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si: a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia”.

⁵ Véase https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php consultado 26/10/2022.

⁶ https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php consultado 26/10/2022.

⁷ Véase la Convención sobre Armas Químicas, en vigor desde el 29 de abril de 1997, cuyo cumplimiento es verificado por la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPAQ). La adhesión a este tratado es absolutamente mayoritaria y actualmente 193 Estados han ratificado la convención.

⁸ Véase el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares (TNP), en vigor desde el 5 de marzo de 1970, a través del cual los Estados poseedores de armas nucleares se comprometen a no traspasarlos a terceros, y a no inducir su fabricación o adquisición a Estados no poseedores (art. I); asimismo los Estados no poseedores se comprometen a no recibir de nadie ningún traspaso nuclear, ni a fabricar o adquirir dicho material (art. II). El cumplimiento de las obligaciones presentes en el tratado es verificado por la Organización Internacional para la Energía Atómica (OIEA), y cuenta con la ratificación de 173 Estados, destacando la ausencia de la República Popular de Corea del Norte, que abandonó el tratado en 1994.

⁹ En lo que concierne a España por expreso mandato constitucional del art. 149. 1. 26ª de la Constitución española de 1978, el Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen de “producción, comercio, tenencia

adquisición y ulterior proliferación de armas se efectúa tanto hacia dentro de su territorio, como hacia fuera de sus fronteras cuando se exporta el armamento a terceros Estados.

En el ámbito interno, el control de armas suele plantear menos problemas, puesto que todo Estado está interesado en la persecución del depósito, fabricación, comercialización, tráfico y tenencia ilícita de armas para evitar los innumerables problemas que un descontrol de esta clase comporta en el orden público interno. La principal muestra de ello es que los Estados norman a través de disposiciones penales la tenencia, el tráfico y el depósito de armas y explosivos, y sancionan el delito de contrabando.¹⁰ Asimismo, los Estados regulan de forma exhaustiva lo que afecta a la tenencia y fabricación interna de armas, sometidas a un férreo régimen administrativo de control.¹¹

Sin embargo, el control del Estado frente a las exportaciones armamentísticas a terceros países encuentra mayores resistencias, puesto que el comercio de armas es un fenómeno extraordinariamente lucrativo,¹² que genera bienestar en la economía interna, y cuyas consecuencias de violencia y subdesarrollo no se vivencian internamente, por lo que el control estatal de las exportaciones es más limitado. De hecho, hasta hace relativamente pocos años, la regla general en el ámbito internacional sobre comercio de armas convencionales se caracterizaba por la *desregulación* normativa.¹³

y uso de armas y explosivos”. Especialmente, le corresponde al Gobierno la regulación y el control sobre la fabricación, reparación, circulación, almacenamiento, comercio, adquisición, enajenación, tenencia y utilización de armas, piezas fundamentales y explosivos (art. 28. 1 de la LO 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana, en adelante LSC). La intervención de armas y explosivos le corresponde en España al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de la Guardia Civil, cuyos servicios están habilitados para realizar, en cualquier momento, las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los espacios que estén destinados a su fabricación, depósito, comercialización o utilización (art. 28.2 LSC). La fabricación, comercio y distribución de armas y explosivos es un sector regulado en materia de derecho de establecimiento, correspondiendo a los Ministerios de Defensa, Interior y de Industria, Energía y Turismo el ejercicio de las competencias de supervisión y control (art. 29 LSC).

¹⁰ En España ténganse en cuenta los delitos previstos en los arts. 563-570 del CP, sobre tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos entre los delitos contra el orden público (Título XXII, CP). Asimismo la LO 12/1995, de 12 de diciembre, sobre represión del contrabando, que sanciona concretamente (art. 2.2 c) 1º) la importación, exportación, introducción, expedición o la realización de cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, otro material o 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 mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o de cualquier otro modo ilícito. Sobre el sistema chileno de control de armas interno, véase recientemente la valiosa aportación de BOBADILLA (2021), pp. 681 y ss.

¹¹ En relación con España, véase el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, en cuyo art. 9 se consigna que el Registro Nacional de Armas radicará en la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Dirección General de la Guardia Civil; en dicho registro se contendrá toda la información relativa al arma (tipo, marca, modelo, calibre y número de serie) y el proveedor y poseedor del arma, entre otros muchos datos. La tenencia y fabricación de armas está sometida a un régimen estricto de control estatal como evidencian las disposiciones de este Reglamento de Armas.

¹² LUSTGARTEN (2015), p. 570.

¹³ SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 21 y ss., señala que el derecho internacional se ha venido mostrando tradicionalmente como un orden exquisitamente liberal en lo que a la tenencia y transferencia de armamentos se refiere, salvedad hecha de algunas disposiciones de DIH que han proscrito la proliferación de un cierto tipo de armas. TERRADILLOS (2006), p. 95, destaca que la globalización impulsa una desregulación parcial, planteándose con ello una doble tendencia política criminal, caracterizada —en ciertos ámbitos— por su rigidez punitiva y por su absentismo en otros.

Como señala Jennifer L. ERICKSON, “los Estados han protegido durante mucho tiempo su derecho a elegir sus socios en el comercio de armas como una cuestión de autodefensa, y las armas convencionales se reconocen como instrumentos esenciales de la seguridad nacional e internacional (...), de modo que sigue siendo un campo de interés esencial en la política comercial mundial”.¹⁴ El comercio de armas es, por tanto, un instrumento de política exterior y económica, es un símbolo de autosuficiencia y fortaleza nacional, y es una vía de intercambio y de buenas relaciones internacionales.¹⁵

1. Comercio exterior de armas: principios generales y contradicciones

El comercio internacional de armas es una actividad reglada donde se evidencian notables contradicciones entre los principios e intereses que orientan dicha actividad.¹⁶ Por un lado, los Estados son soberanos, tienen reconocido su derecho a la legítima defensa¹⁷ y a efectuar operaciones de mantenimiento de paz, así como el derecho a preservar los legítimos intereses comerciales de fabricación e intercambio de armas convencionales. Junto a estos intereses coexisten otros que, en ocasiones, pueden colisionar con ellos y que redundan en la protección de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario y la solución pacífica de controversias. La conciliación y ponderación de todos los intereses mencionados en el proceso de la comercialización exterior de armas es una tarea muy compleja, aún pendiente de un control eficaz por parte de la Comunidad Internacional.¹⁸

En este contexto resulta evidente que el *desarme* de armas convencionales plantea un horizonte absolutamente quimérico.¹⁹ A lo sumo pueden intentar trazarse limitaciones a las exportaciones de armas que acarrearán riesgos para la paz, la seguridad y los derechos humanos. No obstante, a pesar de las presiones de “no-regulación” de los principales operadores —Estados y empresas— existen normas internacionales que limitan las exportaciones de armas a países en escenarios de tensiones internas o conflictos armados.²⁰ Aunque no han tenido la eficacia que debieran, dichas normas aumentan la transparencia y el control estatal de las exportaciones armamentísticas, al menos en lo que afecta a la Unión Europea.²¹ El control de las exportaciones de armamento proviene de la necesidad de favorecer la paz y los derechos humanos, de prevenir el desvío de armamento hacia la criminalidad organizada, y de la evitación de los “daños reputacionales” a empresas y a Estados exportadores.²²

¹⁴ ERICKSON (2015), p. 2.

¹⁵ ERICKSON (2015), pp. 5-6 con ulteriores referencias.

¹⁶ LUSTGARTEN (2015), p. 570. También FEINSTEIN y HOLDEN (2020), pp. 24 y ss.; STAVRIANAKIS (2016), pp. 845 y ss.

¹⁷ Art. 51 de la Carta de Naciones Unidas.

¹⁸ Sobre las difíciles ponderaciones de índole moral que pueden tener que hacerse en las exportaciones de armamentos hacia Estados dictatoriales, CHRISTENSEN (2019), pp. 120 y ss.

¹⁹ Crítica por abandonar esta posición, STAVRIANAKIS (2016), pp. 841 y ss.

²⁰ No obstante, algún autor ha señalado que el TCA puede ser catalogado como un tratado de desarme *latu sensu*, por ejemplo, FUKUI (2015), p. 311.

²¹ ERICKSON (2015), pp. 143 y ss.; STAVRIANAKIS (2016), p. 845.

²² Ello lo demuestra en su estudio ERICKSON (2015), pp. 7, 140-143, destacando las presiones sociales (de la ciudadanía, ONG, medios de comunicación) a las que se exponen las democracias más consolidadas si realizan políticas de exportación de armas irresponsables o no sometidas a los adecuados controles humanitarios. De

Una de las cuestiones que pretendo evidenciar con esta contribución es la necesidad de que los Estados estudien la conveniencia de incorporar nuevos delitos en materia de exportación de armamento como parte del derecho penal de la globalización.²³ La regulación estatal en materia de comercio exterior de armas es vital para ordenar el fenómeno. A tal efecto las normas administrativas sistematizan el modo en que debe procederse a la exportación de armas convencionales y material de doble uso, sometiendo dicha actividad a la preceptiva concesión de licencia estatal (*sistema administrativo preventivo*).²⁴ España cuenta para ello con la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, y con el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se prueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa y doble uso. Sin embargo, al margen de la regulación administrativa, creo que conviene incorporar de *lege ferenda* nuevos delitos cometidos por directivos empresariales y funcionarios en el proceso de exportación de armas con un claro impacto en el extranjero. Estas propuestas serán analizadas en el apartado 4 de este trabajo.

También resulta oportuno recordar las disposiciones de *soft law* internacional, que ahondan en las políticas de “diligencia debida” de las empresas en materia de protección corporativa o empresarial de los derechos humanos desde hace más de una década. A este respecto debe atenderse a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU (Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Resolución 17/4, 16 de junio 2011)²⁵ y a las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE (25 de mayo de 2011). Todas ellas contienen principios y recomendaciones para los Estados y las empresas, de carácter no vinculante, a través de las cuales se pretende lograr una “conducta empresarial responsable” en el marco del mercado globalizado con respecto a los Derechos Humanos (en adelante, DDHH) y el medio ambiente.

Por otro lado, la Directiva 2013/34/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados

hecho, ERICKSON sostiene en su análisis politológico que cuando la reputación estatal se ve amenazada por un escándalo, los gobiernos suelen ajustar sus prácticas para contrarrestar las afirmaciones negativas, a nivel nacional y también a nivel internacional y diplomático. La reputación proporciona, pues, a los Estados un incentivo social para actuar, a pesar de los costos materiales de hacerlo, aunque dicho incentivo no es ni mucho menos definitivo en acomodar la praxis “irresponsable” a la política “responsable” con respecto a la exportación de armas convencionales.

²³ Entre otros, VOGEL (2005), p. 120, haciéndose eco de las reflexiones que, en relación con el derecho penal de la globalización, estiman oportuna la expansión para proteger bienes jurídicos que ya no pueden ser efectivos por los Estados nacionales (medio ambiente, derechos humanos), y donde el Derecho Penal en este ámbito se contempla como algo más bien demasiado poco globalizado.

²⁴ Emplea el término SILVA (2011), pp. 151-152, para referirse a esas tareas que el Estado efectúa como policía o elemento de prevención de riesgos propio de las sociedades de la globalización.

²⁵ *Grosso modo* dichos Principios Rectores establecen, de un lado, obligaciones estatales de protección activa y promoción de los DDHH mediante políticas públicas para su respeto, y la debida investigación y sanción en su caso ante violaciones de los mismos, y, de otro, deberes para toda clase de empresas de respeto efectivo de derechos humanos en sus actividades, y asunción de responsabilidad ante las consecuencias negativas derivadas de su actuación empresarial. Especialmente relevante para la rendición de cuentas de las empresas son la implementación de “procesos de diligencia debida” en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos (Principio 17).

grupos —modificada por la Directiva 2014/95— exige a las empresas de más de 500 empleados que incluyan en el *informe de gestión* (que acompaña a las cuentas anuales) un estado no financiero que contenga “información (...) relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno” (art. 19). Dicha directiva destaca la necesidad de asentar la oportuna transparencia en las empresas en relación con la actividad no financiera, subrayándose con ello el deber general de respeto y protección de los derechos humanos y al medio ambiente y el compromiso contra la corrupción.²⁶

Asimismo, el 23 de febrero de 2022, la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.²⁷ Con ella la UE pretende evaluar su actividad con respecto a los derechos humanos y el medio ambiente, remarcando la responsabilidad empresarial sobre su cadena de suministros, para lo cual las empresas deberán identificar y prevenir los efectos adversos, potenciales y reales, que su filiales y cadenas de valor representen para los derechos humanos y el medio ambiente.

En este contexto, y cuando la directiva entre en vigor, toda actividad empresarial vinculada al comercio exterior de armas deberá contar con un programa de diligencia debida, que identificará los riesgos que dicha actividad comporta para los derechos humanos y el medio ambiente.²⁸ Asimismo, la Directiva prevé que el Estado designe “autoridades de control” independientes e imparciales, coordinadas por una red europea, que estarán encargadas de verificar el debido cumplimiento de estas obligaciones de *due diligence* por parte de las empresas (art. 17). Estas autoridades de control tendrán obligaciones de investigación e inspección, capacidad sancionadora a través de sanciones pecuniarias, además de deberes de evitación o aminoración de riesgos (art. 18.5). Es de esperar, por consiguiente, que esta directiva mejore el debido control que empresas y Estados deben efectuar sobre actividades empresariales complejas, fuera de nuestro territorio, que tienen, sin embargo, un alto impacto en los derechos humanos más elementales y en el medio ambiente.

En todo caso, con esta propuesta de directiva, se pone el foco en la necesidad de que toda empresa identifique bien los riesgos que su actividad empresarial comporta en la cadena de suministros, y se implique en la evitación de los peligros reales y potenciales que su actividad conlleva. Dicho deber no deja de ser una prolongación del principio general *neminem laedere* por el que las personas deben asegurarse de no perturbar con su comportamiento o actividad

²⁶ La transposición de esta Directiva se efectuó en España a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital, y la Ley de Auditoría de Cuentas, sobre información no financiera y diversidad. Como afirma el art. 1 de la mencionada Ley, las Sociedades deberán incluir un informe de gestión donde se incluya «información no financiera» que incluirá, entre otros extremos, “información sobre el respeto de los derechos humanos: aplicación de *procedimientos de diligencia debida en materia de derechos humanos*; *prevención de los riesgos de vulneración de derechos humanos* y, en su caso, medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos cometidos; denuncias por casos de vulneración de derechos humanos; promoción y cumplimiento de las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo relacionadas con el respeto por la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva; la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil”. *Cursiva añadida.*

²⁷ Propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad por la que se modifica la Directiva (UE)2019/1937, de 23 de febrero de 2022.

²⁸ Sobre ello *in extenso*, GUAMÁN (2022), *passim*; GUAMÁN (2021), pp. 118 y ss.

la esfera de los terceros. Trasladado este principio a la actividad empresarial, los directivos de estas deben velar porque de su actividad no se deriven peligros para los derechos humanos y el medio ambiente, y ello incluye deberes con respecto a la amplia cadena de suministro que emplean o ponen en marcha con su actividad para llevar a cabo su objetivo de negocio.

A continuación se ofrecerá una aproximación al marco regulatorio internacional²⁹ del comercio responsable de armas, centrando la atención en los dos instrumentos internacionales más avanzados, que introducen las mayores restricciones a la transferencia de armamento: el Tratado de Comercio de Armas (en adelante: TCA), firmado el 2 de abril de 2013, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, y la Posición Común del Consejo de la UE 2008/944/PESC, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares en el seno de la UE. Posteriormente esbozaré los grandes lineamientos de la política de exportación de armas convencionales en España con objeto de identificar algunos de los problemas del marco regulatorio español y algunos de los retos que nos plantea el futuro.

2. Límites internacionales a la exportación de armas

2.1 El Tratado de Comercio de Armas, de 2 de abril de 2013

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Tratado sobre Comercio de Armas (en adelante, TCA) el 2 de abril de 2013, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014, pasados los 90 días preceptivos desde el depósito de la quincuagésima ratificación.³⁰ España depositó el instrumento de ratificación el 2 de abril de 2014 en la sede de la ONU en Nueva York. El TCA ha sido ratificado por todos los Estados de la Unión Europea, muchos de los cuales son las principales potencias exportadoras (Francia, Alemania, Italia y España). No obstante, el tratado cuenta con ausencias notables, como, por ejemplo, EE. UU., Rusia, Afganistán, China, Arabia Saudí, Canadá, India, Turquía, Irak, Irán, Israel, Siria, Yemen, Qatar, Myanmar, Corea del Norte y Corea del Sur, algunos países de Centroamérica, como Nicaragua, Guatemala y Honduras, y de América del Sur, como Chile, Colombia y Brasil. Ello evidencia el escaso interés de algunos Estados en limitar el comercio internacional de armas, destacando especialmente la ausencia de EE. UU., Rusia y China que son las principales potencias exportadoras de armas a nivel mundial.³¹

El objeto declarado del TCA consiste en establecer normas lo más estrictas posibles para regular el comercio de armas, prevenir su tráfico y su desvío, así como “contribuir a la paz, la seguridad (...) reducir el sufrimiento humano, y promover la cooperación, la transparencia y la actuación responsable de los Estados” en el comercio de armas convencionales (art. 1 TCA). La regulación internacional adquiere, por tanto, un carácter bifronte, estableciendo una dimensión que afecta a la seguridad (para prevenir el tráfico ilícito de armas e impedir

²⁹ MARRERO (2011), pp. 669 y ss. Sobre una perspectiva más general en el ámbito internacional, solo, SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 29 y ss.

³⁰ Sobre los trabajos preparatorios a la adopción del Tratado sobre Comercio de Armas, véase el sólido resumen efectuado por SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 65-83.

³¹ LUSTGARTEN (2015), p. 577, considera que los Estados clave de ambos lados del comercio de armas siguen siendo “poco entusiastas” con el Tratado de Comercio de Armas.

su desvío hacia el crimen organizado) y una dimensión humanitaria (de fomento de la paz, la estabilidad y la protección de los derechos humanos).³² Este doble enfoque es esencial para vertebrar el marco regulatorio internacional del comercio de armas, pues, en no pocos casos los Estados están involucrados en la comisión de violaciones de derechos humanos³³ por lo que es esencial controlar los flujos de armamentos hacia esos países.

El TCA destaca dos ámbitos concretos sobre los que operan sus restricciones; de un lado, el tratado emite una serie de *prohibiciones* muy concretas en materia de transferencia de armas (art. 6 TCA), y, de otro lado, ofrece una serie de *pautas generales* de cómo ordenar la transferencia de las armas convencionales a terceros Estados (arts. 5, 7-9 TCA). Veamos a continuación cada una de ellas.

2.1.1 Las prohibiciones a la exportación (art. 6)

En lo que importa a las *prohibiciones* (art. 6 TCA), el tratado declara que los Estados no autorizarán una exportación de armas en tres situaciones muy singulares:

- 1) cuando la exportación contravenga las “obligaciones emitidas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en virtud del art. VII de la Carta de Naciones Unidas, esencialmente, los embargos de armas”;
- 2) cuando ella viole las obligaciones internacionales contraídas por el Estado sobre la “transferencia internacional o el tráfico ilícito de armas convencionales”,³⁴ y
- 3) cuando las armas “puedan utilizarse” para cometer crímenes nucleares de derecho penal internacional (en concreto “genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes de carácter civil o personas civiles protegidas como tales, u otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales en los que sea parte”),³⁵ dejando al margen de las prohibiciones el crimen de agresión (art. 8 bis ECPI), que normalmente dará lugar a que la comunidad internacional decrete un embargo internacional a este respecto.

³² A este respecto, como indica JANER (2016), pp. 53 y ss., la UE fue la primera en incluir nociones y criterios humanitarios para limitar las exportaciones de armas a partir del año 2000, con ulteriores referencias a los detalles normativos a los que esto afecta.

³³ ÁLVAREZ MARTÍNEZ (2018), pp. 201 y ss.

³⁴ Posiblemente la norma más importante a este respecto es el Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 31 de mayo de 2001. Véase sobre las diversas obligaciones internacionales en esta materia, BREHM (2007), pp. 362 y ss. Como indica LUSTGARTEN (2015), p. 587, dicha violación de una obligación internacional debe estar relacionada con acuerdos específicamente suscritos por un Estado. Esto excluiría el derecho internacional consuetudinario, incluidas las normas imperativas.

³⁵ Nótese que la definición de crímenes de guerra ofrecida en el TCA no es la misma que la contenida en el art. 8 del ECPI, siendo la recogida en el TCA más restrictiva, pues esta solo se refiere a violaciones graves de los Convenios de Ginebra (1949), ataques contra personas y bienes protegidos, u otros crímenes de guerra tipificados en los Convenios internacionales de los que se sea parte.

Como puede observarse, el tratado emite dos clases de prohibiciones a la exportación de naturaleza distinta.

De un lado, se prohíben las exportaciones que contravengan una obligación internacional decretada por el Consejo de Seguridad (esencialmente, embargos), o una obligación instaurada a través de un tratado en materia de transferencia de armas. En estas situaciones, el Estado debe limitarse a adecuar su comportamiento exportador a la legalidad internacional en ese momento dado, y no autorizar las exportaciones que la violen. Son lo que denomino “exportaciones de adecuación normativa”, donde lo importante es verificar la concurrencia o no de una obligación internacional que impida la exportación, por concurrir un embargo o por oponerse a alguna disposición de un tratado. Las prohibiciones recogidas en los arts. 6.1 y 6.2 del TCA son, por tanto, fácilmente verificables, puesto que solo deben comprobar la existencia de limitaciones internacionales, y, en caso negativo, la exportación podrá autorizarse. Sin ánimo de exhaustividad, actualmente la ONU y la UE³⁶ han decretado un embargo de exportación de armas sobre Afganistán, Bielorrusia, Corea del Norte, Costa de Marfil, Irak, Líbano, Libia, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Rusia, Siria, Sierra Leona, Sudán, Sudán del Sur, Somalia y Yemen.

De otro lado, el art. 6.3 TCA prohíbe la exportación de armas que *puedan* ser utilizadas en la comisión de algunos crímenes de derecho penal internacional. Ante este tipo de escenarios, el proceso de autorización de la exportación es más complejo e incierto, porque requiere que el Estado evalúe los riesgos (¡no la acreditación!) de la utilización de las armas en la ejecución de estos graves crímenes internacionales. En este punto debe destacarse que, lamentablemente, no existe ningún organismo internacional que valore los riesgos de utilización de las armas exportadas a terceros Estados para la comisión de crímenes internacionales, lo cual otorgaría una mayor coherencia al sistema común de control de armas.

Para evaluar dicho riesgo —y aunque el TCA no lo especifica— los Estados deben atender a diversas fuentes de información. Para ello resultan cruciales los informes de las principales organizaciones internacionales (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Cruz Roja, o Corte Penal Internacional) y las ONG de reconocido prestigio (por ejemplo, *Human Rights Watch*, *Oxfam*, Amnistía Internacional).³⁷ Asimismo, será relevante la información facilitada por parte de las embajadas presentes en el Estado de importación y la que trasladen los medios de comunicación sobre estas cuestiones que afectan a la criminalidad masiva.

³⁶ Véase https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/international-relations/restrictive-measures-sanctions/overview-sanctions-and-related-tools_en

Véase la actualización oficial sobre embargos vigentes a fecha de abril de 2020, https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Sanciones/Documents/Embargosvigentes27_4_20.pdf, consultado 26-10-2022. Véase también el Reglamento UE 2022/328, del Consejo, de 25 de febrero de 2022, por el que se modifica el Reglamento n° 833/2014 relativo a medidas restrictivas a Rusia motivadas por acciones que desestabilizan la situación de Ucrania.

³⁷ De hecho, en la sentencia de apelación del tribunal de Reino Unido, emitida el 20 de julio de 2019 contra la autorización de exportación de armas a Arabia Saudí que efectuó el Secretario de Estado de Comercio británico, se consideró, que aunque el Secretario no estaba obligado a aceptar las conclusiones de los informes, la racionalidad exigía que las aceptara o que formulara razones adecuadas para rechazarlas; véase al respecto, MILLER (2019), p.198.

Ante estos escenarios, el Estado exportador debe denegar toda transferencia de armas o municiones que evidencie un *riesgo* de que sean usadas para cometer crímenes internacionales por parte de sus destinatarios, estatales o particulares. Si el riesgo es conocido una vez que la licencia de exportación se ha otorgado, el art 7.7 del TCA se limita a alentar a dicho Estado a que “reexamine la autorización tras consultar, en su caso, al Estado importador”. El asunto de la *reexaminación* de la exportación es de máxima relevancia ante posibles exportaciones fraudulentas por mediar una conducta falsaria por parte de la empresa o el Estado importador o por devenir la entrega de armas, con posterioridad, en una exportación claramente irresponsable. Sobre ello se volverá más tarde cuando se aborde la regulación de la revocación o suspensión de licencias en España.

Otra cuestión que suscita la prohibición del art. 6.3 TCA es la referida a la determinación del “umbral de gravedad” de los hechos, que deben ser susceptibles de calificarse como genocidio, un crimen de lesa humanidad o infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949. Para ello podríamos partir de la propia actividad jurisdiccional de la Corte Penal Internacional (en adelante: CPI) que implementa un test de gravedad (art. 17.d del Estatuto de la Corte Penal Internacional [ECPI]) para poder acceder a la investigación de un caso por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.³⁸

Así pues, parece evidente que no deben exportarse armas a un país cuya implicación estatal esté siendo investigada por la CPI o allí donde haya un claro riesgo de desvío hacia fuerzas rebeldes implicadas en una situación investigada. Normalmente, ante esa clase de escenarios, suele pender un embargo de armas, como sucede actualmente en el caso de Libia, Sudán, República Democrática del Congo y República Centroafricana, pero no siempre es así.

Adicionalmente debe valorarse si la ausencia de una investigación por parte de la CPI proviene de alguna de las limitaciones materiales a la jurisdicción de la CPI (por ejemplo, que la jurisdicción penal nacional esté ya investigando, *ex arts.* 17 y 20 ECPI), puesto que ello no afecta *per se* al riesgo de comisión de un crimen internacional, sino que atiende a las limitaciones procesales con las que opera la jurisdicción de la Corte. En ese caso, el Estado debe entrar sobre el fondo del asunto valorando el riesgo de comisión de un crimen de estas características sin vincularse por el propio ejercicio de la jurisdicción por parte de la CPI.

Con respecto a Estados importadores que no son parte en el ECPI deberá denegarse toda exportación a un país implicado en la comisión de esta clase de crímenes (dentro o fuera de sus fronteras), bastando para ello la sospecha de utilización de las armas, siempre que el destinatario de las armas esté implicado *indiciariamente* en el crimen³⁹ o haya un riesgo de

³⁸ Entre las cuestiones previstas por el Estatuto de Roma para resolver sobre la admisibilidad o no de un asunto, se prevé, junto a la cosa juzgada y a la existencia de una investigación penal en sede nacional en el art. 17 del Estatuto de Roma, que el asunto no sea de “gravedad suficiente”. Por ello, la apertura de una investigación preliminar por parte de la CPI es ya un dato fiable de la concurrencia objetiva de comisión de un crimen de DPI.

³⁹ Al respecto téngase en cuenta la denuncia a la Fiscalía de la CPI efectuada por varias ONG europeas (ECCHR/Mwatana, Centro Delás por la Paz, Control Armi, The Campaign against Arm Trade, Amnistía Internacional) contra la exportación de armas de empresas europeas a Yemen (concretamente contra *Airbus Defence and Space S.A. (Spain)*, *Airbus Defence and Space GmbH (Germany)*, *BAE Systems Plc. (UK)*, *Dassault Aviation S.A. (France)*, *Leonardo S.p.A. (Italy)*, *MBDA UK Ltd. (UK)*, *MBDA France S.A.S. (France)*, *Raytheon*

desvió hacia los agentes paraestatales implicados. Con respecto a ellos, la evaluación del riesgo debe partir de la única fuente fidedigna disponible: los informes oficiales de organizaciones internacionales de derechos humanos y de las ONG que denuncian la comisión de esta clase de crímenes. Como es sabido, la jurisdicción de la CPI ante Estados no parte es muy limitada; solo podrá abrirse una investigación si el Estado en cuestión acepta la jurisdicción para un caso en concreto (caso Ucrania, art. 12.3 ECPI), o si el Consejo de Seguridad remite la situación a la Fiscalía de la CPI (art. 13 b ECPI), como ha ocurrido en la situación de Darfur-Sudán (Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1593/2005) y en la de Libia (Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1970/2011). Por esta razón, ante la excepcionalidad de esta clase de remisiones del Consejo de Seguridad, los informes oficiales de derechos humanos y de las ONG serán el indicador clave para denegar las exportaciones de armas a estos países, tal y como ha ocurrido en el caso de Yemen y la guerra que mantiene contra la coalición liderada por Arabia Saudí.⁴⁰

En cualquier caso, es evidente que la valoración acerca de la posible utilización de las armas en estos escenarios de macrocriminalidad resulta un extremo muy incierto, pues implica un juicio valorativo, de carácter político, donde se acentúa la discrecionalidad de los Estados en su apreciación y donde entran en juego numerosos intereses.⁴¹ Por ello, es imprescindible que el expediente de licencia de la exportación pueda ser —como mínimo— objeto de control jurisdiccional, de modo que se expongan y evalúen los riesgos y evitar así exportaciones irresponsables que claramente fomentan la comisión de crímenes de derecho penal internacional, y que son abiertamente contrarias a la legalidad. Sobre ello se volverá más adelante cuando se aluda al caso español. A continuación, debe proseguirse con la evaluación del marco jurídico internacional que dispone el Tratado de Comercio de Armas.

2.1.2. El deber estatal de evaluar el riesgo de la exportación (art. 7)

Una vez comprobada que la exportación no conculca las *prohibiciones*, el art. 7 del TCA enumera una serie de “marcadores” que los Estados deben evaluar de forma objetiva y no discriminatoria para efectuar un control más exhaustivo del destino de las armas. Con ello, el tratado favorece que los países exportadores se impliquen y se pronuncien sobre si las armas “pueden” eventualmente utilizarse en determinados escenarios que comportan un riesgo para la paz y la seguridad, o la protección de los DDHH. Si tras la evaluación estatal se revela que existe un “riesgo preponderante” de que las armas se empleen para cometer delitos (terrorismo, criminalidad organizada, violaciones contra los DDHH o contra el DIH), el art. 7.3 del TCA *obliga* a los Estados a denegar esas exportaciones.

El primer marcador (art. 7.1 a) TCA) que deben evaluar los Estados hace referencia al riesgo de que dicho suministro “contribuya o menoscabe la paz y la seguridad”, por lo que -entre otros- debe incluirse muy singularmente el riesgo de comisión de un acto de agresión de un Estado a un tercer Estado.

Systems Ltd. (UK), Rheinmetall AG (Germany) through its subsidiary RWM Italia S.p.A. (Italy), y Thales France), disponible en línea: <https://mwatana.org/en/made-in-europe-bombed-in-yemen-case-report>

⁴⁰ Sobre esta problemática, AMBOS (2021), pp. 370-371, con ulteriores referencias.

⁴¹ Decididamente, STAVRIANAKIS (2016), pp. 849-850.

Junto a ello, en el art 7.1 b), se establece que los Estados deben valorar si hay riesgo de que las armas exportadas *puedan utilizarse* para cometer violaciones graves de DD.HH. y del Derecho Internacional Humanitario (en adelante: DIH), o se empleen para cometer delitos de terrorismo o delitos de organización (crimen organizado), estos dos últimos más propios del ámbito de los desvíos. Estos marcadores obligan a los Estados a pronunciarse sobre el riesgo de que las armas se empleen para cometer violaciones contrarias al *ius cogens* internacional, o constituyan delitos de terrorismo o delitos de organización, en virtud de las convenciones a las que esté vinculado el Estado exportador. Con ello se subraya la importantísima doble dimensión a la que hacía alusión con anterioridad, evitando violaciones de derechos humanos y desvíos peligrosos que faciliten el terrorismo y la criminalidad organizada.

Al igual que ocurre con la evaluación de las prohibiciones conectadas con la comisión de crímenes de derecho penal internacional (art. 6.3 TCA), el art. 7 otorga a los Estados un importante margen de discrecionalidad en la valoración del riesgo de utilización de las armas exportadas para menoscabar la paz o la seguridad o para la comisión de delitos graves.⁴² Ello puede desembocar en la concesión de autorizaciones irresponsables de armas a Estados que no son fiables; asimismo puede generar cierta ambivalencia en la concesión de las licencias, pudiendo los países ser permeables a posiciones geoestratégicas determinadas, sin evitar de forma genuina la transferencia de armas a un país en el que se cometen violaciones masivas del DIH⁴³ o de los DDHH, o respecto a los cuales haya riesgo de desvío. Por esta razón, de nuevo, es esencial que los Estados consignen en documentos oficiales y accesibles las razones que los llevan a autorizar una determinada exportación de riesgo; de otro modo se dificulta enormemente el control sobre esta actuación estatal, por lo que el sector pretendidamente regulado se vuelve difícilmente permeable al control ciudadano de los expedientes de exportación de armamento.

Por otra parte, el art. 7.2 TCA prevé la adopción de las denominadas “medidas de atenuación del riesgo” (*mitigations measures*) cuando el Estado exportador haya constado la “posibilidad” de que las armas se utilicen para cometer violaciones del DIH, de DDHH o para cometer los delitos de organización. Ante esas situaciones, el Tratado faculta a los Estados a implementar medidas de mitigación del riesgo para “fomentar la confianza” o la instauración de “programas conjuntos” para efectuar el seguimiento. Ello sirve, como advierte oportunamente, de cajón de sastre en el que pueden escudarse los Estados para autorizar una exportación de riesgo o directamente una exportación “irresponsable”, y luego efectuar un pretendido seguimiento que, por lo general, es cosmético e ineficaz.⁴⁴

Con respecto al problema de los desvíos, en los que las armas lícitamente exportadas a otro Estado acaban en manos del mercado negro o de operadores poco fiables en el uso, el art. 11 del TCA impone el deber a los Estados de evitar los desvíos, dejando total discrecionalidad a estos para implementar su política nacional de prevención de los mismos. Una de las formas de prevención de los desvíos indeseables es el intercambio de información entre todos los

⁴² NAVE (2019), p. 313; STAVRIANAKIS (2016), pp. 849-850, insistiendo en la naturaleza eminentemente política de concesión de la exportación, mostrándose escéptica sobre la eficacia que esta evaluación de riesgos pueda tener en la praxis, estimando que el enfoque basado en el riesgo es más legitimador que restrictivo.

⁴³ BREHM (2007), pp. 375 y ss.

⁴⁴ SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 173-174.

operadores estatales de la cadena de suministro (exportadores, países de tránsito e importadores). Esta forma de cooperación se prevé en el art. 11.5 del TCA, e incluye la entrega o intercambio de los datos que afecten a las “actividades ilícitas, incluida la corrupción, rutas de tráfico internacional, intermediarios ilegales, fuentes de suministro ilícito, métodos de ocultación, puntos comunes de envío o destinos utilizados por grupos organizados que se dedican al desvío”.

En todo caso, los países signatarios del TCA deben efectuar un registro nacional de las autorizaciones de exportación emitidas, así como de las actividades de transferencia o trasbordo desde su territorio como destino final o trasbordo. Igualmente se insta a los Estados a detallar la cantidad, el valor y el modelo o tipo de armas transferidas, así como los datos precisos sobre los Estados exportadores, importadores, de tránsito y trasbordo y sobre los usuarios finales, debiéndose conservar el registro durante, al menos, 10 años (art. 12 TCA).

2.2 Unión Europea: La Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares

Por su parte, el derecho de la Unión Europea también se ha hecho cargo de la necesidad de limitar la transferencia de armas, siendo la normativa más detallada la contenida en la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo (en adelante: PC), de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, modificada por la Decisión (PESC) 2019/1560 del Consejo de 16 de septiembre de 2019. Dicha normativa es más ambiciosa que la recogida en el Tratado de Comercio de Armas (2013), y su antecedente fue el “Código de Conducta” aplicable a las exportaciones de armamento a terceros países, aprobado por el Consejo de Ministros de la UE, el 8 de junio de 1998.

La PC va referida a la exportación de “tecnología y equipos militares”, que incluye el material de doble uso, en virtud del art. 6 PC, por lo que el ámbito material es más amplio que el ofrecido por el TCA, que excluye el material de doble uso.⁴⁵ Para dotar de contenido el ámbito material de la Posición Común, se debe recurrir a la *Lista Común Militar* de la Unión Europea, actualizada por el último Consejo el 17 de febrero de 2020, tal y como dispone el art. 1.1 de la PC. En dicha lista se detallan con total profusión una serie de equipos, armas y sustancias que deben ser sometidas a control en la transferencia a terceros Estados. Por otro lado, en 2009, se publicó la Guía del usuario de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, Doc. 9241/09, de 29 de abril de 2009, que sirve de orientación concreta a los funcionarios en los expedientes de exportación.

La denegación de una exportación debe comunicarse confidencialmente al resto de Estados, en aras de favorecer la transparencia e impedir una suerte de *forum shopping* comercial entre los Estados importadores (arts. 4 y 7 PC). De hecho, si un Estado pretende autorizar una exportación que ha sido previamente denegada por otro Estado miembro en los tres años

⁴⁵ Crítico con la exclusión del material de doble uso del Tratado de Comercio de Armas, por ejemplo, LUSTGARTEN (2015), pp. 582-583.

anteriores, deberá consultar al Estado denegante antes de emitir la autorización administrativa, detallando los motivos por los que se autoriza la exportación. Igualmente, la PC obliga a los Estados miembros a informar anualmente al Servicio Europeo de Acción Exterior sobre las exportaciones de equipos y tecnología militar, y a publicar un informe nacional sobre sus exportaciones (art. 8 PC). Con ello, se favorece la transparencia y una rendición de cuentas de carácter interno entre los países de la UE, fortaleciéndose el sistema de control de exportaciones de armas en el espacio común europeo.

En todo caso, el art. 5 de la PC recuerda que las licencias de exportación únicamente se concederán “cuando exista «conocimiento previo fiable» del uso final en el país de destino final”, por lo que en caso de dudas procede la denegación de la exportación de armamento. Para comprobar dicho uso final de las armas, se requiere el certificado de destinatario final de las mismas y otra documentación anexa.

2.2.1 Los criterios para evaluar la exportación por parte de los Estados de la Unión Europea (art. 2 de la PC)

Las limitaciones que plantea el art. 2 de la PC a la exportación de armas y material de doble uso son, *grosso modo*, de cuatro tipos:

- i) Limitaciones de carácter humanitario y de respeto a la legalidad internacional (criterios 1, 2 y 3).
- ii) Restricciones relacionadas con el mantenimiento de la paz, la seguridad y la estabilidad regional, la seguridad nacional de los países de la UE y sus aliados (criterios 4 y 5).
- iii) Limitaciones que afectan a la necesidad de preservar el desarrollo sostenible del país receptor (criterio 8); y finalmente,
- iv) Restricciones a la exportación que tratan de prevenir los desvíos ilícitos, empleados por el crimen organizado y las organizaciones terroristas (criterios 6 y 7).

En todo caso, el art. 10 de la PC establece una importantísima regla de prevalencia por la que los intereses económicos, sociales, comerciales e industriales de los países de la UE no afectarán a las limitaciones plasmadas en el art. 2 de la PC. Es decir: el interés nacional no puede imponerse sobre las limitaciones humanitarias, de paz y seguridad, pues la soberanía estatal y sus consiguientes intereses económicos o comerciales no pueden estar por encima de la preservación de la paz y seguridad humana,⁴⁶ que, lógicamente, afecta más a los países en vías de desarrollo hacia los cuales se deriva el armamento exportado.

A continuación, se expondrán sumariamente los criterios que ha delineado la PC de la UE.

a) Los criterios de respeto a la legalidad internacional y de protección de derechos humanos

En lo que afecta a las limitaciones de carácter humanitario y de respeto a la legalidad internacional son esenciales los criterios números 1, 2 y 3 recogidos en el art. 2 de la PC.

⁴⁶ Asimismo, JANER (2016), p. 56.

Dichos criterios pretenden que toda exportación cumpla con la legalidad internacional en materia de embargos y sanciones de la ONU, UE y la OSCE (criterio 1) y otras obligaciones convencionales, y favorezca la protección de los derechos humanos (criterios 2 y 3), debiéndose denegar toda exportación que contravenga la normativa internacional o que suponga un riesgo *manifiesto* de represión interna o de violaciones graves de derechos humanos.

En relación con el criterio 1, se trata, de nuevo —y como ocurriese en los arts. 6.1 y 6.2 TCA— de que los Estados de la UE efectúen una “evaluación de adecuación normativa” de la exportación con la legalidad internacional en la materia⁴⁷ y las contramedidas, sanciones o embargos decretados internacionalmente.

En relación con los criterios 2 y 3, que contemplan las limitaciones de carácter humanitario, el art. 2 de la PC detalla tres clases de riesgos que los Estados deben analizar para poder autorizar una exportación.⁴⁸ Para ello deben atender a la “actitud del país receptor” hacia la legalidad internacional protectora de los derechos humanos (por ejemplo, ratificaciones, cumplimiento, lucha contra la impunidad, cooperación internacional). La PC distingue tres riesgos posibles: a) existencia de un riesgo manifiesto de represión interna; b) concurrencia de riesgo de violaciones graves de los derechos humanos; y c) existencia de un riesgo manifiesto de violaciones graves del DIH.⁴⁹

En lo que afecta al riesgo de represión interna, la Posición Común prescribe que los Estados denieguen toda exportación cuando concurra un riesgo *manifiesto* de que el material “pueda utilizarse” para la represión interna (criterio nº 2 a) del art. 2 PC). Así, pues, los Estados de la UE deben valorar el grado de riesgo, y si este es evidente o manifiesto procederá de plano la denegación. Por “represión interna” la PC ofrece una interpretación auténtica (art. 2, criterio 2 *in fine*), entendiéndose por tal “la práctica de tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, las desapariciones y

⁴⁷ En concreto, la Posición Común de 2008 hace referencia a varias normas internacionales cuyo contenido debe ser respetado por la exportación a autorizar, a saber: el Tratado de no proliferación de armas nucleares, la Convención sobre armas bacteriológicas y tóxicas, la Convención de armas químicas, la Convención sobre ciertas armas convencionales y los protocolos anejos pertinentes, el TCA, la Convención sobre la prohibición, empleo almacenamiento, producción de minas antipersonas sobre su destrucción, el Programa de Acción para prevenir, combatir y eliminar el Tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras, y los compromisos de los Estados de la UE en el marco del Grupo de Australia, el Régimen de Control de la Tecnología de Misiles, el Comité Zangger, el Grupo de Suministradores Nucleares, el Arreglo de Wassenaar, el Código de Conducta de La Haya contra la Proliferación de Misiles Balísticos, la Convención sobre armas convencionales y protocolos y el Tratado de Comercio de Armas.

⁴⁸ Como destaca MARRERO (2011), pp. 683-684, salvo en el caso de sanciones internacionales, el resto de los criterios de la PC son claramente interpretables por los Estados, lo que da lugar a una praxis de exportación muy heterogénea.

⁴⁹ Atendiendo a los datos estadísticos sobre exportaciones en 2021 ofrecidos por la Secretaría de Estado de Comercio, las denegaciones efectuadas se produjeron ante posibles desvíos indeseados (criterios 6 y 7 PESC) de material de doble uso; véase datos en: [https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes Estadisticas/Material%20Defansa%20Doble%20Uso/2021/XMDDU2021I.pdf](https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Material%20Defansa%20Doble%20Uso/2021/XMDDU2021I.pdf) (pp. 2 y ss.). Para ver los datos de otros años, confróntese la información pública disponible en [https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes Estadisticas/Paginas/Historico Material Defensa.aspx](https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Paginas/Historico_Material_Defensa.aspx)

detenciones arbitrarias, así como toda violación grave de los derechos humanos, incluida, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)”.

Asimismo, de conformidad con el criterio 2 c) del art. 2 de la PC, debe denegarse toda exportación cuando haya un riesgo manifiesto de violación grave del DIH, que básicamente coincidirá con las violaciones graves de alguno de los Convenios de Ginebra, que conforman, en la mayoría de los casos, crímenes de guerra *ex art. 8 ECPI*.

Al margen de los escenarios de represión policial interna o de riesgo manifiesto de violación grave del DIH, el criterio 2 b) del art. 2 PC exige que los Estados ponderen con detenimiento la autorización de la exportación a un tercer Estado con respecto al cual los organismos competentes (ONU, la UE, o el Consejo de Europa) “hayan constatado” violaciones graves de los derechos humanos. En materia de violaciones de DDHH, lo que se exige a los Estados de la UE es un “ejercicio de ponderación” para evaluar si ante la constatación oficial de violaciones graves de los DDHH, es pertinente exportar sin que proceda en este caso la denegación de plano de la autorización.

Nótese como la denegación solo es obligatoria ante el riesgo *manifiesto* de represión interna⁵⁰ o de violación grave del DIH, pues ante graves violaciones de los derechos humanos, se permite a los Estados ponderar la situación para denegar o autorizar la licencia, que por lo demás será el escenario más habitual que nos presente la praxis.

En cualquier caso, las restricciones a la exportación de índole humanitaria entroncan en sentido amplio —o de forma difusa— con los deberes convencionales de protección jurídica de los derechos fundamentales que los Estados deben satisfacer,⁵¹ con el Derecho de la UE, y con los principios de *soft law* en materia de derechos humanos y empresas.⁵² La distinta fundamentación de los deberes de Estados y empresas en la protección de los derechos humanos no puede desarrollarse en este trabajo, y por ello tan solo es apuntada.

⁵⁰ Con respecto a la existencia de “riesgo manifiesto”, la Guía de Usuario (p. 41) establece que “cualquier análisis del riesgo manifiesto debe basarse en una consideración individualizada de las pruebas disponibles a partir de la situación pasada y presente del país receptor y del usuario final propuesto, y en el análisis de todas las tendencias o acontecimientos futuros que puedan razonablemente precipitar condiciones conducentes a una actuación represiva”, donde resultará de especial importancia las declaraciones o conclusiones del Consejo de la UE, las inquietudes mostradas por los jefes de misión de la UE, la ONU, Consejo de Europa y OSCE, así como la información de las ONG.

⁵¹ El deber de proteger los derechos humanos de los Estados a través de la adecuada regulación legal y el necesario acceso al proceso se deriva —entre otros— de los arts. 2.2. y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

⁵² El Principio Rector 1 sobre empresas y DDHH (ONU, 2011) dispone que: “Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”. Adicionalmente, el Principio Rector 25 establece la reparación del daño como parte del deber de proteger estatal, cuando recoge que: “Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”. *Cursiva añadida.*

En relación con los Estados, es evidente que las normas convencionales de protección de derechos humanos subrayan la necesidad de que estos legislen y fomenten la protección los derechos de las personas de forma eficaz, y procuren el acceso al proceso en caso de violación de los mismos. En este punto, la protección de los derechos humanos no debe restringirse en exclusiva a la protección de lesiones *directas* contra los derechos humanos, sino también vincularse con la necesidad de implementar políticas públicas que los protejan más mediata o indirectamente, como ocurre, por ejemplo, con el control de armas, pero no solo.⁵³ Los Estados deben, por tanto, asumir el control del respeto de los derechos humanos, impulsando los oportunos controles de los sujetos sometidos a su jurisdicción, diversificándose en niveles distintos, donde la distinción entre derecho penal y derecho administrativo explica dicha protección escalonada de los derechos humanos.

Por su parte, las empresas (sus directivos) deben no dañar a los demás a través de su actividad empresarial (*neminem laedere*),⁵⁴ al igual que toda persona no puede con su comportamiento personal lesionar intereses ajenos. Por esta razón, si una empresa suministra armas a un tercero, *conociendo* que este está cometiendo crímenes internacionales, podrá castigarse dicha conducta como una conducta de participación en el hecho ajeno (art 25.3 c) ECPI), siempre que se cumplan los elementos requeridos. Pero con independencia de esta situación —y, sobre todo, de su difícil prueba— el derecho supranacional (principios rectores ONU, directiva sobre información no-financiera, y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida) viene subrayando la necesidad de que las empresas rindan cuentas y controlen sus amplias cadenas de suministro cuando de su actividad se deriven serios riesgos para los derechos humanos más elementales. Es decir, con independencia de la posible responsabilidad penal *directa* de los directivos de la empresa por delitos contra bienes jurídicos elementales, estos deben también evitar la creación de escenarios de riesgo más genéricos para los derechos humanos con su actividad empresarial.⁵⁵ No obstante, en lo que afecta al comercio exterior de armamento, este deber empresarial de evitar riesgos para los derechos humanos es algo más matizado, puesto que la exportación de ese material exige licencia estatal previa, por lo que el Estado es el encargado último de controlar dicha actividad de exportación de esas mercancías.

Por las razones antedichas, los límites humanitarios en materia de comercio de armas subrayan, de un lado, la importancia de que los Estados protejan los derechos humanos frente agresiones dentro de su jurisdicción (más amplia que la circunscrita a su territorio) controlando las autorizaciones de exportación que conceden, y, de otro lado, la necesidad de

⁵³ Sobre la vinculación entre “seguridad colectiva” y “protección de la vida e intereses individuales” en la actividad estatal *ad intra* de control de las armas, véase BOBADILLA (2021), pp. 685-686.

⁵⁴ Esto es recalado por el Principio Rector 11 (ONU, 2011) que afirma que: “las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

⁵⁵ A este respecto, la inclusión de obligaciones de diligencia debida para las empresas que comercializan armas permitiría superar el escenario de clara “desregulación”, y delimitaría el riesgo permitido de dicha actividad empresarial. Ello ayudaría a determinar qué conductas de empresa con respecto al comercio de armas están prohibidas y cuáles están permitidas, cumplidos ciertos requisitos. Esta clarificación en torno al riesgo permitido contribuiría a aclarar el espinoso asunto de cómo calificar ciertos suministros de armas totalmente irresponsables. En sentido parecido, aunque con alcance general, también NIETO (2020), pp. 148, 152.

que los directivos de empresas no promuevan con su actividad comercial el suministro de armas a terceros que las emplean para cometer violaciones graves de derechos humanos o crímenes internacionales. Ambos deberes de protección humanitaria —estatales y empresariales— son independientes entre sí,⁵⁶ y tienen fundamentos muy diferentes en su genealogía, por lo que el tratamiento penal que de ellos pueda extraerse de cara a la eventual responsabilidad penal por el suministro de armas a terceros debe, en cualquier caso, ser diferenciado.

b) Los criterios referidos al riesgo de prolongación o provocación de un conflicto armado o tensiones internas, criterios relacionados con el mantenimiento de la paz, la seguridad, y la estabilidad regional

El criterio 3 hace referencia a la “situación interna” del país de destino final en relación con la existencia de tensiones o de conflictos armados. Los Estados de la UE deben denegar de plano el expediente de exportación allí donde la transferencia de equipos militares “provoque o prolongue” un conflicto armado o agrave las tensiones en el país de destino final. En este caso, la PC no hace referencia a ninguna evaluación del umbral de gravedad de la tensión interna o el conflicto bélico, sino que acoge esta amplia fórmula a través de la cual los Estados deben denegar una transferencia de armas al exterior. Este criterio es uno de los más espinosos y evidencia notables contradicciones entre los principios que orientan el comercio internacional de armas (entre otros, el derecho a legítima defensa y a defender los intereses exteriores propios vs. la protección de los derechos humanos). Así, pues, las razones de política exterior o geoestratégicas pueden ser determinantes a la hora de autorizar un envío de armas al exterior. Ello se ha evidenciado recientemente con el conflicto ruso-ucraniano, donde los países de la UE han enviado multitud de equipamientos militares y armamento para repeler el acto de agresión rusa, que, como es bien sabido, sigue afectando a Ucrania, pero donde claramente el envío de armas prolonga el conflicto irremisiblemente,⁵⁷ donde además hay riesgo de desvío de las armas hacia el mercado negro,⁵⁸ como también ocurrió con la retirada de EEUU de Afganistán sin controlar el armamento que se dejó al abandonar el territorio.⁵⁹

Los criterios 4 y 5 aluden respectivamente al “mantenimiento de la paz, seguridad y estabilidad regional” y a la “seguridad nacional de los países de la UE, incluidos territorios de ultramar, así como de países «amigos y aliados»”.

⁵⁶ En sentido parecido también AMBOS (2021), pp. 371, 373.

⁵⁷ Sobre las medidas adoptadas por la EU en relación con la invasión rusa de Ucrania, véase sintéticamente [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729301/EPRS_ATA\(2022\)729301_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/729301/EPRS_ATA(2022)729301_EN.pdf) y <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/>. Sobre las armas enviadas por países, véase solo <https://www.forumarmstrade.org/ukrainearms.html>.

⁵⁸ Al respecto véase la información publicada en (<https://www.theguardian.com/world/2022/jun/02/ukraine-weapons-end-up-criminal-hands-says-interpol-chief-jurgen-stock>) cuando el jefe de Interpol, Jürgen Stock, ha alertado en junio de 2022 a los países de evitar los desvíos indeseados una vez termine el conflicto en Ucrania para lo cual les insta a efectuar estrategias de trazabilidad.

⁵⁹ MEHRA y WENTWORTH (2021).

Con respecto al criterio 4, la PC obliga a la denegación de la licencia de exportación cuando haya “riesgo manifiesto” de que los equipos puedan ser empleados en la realización de un acto de agresión a un tercer país, o para imponer una reivindicación territorial. Para evaluar dichos riesgos, la PC establece cuatro criterios a tener en cuenta, entre otros posibles concurrentes (*numerus apertus*). Ellos son los siguientes: a) que haya un conflicto armado entre el país receptor y otro país, o haya probabilidad de que lo haya; b) que haya un territorio reivindicado de un país vecino por parte del país de destino de las armas; c) que haya probabilidad de que el material exportado sea utilizados con fines distintos a la “seguridad nacional y legítima defensa”; y d) que haya necesidad de no perjudicar de “forma importante” la estabilidad regional.

De todos los elementos enunciados, los dos primeros (a y b) y el cuarto (d) obedecen a extremos más o menos objetivos, y fácilmente verificables. El aspecto más problemático es el que afecta al tercer elemento (c), que alude al *destino final espurio* del material armamentístico exportado, cuando su uso no se adecue ni a la preservación de la legítima defensa, ni a la seguridad nacional del Estado receptor. Entrando en estas consideraciones, no es descartable que el país receptor asegure que su uso será lícito, entregando documentación fidedigna, y posteriormente ese uso se intensifique o se derive a conductas prohibidas o excesivas en intensidad en el contexto de la legítima defensa. Esta situación evidencia —a mi juicio— uno de los mayores problemas de las exportaciones de armas, cual es el de la debida verificación del uso final de las armas objeto de exportación, y su posible *revocación* en caso de constatarse un uso indebido de las armas, que se analizará sumariamente cuando se aluda a la posible revocación de estas licencias en el caso de España, y en las conclusiones de este trabajo.

Por su parte el criterio 5 obliga a los Estados de la UE a analizar la posible afectación de la exportación de las armas a la “seguridad nacional” de los Estados miembros, sus amigos o aliados. Este criterio atiende a cuestiones centrales de geopolítica y geoestrategia y puede plantear alguna fricción con el criterio 3; ello es así puesto que este último obliga a “no intensificar” un conflicto armado, pero el 5 podría venir a subrayar la necesidad de exportar para defender a algún Estado de la UE, o a un aliado o amigo, por lo que ambos criterios pueden entrar en colisión, sin que se den más pautas a los operadores, ampliándose con ello el ámbito de la discrecionalidad para conceder o no la exportación.

c) Los criterios referidos a la prevención de los desvíos ilícitos de los equipos militares

Los criterios 6 y 7 (art. 2 de la PC) aluden al riesgo de desvío de las armas a destinatarios indebidos, para lo cual la PC concreta algunos elementos que deben verificarse antes de otorgar la licencia. Como puede comprobarse, y en la misma línea que los criterios anteriores, se trata de un parámetro valorativo del riesgo de desvío, que dota a los Estados de la UE de una notable facultad discrecional para la concesión de la licencia. No obstante, la PC determina ciertos elementos para efectuar dicha valoración que deberán ser atendidos *in casu* por los Estados. La finalidad de imponer esta limitación normativa a la exportación de armas abunda, en sentido amplio, en la prevención de delitos de terrorismo y de la criminalidad

organizada, evitando que las armas acaben en poder de los grupos dedicados a estas actividades.⁶⁰

Por un lado, para poder evaluar positivamente la autorización de exportación, el criterio 6 hace referencia a la “actitud frente el terrorismo”, la “naturaleza de las alianzas” y el “respeto al Derecho internacional” por parte del comprador. Para realizar dicha evaluación los países exportadores de la UE tendrán en cuenta —entre otros aspectos— los siguientes marcadores: a) el apoyo o fomento del terrorismo y el crimen organizado internacional por parte del comprador; b) el respeto a la no utilización de la fuerza y el respeto al DIH; y c) su compromiso en la no proliferación de armas y compromiso con el desarme, en especial en lo que afecta a las convenciones contra la proliferación de armas nucleares, químicas y armas bacteriológicas y tóxicas.

Por su parte, el criterio 7 alude al “riesgo” de que las armas se desvíen en el territorio del comprador o se reexporten en “condiciones no deseadas”. Para efectuar el análisis sobre el riesgo de desvío, el criterio 7 enumera taxativamente seis elementos: a) los intereses de defensa y seguridad nacional del receptor; b) la capacidad técnica de utilizar dicha tecnología; c) la capacidad de controlar de forma efectiva la exportación de ese material; d) el riesgo de reexportación indeseada y el historial de cumplimiento de dicho Estado importador; e) el riesgo de desvío en concreto hacia organizaciones terroristas o sus miembros; y, finalmente, f) el riesgo de “compilación inversa o de transferencia de tecnología no deseada”, es decir: profundizar en el estudio de su funcionamiento, hasta el punto de que se pueda llegar a entender, modificar y mejorar el funcionamiento del equipo o tecnología militar objeto de transferencia.

d) Los criterios que afectan a la preservación del desarrollo sostenible del país receptor

Finalmente, el criterio 8 insta a los Estados de la UE a evaluar la compatibilidad de las exportaciones de armas a un Estado con sus necesidades legítimas de seguridad y defensa nacional, sin efectuar un gasto militar inadecuado a sus necesidades. Como ha destacado la doctrina, este aspecto está altamente asociado a prácticas de corrupción transnacional, donde algunos Estados menos desarrollados adjudican contratos muy lucrativos a empresas armamentísticas extranjeras mediando prácticas corruptas de soborno, que aumentan el empobrecimiento del país importador.⁶¹ Para efectuar dicha evaluación, el criterio 8 obliga a que la ponderación se efectúe atendiendo a la información del “Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y los informes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos”, para comprobar si la exportación “obstaculizaría de forma importante el desarrollo sostenible del país receptor”.⁶² Asimismo, el criterio prescribe tener especialmente en cuenta dos parámetros: los niveles relativos de gasto militar y social y la existencia de ayudas bilaterales o de la UE.

⁶⁰ SÁNCHEZ LEGIDO (2014), p. 195.

⁶¹ LUSTGARTEN (2015), pp. 574-575.

⁶² A este respecto NAVE (2019), pp. 320 y ss., subraya la importancia y la pertinencia de incluir una directriz en materia de desarrollo sostenible a los Estados que vayan a conceder una licencia de exportación de armas a un tercer Estado.

Con todo, la ausencia de una definición concreta sobre qué debe considerarse “desarrollo sostenible” amplía notablemente el criterio de valoración, que exigirá en todo caso una adecuada ponderación entre intereses presentes y futuros. Esta indefinición es, sin duda, uno de los principales escollos para que los Estados efectúen una adecuada valoración de este expediente.⁶³

A continuación, analizaré el marco regulatorio español en materia de comercio exterior de armas, para señalar los principales problemas que este plantea y proponer de *lege ferenda* algunas reformas legislativas, también en materia penal.

3. Marco regulatorio de la exportación de armas en España

3.1. La autorización administrativa previa

Conforme a los datos presentados por la Secretaría de Estado de Comercio en la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, el 24 de junio de 2021⁶⁴, las expediciones a los países de la EU representaron un 70,8% del total y en valor supusieron 2.565,1 millones de euros. Las licencias concedidas estuvieron distribuidas principalmente en: Países Bajos, Alemania, Francia y Reino Unido. El comercio exterior con estos cuatro países se concentró sobre todo en transferencias de productos, pero también de tecnologías en materia de defensa. En relación con las exportaciones a los países OTAN, estas supusieron un 75,7%, con 2.744 millones de euros, y las ventas restantes (una vez descontadas las exportaciones a países de la UE y a países OTAN no de la UE) representaron cerca de un 24 %. Si sumamos Australia y Singapur a los Estados de la UE y a los países OTAN no de la UE, las exportaciones realizadas supusieron un 90 % del total, por lo que las exportaciones españolas son en su mayoría hacia destinos indiciariamente seguros.

La praxis de exportación de armas en España es regulada por la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, y, por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, que contiene el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, recientemente modificado parcialmente por el RD 494/2020, de 28 de abril. En España toda transferencia de armas y material y productos de doble uso requiere una autorización administrativa (art. 4), salvo algunas excepciones contempladas en el art. 5 de la Ley 53/2007, cuando se trate de armas empleadas por las fuerzas armadas españolas o por los ejércitos de otros países en maniobras combinadas.

El órgano competente para resolver dicha autorización es la Secretaría de Estado de Comercio. Para ello dispone de un plazo máximo de 6 meses (art. 7 de la Ley 53/2007), surtiendo el silencio negativo un efecto desestimatorio de la autorización solicitada. Antes de otorgar una licencia de exportación de armas, es obligatoria la previa inscripción registral en el Registro Especial de Operadores de Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble

⁶³ Sobre el proceso de debate de este criterio y su exclusión sobre exportación y desarrollo sostenible en las negociaciones del Tratado de Comercio de Armas, véase solo SÁNCHEZ LEGIDO (2014), pp. 184-187.

⁶⁴ Véase Comisión de Defensa, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 24 de junio 2021, p.4, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444.PDF

Uso (REOCE) por parte de los operadores (personas físicas o jurídicas) que tengan residencia en España (art. 12 Ley 53/2007).

La vulneración del “sistema de licencia”, exportando o importando armas sin la debida licencia, o hacerlo presentando datos falsos sobre la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito, constituye un delito de contrabando, si el valor de las armas es igual o superior a 50.000 euros (art. 2.2 c) LO 12/1995, de 12 de diciembre).

En todo caso, la autorización administrativa de transferencia de armas (así como su eventual revocación, rectificación o suspensión) debe estar previamente informada de *forma preceptiva y vinculante* por parte de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (en adelante: JIMDDU).⁶⁵ Cualquier autorización administrativa que tenga por objeto la transferencia de armas debe ir acompañada de “documentos de control” —básicamente, el certificado de importación y los certificados y la declaración de último destino— para que quede suficientemente garantizado que el destino y el uso final de los materiales está dentro de los límites de la correspondiente autorización.

Desde el 29 de abril de 2020,⁶⁶ España cuenta con un nuevo “certificado de último destino de control *ex post*” que pueden emitir las autoridades competentes del país importador o introductor para exportaciones y expediciones de material de defensa y otro material incluidas en los anexos I y II del Reglamento. Dicha actividad de control *ex post* es solo una *facultad* nueva y excepcional, no una obligación, de la que dispone la JIMDDU, que hasta ahora solo se ha aplicado con respecto a exportaciones de armamento hacia Arabia Saudí y a Emiratos Árabes Unidos.⁶⁷ Dicho certificado de control *ex post* comprende eventuales mecanismos de “verificación, seguimiento y colaboración” de la mercancía exportada con la colaboración del gobierno del país importador, para lo cual se deberá iniciar un expediente en el que se definirán todos los términos de la verificación (art.18.11 del Reglamento). En dicho documento, el Estado receptor se compromete a colaborar con las autoridades españolas para establecer mecanismos de verificación y seguimiento, que reconozcan un control de la mercancía exportada, permitiendo, *si fuera necesario*, “el acceso a las instalaciones donde se encuentra la mercancía, la identificación del usuario final y facilitando toda la información y documentación requeridas por el equipo de verificación”, tal y como se dispone en el documento anexo que acompaña al Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, por el que se modifica el 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.

⁶⁵ En España dicho organismo depende funcionalmente del Ministerio de Economía y Competitividad; véase su composición en el art. 17 Reglamento 679/2014, de 1 de agosto.

⁶⁶ Art. 30.1 e) del Real Decreto 494/2020, de 28 de abril, por el que se modificaba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa y tecnologías de doble uso.

⁶⁷ Véase Comisión de Defensa, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 24 de junio 2021, p.3, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444.PDF

Asimismo, la Ley 53/2007 (art. 15) y el Reglamento 679/2014 (art. 9) prevén la *inspección* de los autorizados para exportar por parte de los órganos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, concretamente el Servicio de Aduanas. Para ello se obliga a los autorizados a conservar todos los documentos de las operaciones que no obren ya en poder de la Administración hasta que transcurran cuatro años desde la fecha de extinción del plazo de validez de la autorización.

A este respecto podría plantearse la pertinencia de *lege ferenda* de introducir en la legislación penal de los países de la UE (cuestiones de ubicación sistemática aparte) un delito de omiso control tras la exportación, donde los destinatarios rindiesen cuentas a los exportadores (tanto a las empresas como a los Estados que han autorizado la transferencia de armas) sobre el “uso final” del material entregado. Lógicamente, ello exigiría afianzar serios controles administrativos de control tras la exportación, donde *todos* los operadores de la cadena se comprometan en la rendición de cuentas respecto al uso final de las armas. Y es, precisamente, en este contexto, donde puede ser interesante valorar la necesidad de incluir un delito de omisa verificación, inspección, o control *ex post facto* acerca del uso que se realiza sobre el material exportado.

La competencia primaria de ese control *ex post* debería descansar, a mi juicio, en la empresa, que es quien se ha beneficiado económicamente de la operación de transferencia. No obstante, la revocación de la licencia de exportación es un extremo que compete en exclusiva al Estado exportador, por lo que también conviene involucrar al Estado en dicha operación de verificación final del uso del armamento. Tomarse en serio el control sobre el *uso final* de las armas es esencial para evitar desvíos indeseados y para prevenir su utilización letal para la vida e integridad de las personas. Carece de sentido normar el proceso de transferencia y de exportación, evaluando riesgos y situaciones de potencial riesgo de desvío, para posteriormente desentenderse en la fase más importante de todo el proceso de transferencia cual es la que afecta al uso y utilización final de las armas. Por motivos de espacio, me limito a apuntar la posibilidad de valorar este tipo de infracciones por si pudieran resultar de utilidad en el ámbito objeto de este estudio, resultando, por lo demás, evidente la imperiosa necesidad de una verificación posterior acerca de la utilización del material exportado a nivel administrativo.

3.2. Los límites normativos a la transferencia de armas y otros materiales en España conforme a la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, y al Reglamento 679/2014, de 1 de agosto, sobre control de comercio exterior de material de defensa y productos y tecnologías de doble uso

En un sentido muy próximo a lo establecido por las prohibiciones del art. 6 del Tratado de Comercio de Armas (2013) y a los criterios del art. 2 de la Posición Común (2008), el art. 8 de la Ley 53/2007 sobre el control del comercio exterior de material de defensa y doble uso, detalla una serie de criterios que el Estado debe emplear para *denegar* una autorización de exportación de armas, *suspender* una ya concedida, o *revocarla* en su caso.

Según el art. 8 el Estado debe denegar toda autorización de exportación (o debe suspenderla o revocarla) cuando dicha transferencia suponga un riesgo para la paz y la seguridad mundial o regional, cuando pueda emplearse para violar derechos humanos o efectuar represiones

internas, o cuando tengan como destino países con riesgo de desvío (“criterio humanitario”, letra a). Asimismo, se debe denegar toda autorización que contravenga los intereses generales de defensa nacional y de la política exterior del Estado (“criterio de interés nacional”, letra b), o que contravenga las directrices emitidas por la UE o de la OSCE (“criterio comunitario”, letra c). Finalmente, la ley obliga a denegar o a revocar una autorización que incumpla las obligaciones del Derecho internacional, esencialmente los embargos decretados por la ONU o la UE (“criterio de adecuación normativa”, letra d).

Por su parte, el Reglamento 679/2014, de 1 de agosto, de control de comercio exterior de material de defensa y productos y tecnologías de doble uso, desarrolla el contenido de las limitaciones que contempla la Ley 53/2007. Dichos criterios atienden, *grosso modo*, a criterios humanitarios y de preservación de la paz (art. 7.1 a), así como a la posible contravención de “intereses generales de seguridad, de la defensa nacional y de la política exterior del Estado” (art. 7.1.b). Además, los apartados c), d) y e) del art. 7.1 hacen referencia explícita a respetar las prohibiciones y obligaciones previstas en los arts. 6 y 7 del Tratado de Comercio de Armas, los criterios enumerados en la Posición Común de 2008 y los criterios de la OSCE, y las obligaciones de Derecho Internacional y del Derecho de la UE en materia de embargos y sanciones. Finalmente, el art. 7.1 f) del Reglamento dispone que se podrán revocar las autorizaciones de licencias de transferencia de material de defensa intracomunitarias (art. 28 Reglamento) por razones de protección de los “intereses esenciales de seguridad nacional o de orden público”.

En cualquier caso, tanto la Ley 53/2007, como el Reglamento 679/2014, prevén la revocación obligatoria de toda licencia concedida cuando se *incumplan* las condiciones de autorización de la exportación, o cuando haya existido una *omisión o un falseamiento de datos* por parte del país receptor (arts. 8.2 y 7.2 respectivamente),⁶⁸ que precisará la tramitación del oportuno expediente administrativo en el que será preceptivo la audiencia del interesado. Nótese que, de conformidad con el art. 2.2 c) de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, constituye un delito de contrabando quien exporta armas o material de defensa por más de 50.000 euros sin la oportuna licencia, o a quien, habiéndola obtenido, lo ha hecho mediante la declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos, o de cualquier otro modo ilícito.⁶⁹

⁶⁸ Adviértase que el incumplimiento con respecto al uso de las armas, conocida por el Estado exportador y/o la empresa productora, o la detección por parte del Estado de que se han falseado datos por parte del país receptor, son elementos que podrían, eventualmente, tener un claro impacto en la imputación de la complicidad en crímenes internacionales del Estado y/o la empresa según sean los casos. La actividad de comercio de armas, que es ciertamente peligrosa, está en principio autorizada siempre que se cumplan los estándares legales dados, y no haya una evidencia del riesgo inminente de uso delictivo de las armas. El conocimiento por parte de los operadores de exportación de un eventual incumplimiento en el uso por parte del usuario final de las armas sin la adopción de medidas de revocación (omisión), puede provocar la desvaloración penal de esas conductas como posible complicidad por omisión en un crimen internacional atendidas las circunstancias del caso. En este punto, solo puedo apuntar la interesante problemática que aquí cabe suscitarse, aunque ella excede el objeto de la presente contribución. Sobre ello véase *in extenso* SAAGE-MAAß *et al.* (2020), pp. 230-237.

⁶⁹ MARTÍNEZ BUJÁN (2013), pp. 502-503; también VÁZQUEZ-PORTOMENE (2022), pp. 224 y ss. La doctrina reconoce —con toda razón a mi juicio— que esta modalidad de contrabando se asocia con el peligro de la proliferación descontrolada de armas para la seguridad exterior del Estado y de terceros países, donde también se resalta que, con la incriminación del contrabando, se protegen mediatamente bienes jurídicos individuales, como la vida o la integridad moral.

En lo que sigue, me centraré exclusivamente en el criterio humanitario y de mantenimiento de la paz, ampliamente redactado en el art 7.1 a) del Reglamento de 2014, por resultar los demás criterios reiterativos o de menor interés para el objeto de este estudio.

Bajo dicho “paraguas humanitario”, el Estado debe denegar una exportación cuando concurren “indicios racionales” de que las armas o el material a transferir:

- “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 grave del derecho internacional de los derechos humanos o del DIH, o,
- cuando tengan como destino países con evidencia de desvíos de materiales transferidos o que puedan vulnerar los compromisos internacionales contraídos por España”.

Resulta digno de mención que tanto la Ley 53/2007, como el Reglamento 679/2014, incorporan expresamente los documentos que deben ser atendidos por el Estado para efectuar la evaluación de esos “indicios racionales” de riesgo de que el material que pretende ser transferido conculque los estándares humanitarios mencionados. A tal efecto, los arts. 8.1 a) de la Ley y el art. 7.1 a) *in fine* del Reglamento, consignan que dicha evaluación atenderá a:

- Los informes sobre transferencias emitidos por organismos internacionales en los que participe España.
- Informes de los órganos de derechos humanos y otros organismos de la ONU.
- Información facilitada por organizaciones y centros de investigación de reconocido prestigio en el ámbito del desarrollo, la paz y la seguridad, el desarme, la desmovilización y los derechos humanos; y
- Las mejores prácticas actualizadas descritas en la Guía del Usuario de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008.

A pesar de la amplitud con la que se formula el criterio humanitario, que otorga gran discrecionalidad al Estado para su concesión o denegación, y de la concreción de la información que debe ser atendida por la Administración, la praxis denegatoria en España es limitada,⁷⁰ y muchas veces adoptada sobre la base de la existencia de un embargo internacional sobre el Estado importador. Lógicamente el cumplimiento de las obligaciones internacionales y el respeto de los embargos impuestos es el límite más taxativo y concreto que las autoridades deben respetar. Sin embargo, no es el único criterio atendible de conformidad con la legalidad, pues esta fija —como se acaba de exponer— amplios criterios

⁷⁰ Véase, por ejemplo, para ver algunas de las denegaciones de los últimos años, (https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Informes_Estadisticas/Material%20Defansa%20Doble%20Uso/2020/estadisticas2020I.pdf; https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/CO/DSCD-14-CO-444.PDF). Confróntese asimismo en MELERO (2020 b), p.116.

que permiten a los Estados evaluar *in casu* la pertinencia de efectuar la autorización, o la necesidad de su suspensión o revocación. Indiscutiblemente, muchos de los criterios normativos que pueden limitar la exportación de armas son porosos y permiten amplia discrecionalidad a las autoridades, por lo que la transparencia de todo este proceso de autorización de transferencia de armas es la única herramienta de genuino control a la Administración en este segmento de actividad.

Con ello, damos paso a abordar el problema añadido que la legislación española tiene al haber declarado *secretas* en 1987 las actas e informes de la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso (en adelante: JIMDDU), que, como se ha indicado arriba, son obligatorias y vinculantes en todo expediente de autorización de una exportación de armamento.

3.3.El secreto de las actas e informes de la Junta Interministerial reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso y su posible control jurisdiccional

El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 13 de marzo de 1987, declaró materia clasificada las actas de la JIMDDU, de modo que su contenido no puede comunicarse, difundirse o utilizarse fuera de los límites legales (art. 13 Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (LSO). Por su parte, el art. 2 de la LSO establece que se podrán “declarar materias clasificadas los asuntos, actos, documentos (...) cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la «seguridad y defensa» del Estado”, si bien dicha clasificación no afectará a las Cortes Generales, “que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas” (art. 10.2 LSO).

Dada la paradoja de que las actas e informes de la JIMDDU son secretas desde el año 1987, y además obligatorias y vinculantes para la concesión de una licencia de exportación de armas,⁷¹ el control sobre dichas autorizaciones se haya en España fuertemente comprometido, cuestión que no es baladí si tenemos en cuenta que España se encuentra entre las diez potencias exportadoras de armamento del mundo.⁷²

De hecho, de conformidad con el art. 16 de la Ley 53/2007, el Gobierno debe enviar semestralmente al Congreso de los Diputados la información sobre las exportaciones de armamento, indicando al menos “el valor de las exportaciones por países de destino, las categorías descriptivas de los productos, las asistencias técnicas, el uso final del producto, la naturaleza pública o privada del usuario final, así como las denegaciones efectuadas”.⁷³ Por su parte, el Secretario de Estado de Comercio comparecerá anualmente ante la Comisión de

⁷¹ Art. 14 de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

⁷² Véase la tabla completa en SIPRI https://armstrade.sipri.org/armstrade/html/export_toplist.php (consultado el 26-10-2022).

⁷³ Téngase en cuenta a este respecto que el art. 12 del Tratado de Comercio de Armas obliga a los Estados parte a llevar registros nacionales de las autorizaciones de exportación emitidas. Asimismo, el art 12.3 *aliena* a los Estados parte a incluir en esos registros información acerca de “la cantidad, el valor y el modelo o tipo de armas” objeto de transferencia.

Defensa del Congreso de los Diputados para informar sobre las estadísticas del último período de referencia (art. 16.2 Ley 53/2007).

Uno de los principales problemas que tiene el control parlamentario es que este se produce *a posteriori* de que las autorizaciones se hayan formalizado, por lo que no tiene ningún impacto en la posible modificación de las mismas. Se trata de un trámite informativo posterior que no transcurre en paralelo —ni siquiera próximo en el tiempo— tal y como algunos grupos parlamentarios del Congreso han recalcado (entre otros PP, PNV, EH-Bildu y ERC).⁷⁴ En este contexto, y teniendo en cuenta el limitado control parlamentario sobre las exportaciones, la ciudadanía solo dispone del control jurisdiccional como única vía para comprobar el estado de juridicidad de la licencia de exportación de armas. A este respecto el control judicial puede efectuarse de dos formas. Por un lado, se podría atacar el “acto de clasificación” en sí que declaró secretas las actas de la JIMDDU y que proviene del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 1987. Y, por otro lado, se podría impugnar el concreto expediente de autorización de licencias de armas por parte del cualquier administrado con interés legítimo.

En relación con los actos de clasificación en sí, España cuenta con la histórica sentencia de los papeles del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), relacionados con la trama GAL (terrorismo de Estado en el marco de la lucha contra el terrorismo etarra), STS 2391/1997, de 4 de abril, en la que se possibilitó el control judicial de los actos de clasificación. En esta sentencia, el Tribunal Supremo (TS) español declaró que, a pesar de que los actos de clasificación del Consejo de Ministros puedan ser *actos políticos*⁷⁵ ello no obsta para que los tribunales, en virtud de una lectura conjunta de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución Española (que propugnan la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la tutela judicial efectiva respectivamente) asuman aquel control “cuando el legislador haya definido, mediante conceptos judicialmente asequibles, los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política...”. En esos casos -prosigue el TS- los tribunales deben “aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión”.

Por tanto, los actos de clasificación de información, como el que afecta a las actas e informes de la JIMDDU, son susceptibles de control jurisdiccional por parte de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo español. En ese caso, el TS podría evaluar si el acto de clasificación se ha llevado a cabo de conformidad con los parámetros ofrecidos por el ordenamiento jurídico, ponderándose, en todo caso, los diversos intereses en liza, sobre todo en lo que afecta a los derechos fundamentales y a la preservación de la “defensa y seguridad nacional”. No obstante, tiene razón la doctrina administrativista cuando advierte que el control jurisdiccional a este respecto es limitado, puesto que lo que afecta a

⁷⁴ Véase las posiciones de estos Grupos Parlamentarios, véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, XIV Legislatura, núm.121, de 29 de junio de 2020, pp. 7 y ss.

⁷⁵ Sobre el debate en el ámbito administrativo de qué naturaleza ostentan los actos de clasificación, véase *in extenso*, MELERO (2000), pp. 249-250 con importantes referencias doctrinales; MELERO (2008), pp. 18-19. Asimismo, BACIGALUPO SAGESSE (1998), pp. 206 y ss., notas 6 y 7.

la “seguridad y defensa nacional” es un concepto jurídico indeterminado sometido, por tanto, a un notable grado de indeterminación y discrecionalidad.⁷⁶

Por otro lado, la otra vía de control judicial es evaluar la juridicidad de un concreto expediente de autorización de una exportación de armas acudiendo al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como ha ocurrido recientemente con *Greenpeace España* con las exportaciones de armamento a Arabia Saudí. En este caso la ONG española interpuso un recurso contencioso-administrativo –tramitado por el procedimiento especial de derechos fundamentales, en este caso para salvaguardar el derecho a recibir una información veraz (art. 20 d) de la Constitución Española)– contra la resolución denegatoria de información del Director General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, de 15 de septiembre de 2020. En dicha resolución se rechazó el acceso a la información sobre la exportación a Arabia Saudí de portamorteros Alakran 120 mm de la empresa *New Technologies Global Systems* (NTGS., S. L), atendiendo a los límites expresos que imponen la Ley de Transparencia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre)⁷⁷ y el secreto de las actas e informes de la JIMDDU en materia de seguridad y defensa nacional y protección de intereses económicos y comerciales.

Dicha denegación fue convalidada por los tribunales de instancia y por la STS 319/2023, de 7 de febrero, que resolvía el recurso contencioso-administrativo interpuesto por *Greenpeace* contra la resolución de 15 de septiembre de 2020. La Sala Tercera ha convalidado la denegación de información sobre el expediente de exportación, alegando que el art. 105 b) CE determina que el acceso a los archivos y registros será determinado por la ley, salvo lo que afecte a la «seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas», que serían límites expresos al acceso de archivos por parte de la ciudadanía. En este sentido, el TS considera que la Ley de Transparencia de 2013 (arts. 12 y 14) y la Ley de Secretos Oficiales de 1968 contienen límites legales al acceso a la información sobre exportación de armas, sin entrar en mayor valoración sobre el fondo, invocando sin más la existencia de dichos límites legales al acceso al expediente de exportación. Por lo demás, la Sala estima —en su fundamento jurídico quinto— que la denegación de información sobre el expediente de exportación de armas a Arabia Saudí no afecta al derecho fundamental a la libertad de información del art. 20 CE, sino solo, y exclusivamente, al art. 105 b) CE que no contempla ningún derecho fundamental, sino tan solo un derecho subjetivo de menor rango, delimitado por las dos leyes antes citadas.

No obstante, a este respecto parece oportuno valorar si, de *lege ferenda*, es admisible que en un Estado de Derecho las actas e informes de la JIMDDU sean de plano clasificadas como secretas en todos sus extremos, sobre todo en lo que afecta a la *motivación* que los miembros de la Junta Interministerial deben efectuar para autorizar una exportación de armas de conformidad con los límites normativos comentados con anterioridad. Atendiendo a los riesgos manifiestos que toda exportación comporta, el control estatal de la transferencia de armamento se realiza de conformidad con las normas nacionales (Ley 53/2007 y el

⁷⁶ MELERO (2000), p. 250; LOZANO (1997), pp. 23-24, señalando que a pesar de que los actos de clasificación hayan sido calificados por el TS como actos de dirección política, susceptibles de cierto control jurisdiccional, en realidad, se trata de actos administrativos discrecionales.

⁷⁷ Concretamente los límites se localizan en el art. 14 de la Ley de Transparencia, 19/2013, de 9 de diciembre.

Reglamento 679/2014 sobre comercio exterior de armas) en consonancia con los límites normativos que nos imponen las normas internacionales (Tratado de Comercio de Armas, 2013 y la Posición Común de la UE, 2008). La actividad de control estatal se encuentra así fuertemente delimitada por las leyes, y no es de recibo que dicha actividad administrativa de control esté fuera de todo escrutinio público, si no es pasando por el control jurisdiccional que exige plantear un recurso contencioso-administrativo para intentar desclasificar una información secreta.⁷⁸

A este respecto la cuestión no es solo que podamos controlar judicialmente la información clasificada (pues lo contrario es incompatible con la Constitución Española), sino si dicha clasificación es admisible en sí misma considerada. En materia de exportación de armas y otro material de doble uso, las normas jurídicas (nacionales e internacionales) regulan la actividad estatal de concesión de una exportación de armas, dotándola de amplio margen de discrecionalidad, por lo que, a mi juicio, carece de sentido normar la actividad administrativa de control sobre las exportaciones para acto seguido declarar *secretas* las actas y los informes que provienen de la junta interministerial, impidiendo así conocer las razones que avalan o no la concesión de la licencia de exportación de las armas.

La exportación de armamento es una actividad que, por su propia naturaleza, implica no pocos riesgos para la paz, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas, donde además confluyen múltiples intereses económicos, sociales y comerciales que pueden entrar en conflicto con la debida protección de los derechos humanos de terceros localizados lejos de nuestras fronteras.⁷⁹ Por esta razón, cuando se pretende regular la exportación de armamento, no atender a ese evidente conflicto de intereses que requiere la debida transparencia y control por parte de la sociedad civil,⁸⁰ solo puede conducir a autorizar exportaciones irresponsables y a convertir los límites legales en algo netamente cosmético. Adicionalmente a ello, comparto la opinión del profesor MELERO ALONSO que considera que el acto de clasificación de 1987 de las actas de la JIMDDU podría ser ilegal atendiendo a dos razones fundamentales. En primer lugar, porque no parece haber una verdadera conexión entre el comercio de armamento y la seguridad nacional y sí entre la venta de armas y los

⁷⁸ En sentido parecido también, JANER (2016), pp. 69 y ss.

⁷⁹ Se hace eco de ello, expresamente, el preámbulo del TCA (2013) reconociendo “los intereses legítimos de orden político, económico, comercial y de seguridad de los Estados en relación con el comercio internacional de armas convencionales (...)”. Por su parte debemos recordar la importante regla de prevalencia que recoge la PC (2008) en su artículo 10, cuando establece que: “Si bien los Estados miembros, cuando proceda, podrán también tener en cuenta el efecto de las exportaciones propuestas en sus propios intereses económicos, sociales, comerciales e industriales, estos factores no afectarán a la aplicación de los criterios anteriores” (entre los que se encuentran los criterios humanitarios). De ese modo, desde el plano jurídico, los criterios humanitarios están por encima de los intereses comerciales o económicos, y no a la inversa como, en ocasiones, muestra tozudamente la praxis. En sentido crítico, véase MELERO (2020 a), pp. 102 y ss.

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2013, sobre las exportaciones de armamento, [2013/2657\(RSP\)](#), numeral 4, donde se reconoce que “los parlamentos nacionales (...) deben garantizar un control eficaz de la aplicación y la ejecución de las normas recogidas en la Posición Común en el ámbito nacional y de la UE, y en relación con el establecimiento de un sistema de control transparente que incluya una obligación de rendir cuentas”. En 2020 el Parlamento Europeo ha señalado la pertinencia de crear “mecanismos de sanción” para Estados de la UE que realicen exportaciones que sean “claramente incompatibles” con los ocho criterios de la PC; véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC ([2020/2003\(INI\)](#)), numeral 19.

intereses de la industria armamentística española.⁸¹ Y, en segundo lugar, porque como expone Melero mucha información sobre exportación de armas ya trasciende a la opinión pública, por lo que la transparencia en esta materia difícilmente compromete la seguridad nacional, pues, si así fuese, la propia Administración debería proteger el secreto de dicha información en aplicación del art. 9.2 de la LSO cuando el material clasificado llegase a los medios de comunicación, cosa que -como se observa en la praxis- no parece suceder.⁸² Nótese además que tanto el TCA (art.12) como la PC (art. 8) abogan por una “política de transparencia y convergencia” en la concesión de las exportaciones, en la que se detalle el valor y el tipo de armas exportadas y los destinatarios, por lo que el secreto a este respecto resulta excesivo y no parece tener ninguna justificación racional, sobre todo en lo que afecta al análisis y motivación que la Administración pública debe realizar en el proceso de concesión de la exportación de armas.

En cualquier caso, y unido a lo anterior, debe mencionarse que las Cortes Generales han recibido recientemente el Proyecto de Ley (en adelante: PL) sobre Información Clasificada, auspiciado por el Ministerio de la Presidencia y Memoria Democrática en el mes de agosto de 2022. Dicho Proyecto de Ley contiene algunos aciertos, pero notables problemas, pues, por un lado, amplía las materias susceptibles de clasificación, y además ensancha también el círculo de personas que pueden decretar la clasificación de una información respecto a la ley actual vigente⁸³, por lo que la situación de la información clasificada en España, lejos de mejorar puede empeorar notablemente.

En lo que afecta a las materias clasificadas, la norma proyectada dimensiona notablemente las materias que pueden ser clasificadas como secreto (art. 3 PL), entre las que se incluyen los “intereses económicos o industriales de carácter estratégico” o “*cualquier* otro ámbito cuya salvaguarda requiera de un alto grado de protección”. Asimismo, el PL amplifica enormemente la competencia subjetiva para decretar la clasificación de material “restringido” y “confidencial”, pues entre otros aparecen los titulares de las Secretarías de Estado y Subsecretarías, (...) y Director de Instituciones Penitenciarias (art. 4.2), aunque la clasificación como “alto secreto” o “secreto” seguirá recayendo en exclusiva en el Consejo de Ministros. Para evitar toda posible inconstitucionalidad ante la desmesurada posibilidad de clasificación, el PL sobre Información Clasificada prevé que los ciudadanos con “derecho o interés legítimo” puedan interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del TS contra el acto o diligencia de clasificación (art. 37). Adicionalmente, también se contempla el acceso a la información clasificada en el seno de un proceso judicial, donde los jueces competentes -de cualquier orden- puedan solicitar a la Sala Tercera del TS la

⁸¹ MELERO (2008), p. 25. En el mismo sentido, también HAVA (2021), p. 323.

⁸² MELERO (2008), pp. 26-29.

⁸³ En el mismo sentido, PUENTE (2022), pp. 3, 8-9, 11 considerando que la regulación proyectada en 2022 puede resultar inconstitucional por ampliar en exceso las materias objeto de clasificación, y por la amplitud de personas que pueden clasificar la misma. Sobre las críticas doctrinales a los diversos intentos fallidos de reforma de la LSO en los años 90', BACIGALUPO SAGESSE (1998) pp. 222, 227 y ss. y notas concordantes, evidenciando que la doctrina se ha mostrado muy reacia a la inclusión de una lista cerrada de materias susceptibles de clasificación por entrar precisamente en liza con el art. 105 CE, que resalta expresamente que la clasificación solo es posible cuando la información afecte a la “seguridad y defensa nacional”. También OTERO (2000), p. 53, nota 91.

información clasificada, siempre que ello resulte “indispensable para el desarrollo de las actuaciones o la resolución del asunto” (art. 38).

En cualquier caso, y al margen de las acertadas críticas que se han vertido sobre este PL, el problema del secreto de Estado no es solo el de su control judicial, que desde la histórica sentencia de los papeles del CESID del año 1997 se podía llevar a cabo, si no el del delicado asunto de su uso. El Estado debe emplear con total mesura las materias e informaciones que declara secretas, haciendo de dicha actividad la *excepción* y no la regla. La idea de ciudadanía libre y comprometida, la propia noción de Estado de Derecho debe vincularse fuertemente con la idea de transparencia y rendición de cuentas, por lo que el secreto de Estado que compete al Poder Ejecutivo debe ser muy limitado y siempre susceptible de control jurisdiccional.

Con independencia del atávico problema del secreto de las actas e informes de la JIMDUU, podría plantearse una eventual querrela por delito de prevaricación administrativa (art. 404 Código penal español), toda vez que se considere que una concreta licencia de exportación es abiertamente ilegal a tenor de los límites jurídicos que las normas nacionales e internacionales imponen al Estado en materia de exportación de armamento.

Dicha querrela debería eventualmente dirigirse contra el titular de la Secretaría de Estado de Comercio, que es la autoridad encargada de conceder o denegar la licencia de exportación de armas (art. 5.1 Reglamento 679/2014). El delito de prevaricación administrativa de un determinado expediente de exportación podría plantearse cuando se trate de una concesión arbitraria, bien por la “omisión de trámites esenciales”, bien por la “falta de competencia” para resolver, o por el “propio contenido sustancial de la resolución”, esto es, que la decisión no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable.⁸⁴ Asimismo, el tipo penal del delito de prevaricación exige que la autoridad actúe “a sabiendas de su injusticia”, que para la jurisprudencia consiste en “que se haya dictado con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con conocimiento de actuar *contra* los parámetros decisionales establecidos en el ordenamiento jurídico para resolver tal cuestión”.⁸⁵ Con ello, se resalta, pues, que toda prevaricación persigue no la mera ilegalidad, sino la pura arbitrariedad de los funcionarios o autoridades que se desvían de la práctica administrativa normal de una manera “flagrante, notoria y patente”, donde el autor dicte una resolución que (...) provenga “pura y simplemente de una voluntad injustificable revestida de una aparente fuente de normatividad”⁸⁶.

A pesar de que la admisión de este tipo de querrelas por delito de prevaricación será muy residual, ello no puede desdeñarse de plano; en ese ámbito es donde puede revitalizarse la necesidad de visar el expediente completo, donde el juez de instrucción solicitará el levantamiento del secreto de las actas e informes de la JIMDDU en las que se basa directamente la ulterior concesión de la licencia de exportación contraria a Derecho.

A este respecto, y atendiendo a los criterios analizados anteriormente, parece que una exportación concedida contraviniendo la existencia de un embargo o en violación de alguna

⁸⁴ Por todas, STS 657/2021, de 28 de julio.

⁸⁵ SSTS 657/2021, de 28 de julio; 1021/2013, de 26 de noviembre; 443/2008, de 1 de julio.

⁸⁶ Entre otras, STS 908/2021, de 24 de noviembre.

obligación internacional podría ser constitutiva de una prevaricación administrativa, cumplidos, por lo demás, todos los requisitos objetivos y subjetivos que el tipo requiere. Sin embargo, en otro tipo de expedientes, en los que la eventual concesión de la exportación pueda colisionar con la protección de los DDHH o con el DIH, la discrecionalidad aumenta y la autoridad deberá atender al grado de riesgo que la operación comporte de cara al empleo del armamento para atender contra los DDHH, el DIH, o para favorecer un desvío indeseado. En esos casos, a medida que aumenta la discrecionalidad administrativa (margen de decisión plural), disminuye la posibilidad de calificar como prevaricación la concesión de una licencia de exportación de armas, pues esta se circunscribe a ilegalidades manifiestas.

No obstante, lo anterior no debe impedir la calificación como *ilícita* de toda exportación concedida en abierta confrontación con algunos de los criterios analizados, y podrá tildarse como una exportación claramente irresponsable. Ello es precisamente lo que sucede con las exportaciones de armas a Arabia Saudí, criticadas tanto por el Parlamento europeo,⁸⁷ como por los expertos.⁸⁸ Recuérdese a este respecto que un tribunal administrativo de apelación de Reino Unido anuló una exportación de armamento concedida a Arabia Saudí ante la petición de importantes ONG,⁸⁹ considerando que esta no podía justificarse atendiendo al riesgo de utilización de las armas por Arabia Saudí en el conflicto armado en Yemen.

⁸⁷ Por un lado, la Resolución del Parlamento Europeo de 2020 instó, a todos los Estados de la UE a que se abstengan de “vender armas y cualquier equipo militar a Arabia Saudí, a los Emiratos Árabes Unidos y a cualquier otro miembro de la coalición internacional, así como al Gobierno yemení y a otras partes del conflicto”. Adicionalmente, el Parlamento destacó “la oportuna decisión de los Gobiernos de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, los Países Bajos y Finlandia de aplicar restricciones a sus exportaciones de armas a países que formen parte de la coalición dirigida por Arabia Saudí implicada en la guerra del Yemen”, y recuerda que dichas exportaciones violan claramente la Posición Común; véase Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC (2020/2003(INI)), numerales 10 y 11. Por otro lado, en 2021 el Parlamento ha subrayado que “los exportadores de armas que alimentan el conflicto en Yemen incumplen varios criterios de la Posición Común 2008/944/PESC del Consejo sobre las exportaciones de armas, jurídicamente vinculante; y solicita una vez más (...) la prohibición a escala de la Unión de la exportación, la venta, la actualización y el mantenimiento de cualquier tipo de equipamiento de seguridad para los miembros de la coalición, en particular Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos, habida cuenta de las graves vulneraciones del Derecho internacional humanitario y en materia de derechos humanos cometidas en Yemen”; Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2021, sobre la situación humanitaria y política en Yemen (2021/2539- RSP), numerales 12 y 13.

⁸⁸ Véase, entre otros, el informe elaborado por expertos sobre la muy discutible legalidad de toda exportación de armas a Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y otros miembros de la coalición que actúa en Yemen, DAVID *et al.* (2019), *passim*, “Opinion on the Legality of Arms Transfers to Saudi Arabia, The United Arab Emirates and other members of the coalition militarily involved in Yemen”, en línea: https://ipisresearch.be/wp-content/uploads/2019/12/191209-Yemen-EN_WEB-2.pdf; véase también el informe presentado por Amnistía Internacional, FundiPau, Greenpeace, y Oxfam sobre “Armas sin control. Un oscuro negocio marca España” de septiembre de 2017. Asimismo el informe detallado de Amnistía Internacional de diciembre de 2015 sobre bombardeo a civiles en Yemen tanto por las fuerzas nacionales yemeníes y la coalición liderada por Arabia Saudí, y las fuerzas huzíes; texto disponible en línea, <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3130262015ENGLISH.PDF>

⁸⁸ Véase al respecto, por ejemplo, el amplísimo informe de la ONG estadounidense, *Human Rights Watch* (HRW) “Hindind behind the coalition. Failure to Credibly Investigate and Provide Redress for Unlawful Attacks in Yemen” de Agosto de 2018, disponible en línea https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/yemen0818_web.pdf

⁸⁹ Court of Appeal, the Queen (on the application of Campaign against Arms Trade) vs. secretary of State for International Trade and others 20-6-2019, EWCA Civ 1020; <https://advocatetamoy.com/2019/06/30/the->

4. Consideraciones conclusivas y propuestas de *lege ferenda*

Ante las actividades potencialmente peligrosas que impulsa el mundo globalizado, los Estados cumplen un importante papel de control y seguridad de las actividades de las empresas y de los particulares sometidos a su jurisdicción.

En este texto se han resaltado los peligros para la paz y seguridad humana que la exportación de armas acarrea, y se han analizado los límites normativos que se imponen a la exportación de armas y material de doble uso. Adicionalmente, la necesidad de limitar el comercio de armas proviene también de los notables intereses contrapuestos, donde la paz y la seguridad pueden colisionar con importantes intereses económicos, sociales e industriales de los Estados. Por este motivo, y partiendo de la indiciaria prevalencia que la legislación internacional otorga a los intereses humanitarios y de seguridad frente a los puramente económicos y sociales,⁹⁰ es esencial que la labor de control estatal quede consignada en documentos que permitan una mínima rendición de cuentas ante la ciudadanía. De poco sirve que existan límites legales a las exportaciones si se sustraen del control general al justificarse a través de documentos secretos, inaccesibles al escrutinio público, como ocurre en España. Como ha destacado JANER TORRENS, el secretismo de las actas de la JIMDDU agudiza sobremanera la ausencia de un control efectivo sobre el cumplimiento de los límites normativos a la exportación.⁹¹

Por lo demás, la normativa española que regula las exportaciones de armas y el material de doble uso está en consonancia con la normativa internacional vinculante para España, y parece lo suficientemente clara y amplia para efectuar, en principio, una ordenación razonable sobre el comercio exterior de armas. Sin embargo, el amplio margen de discrecionalidad estatal para la autorización de exportaciones⁹² unido al problema mencionado del secreto de las actas de la Junta Interministerial, genera un exiguo control de la actividad de la Administración en esta materia.

Por esta razón, de *lege ferenda* sería deseable acabar con el secreto de las actas, o, al menos, matizarlo de manera que trascendiese -al menos- la *valoración estatal* sobre los límites que imponen el TCA y la PC, para así favorecer la transparencia y la rendición de cuentas en este concreto ámbito. La discrecionalidad estatal que la ley permite a las autoridades españolas puede tornarse en proscrita arbitrariedad, si no existe la adecuada rendición de cuentas de la Administración ante ciertas exportaciones de riesgo cuando no flagrantemente irresponsables. Coincido, por tanto, con MELERO en que la transparencia en materia de exportación de armas no afecta genuinamente a la defensa y seguridad nacional, en la medida que *de facto* dicha información sí trasciende a la ciudadanía, que conoce lo que se vende y hacia dónde se vende, por lo que el secreto de las actas de la JIMDDU no parece estar justificado. A este respecto téngase en cuenta que la normativa de la UE obliga a presentar,

[queen-on-the-application-of-campaign-against-arms-trade-v-secretary-of-state-for-international-trade-and-others-20-6-2019](#) / Para un resumen del fallo, MILLER (2019), pp. 195-201.

⁹⁰ Art. 10 de la PC de 2008.

⁹¹ JANER (2016), p. 68.

⁹² En el mismo sentido, MARRERO (2011), pp. 683-685.

al menos, la cantidad y el valor totales tanto de las licencias concedidas como de las exportaciones reales, desglosadas por país de destino y categoría de la Lista Militar de la UE, de modo que difícilmente puede tratarse de una información que necesite ser clasificada en toda su extensión.⁹³

En relación con el derecho penal, y desde la perspectiva de *lege lata*, no es descartable que entren en consideración varios delitos. En lo que afecta al Estado, como único y principal organismo de control de las exportaciones, podría considerarse el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP), aunque aparecen los problemas antedichos para su consideración, puesto que el amplio margen de discrecionalidad dificulta enormemente la apreciación del delito. En relación con los particulares, podrá considerarse el delito de contrabando (art. 2.2 c) LO 12/1995, de 12 de diciembre) siempre que los operadores exporten sin licencia administrativa previa, o presenten ante la Administración datos falsos sobre la naturaleza o destino de las armas, o exporten de otro modo ilícito. Asimismo, podría construirse una eventual (¡aunque difícil!) responsabilidad penal por participación en un crimen internacional (art. 25.3 c) ECPI) cuando pueda probarse que el suministro de armas se hizo de forma intencional para favorecer un crimen ajeno, donde aparecerá el problema del doble dolo y su prueba. A este respecto deberá calibrarse qué responsabilidad le corresponde al Estado, como organismo autorizante y de control, y qué responsabilidad transcurre en paralelo, aunque de forma independiente, para la empresa española que exporta las armas.

Desde la perspectiva de *lege ferenda*, convendría estudiar si el Derecho Penal de la globalización, fundamentalmente de los países de la Unión Europea, debe castigar las conductas de los funcionarios y de los directivos de las empresas que no efectúan el adecuado control y seguimiento de las armas exportadas una vez están suministradas al país de destino (deberes de control post-exportación),⁹⁴ a modo de un delito de omisión pura de garante. Más allá de los clásicos delitos de comercialización o depósito ilegal de armas como delitos contra el orden público, la evitación del desvío indeseado hacia grupos criminales y la comprobación del uso final de las armas son deberes irrenunciables de los Estados y de los operadores privados, cuya infracción podría generar responsabilidad penal en el sentido antedicho de *lege ferenda*.

⁹³ Véase: Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2020, sobre las exportaciones de armas: aplicación de la Posición Común 2008/944/PESC (2020/2003(INI)), numerales 4, 5.

⁹⁴ Recuérdese a este respecto que, por ejemplo, el CP español cuenta con prevaricaciones especiales de funcionarios en materia de ordenación del territorio (art. 320.1) y medio ambiente (art. 329 CP), sancionadas con penas de prisión y multa y accesorias de inhabilitación especial, cuando los funcionarios informan favorablemente licencias a sabiendas de su injusticia que incumplen la legislación vigente, o que con motivo de la inspección, silencian la infracción de dichas normas, o cuando no hayan realizado (hayan omitido) la realización de inspecciones obligatorias. Salvando las distancias oportunas con los fenómenos que afectan a la ordenación del territorio o al medio ambiente, de las que soy plenamente consciente, es evidente que, en el comercio exterior de armas, confluyen muchos intereses en juego, industriales y económicos, y donde la obligatoriedad de la concesión de la oportuna licencia administrativa de exportación de armas (como ocurre también en la protección del medio ambiente y la ordenación del territorio) coloca a los funcionarios ante deberes especiales de actuar para evitar que los particulares (dedicados profesionalmente a los sectores de producción de armas convencionales y material de doble uso) efectúen exportaciones antijurídicas en escenarios de riesgo manifiesto.

Estados y empresas deben asegurar en la medida de lo posible un uso responsable del armamento letal puesto a disposición de terceros. La realización de dichas conductas de control *ex post* protegerá intereses colectivos esenciales, y favorecerá de forma difusa los DDHH, la paz y la seguridad mundial y evitará algunos desvíos de armas hacia el crimen organizado.⁹⁵ Como se ha mencionado anteriormente, el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento sobre control del comercio exterior de armas y material de doble uso, prevé expresamente en su art. 7 la posible «suspensión y revocación» estatal de licencias de exportación por parte del titular de la secretaría de Estado de Comercio. Para que el Estado pueda revocar o suspender una licencia es necesario que ello venga precedido de un adecuado control y seguimiento de lo exportado, donde las autoridades y los operadores privados comprueben y verifiquen que las armas han llegado al destino y se emplean para aquello que han sido exportadas. Por esta razón, pareciese oportuno sancionar de *lege ferenda* a quienes, habiendo exportado armamento a terceros, no realicen el adecuado control y seguimiento del mismo una vez este llega a su destino. Dicho deber de control y seguimiento le compete primariamente al impulsor del expediente, quien debe reportar el Estado, para que este, en su caso, resuelva sobre el expediente de suspensión o revocación de esa licencia.

La protección de la paz y de los derechos humanos exige la creación de escenarios de control sobre el uso final de las armas y el material de doble uso, puesto que ellos son instrumentos empleados para cometer delitos muy graves contra las personas. El comercio de armas presupone para su licitud que los terceros hagan un uso adecuado del mismo para defenderse o para realizar actividades lícitas (dentro del riesgo permitido), pero por su potencial letal deben establecerse cautelas adicionales, que no concurren en la compraventa de productos inocuos o de menor lesividad. Por ello, y frente a actividades peligrosas, se articulan las vías estatales de control administrativo anteriormente analizadas para valorar la pertinencia de una autorización de una exportación de armamento determinada. En la medida que la protección de los derechos humanos compete de forma independiente y autónoma al Estado y a los particulares, parece necesario ampliar la protección penal más allá del delito de contrabando, e incriminar la conducta de la omisa inspección o control del uso empleado de las armas tras la exportación. Este expediente debe valorarse en el contexto del Derecho punitivo de un mundo globalizado, donde particulares y empresarios deben comprometerse en la verificación del uso final del material objeto de exportación y, en su caso, reportar al Estado para que este proceda a la revocación de la licencia de exportación.

⁹⁵ Véase en sentido próximo, NIETO (2020) p. 161, quien plantea la necesidad de que el derecho penal económico europeo se haga cargo de la dimensión humanitaria que los delitos económicos pueden conllevar. A este respecto destaca Nieto que es discutible que el delito de contrabando capte el desvalor que el comercio de cierto material conlleva, por lo que estima que “es preciso reflexionar sobre una nueva generación de infracciones que tengan en cuenta los avances de la regulación, estableciendo obligaciones positivas de protección de los derechos humanos y que complementen las ya clásicas de Derecho penal internacional”. En todo caso el profesor Nieto considera que la receptación de bienes producidos mediante la violación de DDHH sería uno de los delitos más importantes al respecto, apuntando como bien jurídico general el “comercio internacional libre de violaciones de derechos humanos” en concomitancia con el bien jurídico de “competencia leal entre competidores en el mercado. En sentido parecido, también, MUÑOZ DE MORALES (2020), p. 983.

Bibliografía citada

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Borja Álvaro (2018): “A Balance of Risks: The Protection of Human Rights in International Arms Trade Agreements”, en: *Security and Human Rights* (N°12), pp. 199-215.
- AMBOS, Kai (2021): “¿Complicidad en crímenes internacionales mediante suministro (legales) de armas? Una contribución a los problemas de imputación en el marco de cadenas de suministro”, en: *Política Criminal* (vol. 16, n° 31), pp. 358-380.
- AMNESTY INTERNATIONAL (2016): Yemen: “Our Kids are bombed: schools under attack in Yemen”. Disponible en: <https://tinyurl.com/2hnrdrgrf> [visitado el 13/07/2023].
- BACIGALUPO SAGESSE, Mariano (1998): “El control judicial de los actos del gobierno por los que se acuerda clasificar o no descalificar secretos oficiales. (A propósito de las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997)”, en: *Boletín Oficial de la Facultad de Derecho de la UNED* (n° 13), pp. 203-247.
- BOBADILLA BARRA, CARLOS (2021): “El delito de tráfico de armas del art. 10 de la Ley No17.798. Especial referencia a la interpretación de las conductas de ofrecer y celebrar convenciones”, en: *Política Criminal* (vol. 16, n°32), pp. 678-614.
- BREHM, Maya (2007): “The arms Trade and States’ Duty to ensure respect for humanitarian and Human Rights Law”, en: *Journal of Conflict and Security Law* (vol. 12, N°3) pp. 359-387.
- CHRISTENSEN, James (2019): “Arming the Outlaws: The moral limits of the Arms trade”, en *Political Studies* (Vol. 67, N°I), pp. 116-131.
- DAVID, Éric; TURP, Daniel; WOOD, Brian; AZAROVA, Valentina (2019) “Opinion on the Legality of Arms Transfers to Saudi Arabia, The United Arab Emirates and other members of the coalition militarily involved in Yemen”, Disponible en: <https://tinyurl.com/2hggqzve> [visitado el 13/07/2023].
- ERICKSON, Jennifer L. (2015): *Dangerous trade. Arms exports, human rights and international reputation* (NY, Columbia University Press).
- FEINSTEIN Andrew; HOLDEN Paul; PACE Barnaby (2011): “Corruption and the arms trade: sins of commission”, en: *SIPRI Yearbook 2011: Armaments, Disarmament and International Security*, pp.13-35. Disponible en: <https://tinyurl.com/2pzv3vka> [visitado el 13/07/2023].
- FEINSTEIN Andrew; HOLDEN Paul (2020): “The Failure of Regulation of the Global Arms Trade as a Consequence of High-Level Conflicts of Interest”, en: *The Brown Journal of World Affairs* (vol. XXVII, Issue 1), pp. 23-26.
- FUKUI, Yasuhito (2015): “The Arms Trade Treaty: Pursuit for the Effective Control of Arms Transfer”, en: *Journal of Conflict & Security Law* (Vol. 20 N°2), pp. 301-321.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración (2021): *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración (2022): “El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo”, en: *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales* (n° 88), s/p.

GARROCHO, Ana: “Los límites humanitarios al comercio exterior de armas convencionales: algunos apuntes de su importancia para el derecho penal”.

- HAVA GARCÍA, Esther (2021): “Control estatal de las armas: factores de criminalización”, en: GARCÍA RIVAS, Nicolás (coord.), *Criminalización del radicalismo violento. Un debate europeo* (Madrid, Iustel), pp. 301-324.
- HUMAN RIGHTS WATCH (HRW) (2018): “Hiding behind the coalition. Failure to Credibly Investigate and Provide Redress for Unlawful Attacks in Yemen” de Agosto de 2018. Disponible en: <https://tinyurl.com/2eyarq2q> [visitado el 13/07/2023].
- JANER TORRENS, Joan David (2016): “Política europea de control de las exportaciones de armas convencionales y seguridad humana: mecanismos para fomentar el respeto de los Derechos Humanos”, en: *Revista Española de Derecho Internacional* (vol. 68 N°1), pp. 49- 71.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (1997): “En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado”, en *Jueces para la Democracia* (n° 29), pp. 20-28.
- LUSTGARTEN, Laurence (2015): “The Arms Trade Treaty: Achievements, Failings, Future”, en: *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 64, n°3), pp. 569-600.
- MARRERO ROCHA, Inmaculada (2011): “El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (n° 40), pp. 669-700.
- MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos (2013): *Derecho penal económico de la Empresa* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Mehra, Tanya; Wentworth, Matthew (2021): “The Rise of the Taliban in Afghanistan: Regional Responses and Security Threats”. Disponible en: <https://tinyurl.com/2849zvlv> [visitado el 13/07/2023].
- MELERO ALONSO, Eduardo (2000): “El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales. Las razones por las que los datos de las exportaciones de armas deben hacerse públicos”, en: *Revista de Administración Pública*, n° 152, pp. 229-267.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2008): “El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento”, en: *Opinión Jurídica*, Medellín (Colombia), vol. 7, n° 14, pp. 15-31.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2020 a): “La regulación legal sobre el control de las exportaciones de armamento”, en: FONT, Tica; MELERO, Eduardo (Coords.), *Armas, negocio, política y opacidad. Exportaciones españolas de armamento 2005-2017* (Barcelona, Icaria), pp. 89-106.
- MELERO ALONSO, Eduardo (2020 b): “La política gubernamental de fomento de las exportaciones de armamento”, en: FONT, Tica; MELERO, Eduardo (Coords.), *Armas, negocio, política y opacidad. Exportaciones españolas de armamento 2005-2017* (Icaria, Barcelona), pp. 107-126.
- MILLER, Jasmine (2019): “The Queen (on the Application of Campaign against Arms Trade) and the Secretary of State for International Trade and Others [2019] EWCA Civ 1020 ('CAAT v SOS') Case Note”, en: *Australian International Law Journal* (N°26), pp. 195-201.
- MUÑOZ DE MORALES, Marta (2020): “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, en: *Política Criminal* (vol. 15, n° 30), pp. 948-992.

- Nave, Eve (2019) “The Importance of the Arms Trade Treaty for the Implementation of the Sustainable Development Goals”, en: *Journal of Conflict & Security Law* (Vol. 24 No. 2), pp. 297-324.
- Nieto Martín, Adán (2020): “Hacia un derecho penal económico de los Derechos Humanos”, en: *InDret* (2/2020), pp. 137- 172.
- Otero gonzález, Pilar (2000): *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Puente Rodríguez, Leopoldo (2022): “Comentario urgente al anteproyecto de ley de información clasificada”, en: *Diario La Ley* (n° 10.130), septiembre de 2022, pp.1-15.
- Saage-Maaß, Miriam; Bryck, Linde; Simanovski, Simón (2020): “Individuelle strafrechtliche Verantwortung für Waffenexporte unter dem Rom-Statut. Eine Fallstudie zu europäischen Rüstungsexporten an Mitglieder des von Saudi-Arabien geführten Militärbündnisses, welche die Waffen im mutmaßlichen Krieg im Jemen einsetzen”, en HÖFFLER (ed.), *Criminal Law Discourse of the Interconnected Society* (Baden-Baden, Nomos), pp. 219-244.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel (2014): *Hacia una regulación global del comercio internacional de armas* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2011): *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en sociedades postindustriales*, 3ªed., (Buenos Aires, BdF).
- STAVRIANAKIS, Anna (2016): “Legitimising Liberal Militarism: Politics, law and war in the Arms Trade Treaty”, en: *Third World Quarterly*, vol. 37, n° 5, pp. 840-865.
- STELMACH, Michal, (2019) “Armas de fuego e inseguridad en América Central en el siglo XXI”, en: *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, (vol. 7), pp. 313-328.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan (2006): *Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico*, en: *Nuevo Foro Penal* (n°70), pp. 87- 115.
- VÁZQUEZ- PORTOMENE SEIJAS, Fernando (2022): *El delito de contrabando*, (Madrid, Dykinson).
- VOGEL, Joachim (2005): “Derecho penal y globalización” (Trad. Manuel Cancio Meliá), en: *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (N°9), pp. 113-126.

Jurisprudencia citada

- Auto del TS 7532/2022, de 11 de mayo
STS 657/2021, de 28 de julio
STS 657/2021, de 28 de julio
STS 908/2021, de 24 de noviembre
STS 1021/2013, de 26 de noviembre
STS 443/2008, de 1 de julio
STS 2391/1997, de 4 de abril