





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 70  
2018, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
MARCIAL PONS

MADRID-2018

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, Google Scholar, IFLP, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Latindex, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs, vLex, HeinOnline y JStor.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi>

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2018

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS  
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

José Luis DE CASTRO  
Universidad del País Vasco

Manuel DESANTES REAL  
Universidad de Alicante

Jaume FERRER LLORET  
Universidad de Alicante

Federico GARAU SOBRINO  
Universidad de las Islas Baleares

Inmaculada MARRERO ROCHA  
Universidad Autónoma de Barcelona

Blanca VILA COSTA  
Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CAÑADO TRINDADE  
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación  
a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS  
Universidad Autónoma de Madrid

Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS  
Universidad Complutense de Madrid

Linda SILBERMAN  
New York University

Christian TOMUSCHAT  
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO  
Universidad de Santiago de Compostela  
Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg

### *Redactores*

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Arantxa Gandía  
Mercedes Guinea - Francisco Pascual

El origen de la *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* se remonta a 1948. Su contenido actual se encuentra en más de un centenar de números, cada uno de ellos de periodicidad semestral.

La titularidad y la determinación de las directrices generales en cuanto al contenido y calidad científica de la *Revista* corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. El carácter multidisciplinar de los componentes de la Asociación justifica que la *Revista* publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

La *Revista* goza de gran tradición científica, amparada en la solvencia y el trabajo académico y profesional de todos cuantos han contribuido en ella durante estas seis décadas. La publicación de trabajos y contribuciones en la *Revista* está abierta a especialistas nacionales y extranjeros, en particular los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en la *Revista* son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos. En todo caso las contribuciones deberán ser originales e inéditas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que figuran al final de la *Revista*, así como en la página web de la misma, *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

*The origin of the Spanish Journal of International Law (REDI) dates back to 1948. Currently the Journal comprises more than one hundred numbers, a new issue being published every six months.*

*Ownership and determination of the general guidelines regarding the content and scientific quality of the Journal correspond to the Spanish Association of Professors of International Law and International Relations. The multidisciplinary nature of the Association is reflected in the Journal, where topics regarding public international law, private international law and international relations find their place on equal basis.*

*The REDI enjoys a remarkable scientific reputation due to the academic and professional contributions of all those who have published and worked in it for more than six decades. National and foreign experts, in particular members of the Iberoamerican Community and the European Union, are invited to publish in the REDI. The only eligibility criteria are the interest, adequate elaboration and scientific quality of their proposal. Contributions must at any rate be original and unpublished.*

*Contributions shall be submitted according with the instructions given at the end of the journal and on its website, before 1 November and 15 May for issues one and two respectively.*

Dirección en Internet: <http://www.revista-redi.es>

---

## Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67

[revistas@marcialpons.es](mailto:revistas@marcialpons.es)

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares)

es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.

El precio por número suelto: 26 euros.

---

## SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Editorial. ANCEL, B., <i>Les cinquante ans de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i> .....	13
I. ESTUDIOS/STUDIES	
FAJARDO DEL CASTILLO, T., <i>El acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos</i> .....	23
— The Paris agreement on climate change and its contributions to progressive development of international law and the consequences arising from the withdrawal of the United States	
SALINAS ALCEGA, S., <i>El acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional</i> .....	53
— The Paris agreement of december 2015: the replacement of multilateralism by multipolarity in international climate cooperation	
CERVELL HORTAL, M. <sup>a</sup> J., <i>Sobre la doctrina «unwilling or unable state» (¿podría el fin justificar los medios?)</i> .....	77
— About the «unwilling or unable doctrine» (could the end justify the means?)	
JIMÉNEZ BLANCO, P., <i>La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los reglamentos europeos</i> .....	101
— Enforcement of judgments in the framework of the European regulations	
GARRIDO MUÑOZ, A., <i>Los requisitos procesales en serio: la existencia de una «controversia internacional» en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia</i> .....	127
— Taking procedural requirements seriously: the existence of an «International Dispute» in the case law of the International Court of Justice	
CAMPUZANO DÍAZ, B., <i>La derogatio fori en la Ley Orgánica del Poder Judicial</i> .....	155
— The <i>derogatio fori</i> in the Judiciary Organization Act	
ELVIRA BENAYAS, M. <sup>a</sup> J., <i>Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017</i> .....	181
— Transposition into Spanish Law of the 2014/60/EU Directive on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State by the 1/2017 Act	
PINTADO LOBATO, M., <i>Hacia una teoría china de las relaciones internacionales. Evolución, proyectos teóricos y pertinencia práctica</i> .....	201
— Towards a Chinese theory of international relations. Evolution, theoretical projects and practical appropriateness	

## II. FORO/FORUM

## LA PERSPECTIVA CHINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

DAVIDE FARAH, P., <i>La perspectiva china del Derecho internacional</i> .....	227
MONTOBBIO, M., Tianxia, <i>Teoría de las Relaciones Internacionales y ascenso global de China</i> .....	235

## EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA EN ESPAÑA

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., <i>El nuevo Reglamento europeo de insolvencia y la propuesta de texto refundido de la ley concursal: encuentros y desencuentros</i> .....	245
TORRALBA MENDIOLA, E., <i>El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia y su aplicación en España: algunas adaptaciones necesarias</i> .....	253

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL/  
SPANISH PRACTICE OF INTERNATIONAL LAW

PASTOR PALOMAR, A., <i>La solución de controversias de doble imposición en España: una práctica convencional peculiar encaminada al arbitraje</i> .....	261
REMIRO BROTONS, A. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., <i>La «cuestión catalana»</i> . Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia en Cataluña .....	285
— Statement on the Lack of Foundation in International Law of the Independence Referendum in Catalonia	295

## IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i> .....	299
Book reviews	
ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., <i>Las fronteras internacionales de España en África: Melilla</i> , Madrid, Reus, 2016, por José Manuel Sobrino Heredia .....	299
ÁLVAREZ, J. E., <i>The Impact of International Organizations on International Law</i> , Leiden, Boston, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Brill/Nijhoff, 2017, por Ricardo Arredondo .....	301
ÁLVAREZ RUBIO, J. y YIANNIBAS, K. (eds.), <i>Human Rights in Business Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union</i> , Routledge, Londres-Nueva York, 2017, 146 pp. [ISBN: 978-1-138-28418-0 (hbk), 978-1-315-26946-7 (ebk)], por Clara Isabel Cordero Álvarez .....	303
CONDE PÉREZ, E. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (eds.), <i>Global Challenges in the Arctic Region. Sovereignty, environment and geopolitical balance</i> , Londres-Nueva York, Routledge, 2017, X + 464 pp., por Antonio Remiro Brotons .....	305
COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (coords.), <i>Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, por Carmen Ruiz Sutil .....	306

	Pág.
GANDÍA SELLENS, M. A., <i>La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de presunta infracción de derechos de patente</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 391 pp. (ISBN: 978-84-9119-927-4), por Pedro Alberto de Miguel Asensio .....	308
GARCÍA ÁLVAREZ, L., <i>Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades</i> , Granada, Comares, 2016, por Maria Font i Mas.....	310
GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., <i>El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo</i> , Madrid, Tecnos, 2016, por Cástor Miguel Díaz Barrado.....	312
JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., <i>La dimensión de género en los Tribunales Penales Internacionales</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Isabel Lirola Delgado .....	314
LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., <i>Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 229 pp., por Irene Rodríguez Manzano.....	316
MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), <i>La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestión y Contenido, Cuadernos de la Escuela Diplomática</i> , núm. 55, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2016, por Francisco Jiménez García .....	318
MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (dirs.), <i>Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil</i> , Valencia, Registradores de España, Tirant lo Blanch, 2017, por María Ángeles Sánchez Jiménez .....	320
ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), <i>Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos</i> , Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Julio Jorge Urbina .....	322
OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), <i>Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro</i> , Madrid, Dykinson, 2017, por Georgina Garriga Suau .....	323
RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.), <i>Derecho Internacional Humanitario</i> , 3. <sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, por Montserrat Abad Castelos.....	325
SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), <i>Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional</i> , 2 tomos, 3. <sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, por Santiago Cavanillas Múgica.....	327
SEGURA SERRANO, A. (ed.), <i>The Reform of International Economic Governance</i> , Londres/Nueva York, Routledge, 2016, XVII + 250 pp., por Xavier Fernández Pons .....	329
SOBRIDO PRIETO, M. (ed.), <i>Espacios polares y cambio climático: desafíos jurídico-internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 252 pp., por Ana Manero Salvador .....	331
STRONG, S. I., FACH GÓMEZ, K. y CARBALLO PIÑEIRO, L., <i>Derecho comparado para abogados anglo- e hispanoparlantes. Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas</i> , Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2016, por Carmen Otero García-Castrillón .....	333
TORRES CAMPRUBÍ, A., <i>Statehood under Water. Challenges of Sea-Level Rise to the Continuity of Pacific Islands States</i> , Leiden-Boston, Brill/Nijhoff, 2016, por Antonio Remiro Brotóns.....	335



## EDITORIAL

# LES CINQUANTE ANS DE LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968 CONCERNANT LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE ET L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

«Le 27 septembre 1968, les six Ministres des Affaires étrangères des Etats membres de la Communauté économique européenne, réunis à Bruxelles au sein du Conseil, ont signé la Convention concernant le compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale»<sup>1</sup>. Si forte qu'ait pu être la confiance que Georges Droz plaçait dans l'avenir de cet instrument, l'incipit de l'ouvrage qu'il consacrait à ce dernier —et qui était aussi sa thèse de doctorat— avait choisi la sobriété. La fidélité envers cet irremplaçable commentateur suggère d'éviter de célébrer le cinquantenaire de la Convention avec «grand appareil». Au demeurant, l'accueil qui a été réservé à cet instrument au sein de la Communauté économique européenne comme celui que connurent ses différents avatars successifs au sein de l'Union européenne suffisent à assurer son rayonnement. Il s'agit d'un texte fondateur, établissant les bases d'un système de conflit de juridictions toujours actif, toujours actuel et influent après les cinq premières décennies de son existence. En 1968, il représentait déjà une manière d'exploit et les signatures du 27 septembre sanctionnaient l'accomplissement d'un travail considérable et aussi engageaient sur une voie prometteuse, sinon inédite, mais qui, en tout cas, allait être parcourue avec succès.

L'origine de la Convention se trouve dans l'article 220 du Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne. Prudemment, ce traité n'abordait pas de front les innombrables problèmes de droit international privé que la libération des activités économiques au sein de l'espace qu'il créait n'allait pas manquer de susciter<sup>2</sup>, il préférerait laisser leur réso-

---

<sup>1</sup> DROZ, G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XIII, préf. H. Batiffol, Paris, Dalloz, 1972, p. 1.

<sup>2</sup> SAVATIER, R., «Le marché commun au regard du droit international privé», *Rev. crit. DIP*, 1959, 237, où l'auteur aborde les questions de nationalité, de condition des étrangers et de conflits de lois,

lution à la coopération intergouvernementale; c'est ainsi, que pour répondre aux difficultés qu'il avait repérées, il invitait les Etats membres, notamment, à engager «entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer en faveur de leurs ressortissants [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales».

Cette disposition annonçait clairement l'objectif poursuivi: faciliter la circulation transfrontière des décisions de justice; il est frustrant, en effet, de bénéficier d'un jugement dont l'exécution se révèle couteuse, peut-être incertaine, voire improbable, parce que le débiteur est abrité par une frontière et le verrouillage juridique de celle-ci peut dissuader l'opérateur économique de développer ses affaires hors de son marché national. Il s'agissait donc d'ajouter aux libertés économiques garanties par le Traité une liberté supplémentaire, la liberté de circulation des décisions judiciaires. L'article 220 visait aussi la circulation des sentences arbitrales, mais l'invitation à entrer en négociations n'était formulée qu' «en tant que de besoin»; or, la richesse du droit conventionnel liant en ce domaine les Etats membres rendait inutile l'élaboration d'un régime particulier pour ces décisions —ce qui conduisit à exclure l'arbitrage du champ de la Convention—. En revanche, il est certain que les formalités requises dans chaque Etat membre pour obtenir la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers constituaient une entrave; la transmission, la légalisation, la traduction des pièces nécessaires représentaient des complications que l'histoire avait précautionneusement façonnées sur l'hypothèse d'une discontinuité soupçonneuse des ordres juridiques, qui ne correspondait pas à la configuration plus ouverte et plus confiante des rapports entre systèmes judiciaires nationaux que demandait le bon fonctionnement du Marché commun. Cependant l'allègement de ces formalités ne méritait sans doute pas huit années de négociations entre les Etats fondateurs. C'est qu'en vérité les auteurs du Traité n'avaient perçu que les obstacles d'ordre bureaucratique à la libre circulation des jugements, tandis que le comité d'experts réuni en 1960 pour préparer la Convention constatait aussitôt que l'objectif assigné par l'article 220 ne pouvait être atteint en l'état des divergences opposant les Etat membres sur les conditions de fond de l'accueil des décisions étrangères dans leurs ordres juridiques respectifs. Aussi la lettre le céda à l'esprit et la fin recherchée l'emporta sur le moyen évoqué. Ce repositionnement orientait dans une direction différente, celle de l'uniformisation du régime d'efficacité internationale des jugements. Or, en ce domaine, l'expérience montrait et les études doctrinales démontraient<sup>3</sup> qu'un régime uniforme

---

pour finir par cette interrogation, p. 257: «Comment une circulation véritablement libre des personnes, des marchandises, des services et des capitaux pourrait-elle longtemps s'accommoder de l'inharmonie de la justice, de la possibilité de décisions contradictoires rendues à l'intérieur de la Communauté, par des juridictions concurrentes, parmi lesquelles des circonstances fortuites détermineront, au hasard, la sentence qui s'exécutera? Décisions contradictoires dont les résultats circuleraient anarchiquement, mais librement de pays membre à pays membre! Tout un droit des conflits de juridiction devra donc être construit!».

<sup>3</sup> Spécialement WESER, M., «Les conflits de juridictions dans le cadre du Marché commun. Difficultés et remèdes», *Rev. crit. DIP*, 1959, 613, puis 1960, 21, 151, 313, 533, et 1961, 105.

ne pouvait se contenter d'énoncer des conditions de régularité des jugements; dans la mesure où les critères communs de reconnaissance et exécution ne correspondent pas à la diversité des règles gouvernant l'instance directe dans les Etats concernés, il est inévitable que des décisions rendues dans un de ces Etats conformément à ses règles propres de compétence, de procédure, de conflit de lois, ne répondent pas aux exigences uniformes de reconnaissance et exécution et se heurtent au refus des autres Etats. Il fallait donc repenser le problème en son entier et entreprendre la construction d'un système de conflit de juridiction harmonisant instance directe et instance indirecte. C'est ce qu'entreprit le comité des experts et c'est aussi ce qui explique la durée de la négociation de la Convention.

Mais la constance et la diligence ont été payées de retour. Après un demi-siècle, chacun peut aujourd'hui mesurer l'influence de l'œuvre accomplie. La Convention laissait de côté les conflits de lois, mais à peine était-elle signée que s'engageaient les travaux que conclut la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, devenue, après la communautarisation de la matière, le Règlement Rome I<sup>4</sup> (précédé par le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles)<sup>5</sup>; c'est qu'il était admis que si l'harmonisation de l'instance directe et de l'instance indirecte facilite la circulation des décisions, l'uniformité des règles de conflit ne pouvait que renforcer la confiance mutuelle au sein du club européen et ainsi contribuer à l'objectif de la Convention. Aussi bien d'ailleurs ne suffit-il pas aujourd'hui de rattacher à celle-ci les Règlements Bruxelles II et IIbis<sup>6</sup> qui apportent un traitement spécifique à des questions sur lesquelles les disparités entre Etats membres étaient trop importantes pour être résolues dans ce qui se concevait comme un instrument généraliste, il faut aussi situer dans sa sphère d'influence ces règlements tri- ou multifoliés, plus récents et relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière d'obligations alimentaires, en matière de successions et en matière de régimes matrimonial et de régime partenarial<sup>7</sup>.

Un rayonnement aussi puissant pose aujourd'hui deux questions. La première est celle du ressort qui a permis à la Convention de développer une telle influence (I). La seconde est celle de sa capacité à survivre dans ce nouveau siècle qui a vu la transformation de la Communauté en Union européenne (II).

**I.** La Convention a fait la preuve d'une efficacité incontestable et sans doute faut-il imputer ce mérite à la prudence de ses auteurs qui ont coulé leur ambition dans un moule éprouvé, redécouvrant les vertus du modèle classique de circulation des décisions.

<sup>4</sup> Règlement CE 593/2008, du 17 juin 2008.

<sup>5</sup> Règlement CE 864/2007, du 11 juillet 2007.

<sup>6</sup> Règlement CE 2201/2003, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

<sup>7</sup> Règlement CE 4/2009, du 18 décembre 2008, Règlement UE 650/2012, du 4 juillet 2012, Règlements UE 2016/1103 et 2016/1104, du 24 juin 2016.

A. Le modèle classique de circulation transfrontière des décisions se caractérise par l'articulation de la compétence (directe) et de la reconnaissance<sup>8</sup>. Apparu aux aurores médiévales du droit des conflits, il se construit sur l'hypothèse d'un pouvoir suprême répartissant la compétence entre les différents systèmes judiciaires sous sa domination; dans ce périmètre, la décision rendue par un tribunal dans les limites de la compétence à lui dévolue vaut à l'égard des autres systèmes. Cette hypothèse d'un pouvoir suprême distributeur des compétences, créateur d'un «espace de compétences coordonnées»<sup>9</sup> ne s'est dans l'histoire qu'imparfaitement réalisée au Moyen Âge au sein de l'Empire romain germanique; l'efficacité extraterritoriale des jugements y est parfois fragilisée par la procédure de l'*actio iudicati* exposant le juge à qui l'exécution est demandée à la tentation d'un contrôle plus ou moins sévère sous prétexte de vérifier une condition de réciprocité qui n'habillait que le refus d'une sujétion<sup>10</sup>. A la même époque, en France et plus précisément dans le ressort du Parlement de Paris qui la reprend pour le compte du roi, «fontaine de toute justice» et «empereur en son royaume», l'hypothèse accède à davantage de positivité; la reconnaissance a lieu de plein droit et la force exécutoire s'obtient «sans connaissance de cause» sur lettres rogatoires ou réquisitoires présentées à la chancellerie de la juridiction du lieu d'exécution. Mais cette simple mécanique dite du *pareatis* est dérangée lorsque s'affirme le modèle de l'Etat-nation, souverain dans et hors de ses frontières, ne connaissant aucune autorité qui lui soit supérieure, et sans que le cloisonnement politique et juridique qui en résulte n'affaiblisse l'essor du commerce juridique international. Se dégageant de l'universalisme qui prévalait pour le traitement des affaires intérieures, la monarchie capétienne s'arroge sur le plan international une compétence exclusive, au delà du contentieux concernant les immeubles situés sur son territoire, sur les procès auxquels sont parties ses sujets, obligeant ainsi ceux qui obtiennent un jugement à l'étranger à «de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant [ses] officiers»<sup>11</sup>. Cette évolution est couronnée au XIX<sup>e</sup> siècle, d'un côté, par l'adoption d'un système de compétence pivotant à l'avantage des plaideurs français autour des articles 14 et 15 du Code civil et, de l'autre côté, par l'invention de l'action d'exequatur, procédure subordonnant l'accueil de la décision étrangère à sa révision par le juge français<sup>12</sup>. Cette construction s'implante au Luxembourg, mais plus difficilement en Belgique où sa rigueur est atténuée par la loi de 1876; elle ne parvient pas à prendre pied aux Pays-Bas où la compétence fondée sur la nationalité est neutralisée par la jurisprudence et où le particularisme se contente d'imposer à tout jugement étranger l'*actio iudicati*. Une procédure de même type se maintient également en Allemagne et en Italie

<sup>8</sup> LOPEZ DE TEJADA, M., *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, Paris, LGDJ, 2013, n. 25 et s.

<sup>9</sup> LOPEZ DE TEJADA, M., *op. cit. eod. loc.*

<sup>10</sup> MEIJERS, E. M., «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé», *Rec. cours La Haye*, vol. 1934. III. 547, spéc. p. 632.

<sup>11</sup> Ordonnance du 15 janvier 1629, art. 120.

<sup>12</sup> Cass. civ. 19 avril 1819, *Parker*, S. 1819.1.129, D. *Jur gén.* V<sup>o</sup> *Droit civil*, n<sup>o</sup> 442, *Journ. Aud.*, 1819. 257, *Grands arrêts dr. int. pr.*, n<sup>o</sup> 2.

avec une condition de réciprocité plus ou moins virulente. La diversité entre les six Etats fondateurs s'aggrave de l'ajout de régimes particuliers qu'apporte un nombre significatif de traités bilatéraux tendant à faciliter la reconnaissance et l'exécution.

L'objectif de libre circulation des décisions à l'intérieur du Marché commun appelait à rejeter cette construction particulariste et aussi ses accessoires conventionnels qui s'efforçaient de rétablir un peu d'universalisme. Il convenait d'effacer autant que faire se pouvait le passé «westphalien». C'était alors s'engager à revenir vers le modèle classique expérimenté à l'intérieur de l'Empire romain germanique et à l'intérieur du royaume de France. Au demeurant, l'articulation compétence-reconnaissance recouvrait depuis quelques temps un certain crédit. Elle avait été reprise par le droit américain des conflits de juridictions à l'intérieur de la fédération, qui ébauchait une nouvelle version de l'«espace des compétences coordonnées», avec la *Full Faith and Credit Clause*, bientôt flanquée de la *Due Process Clause*, tandis que la Cour suprême surveillait attentivement le jeu des règles de compétence<sup>13</sup>. Elle inspirait et structurait de ce côté-ci de l'Atlantique le traité destiné à créer un espace judiciaire commun à la Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg, signé à Bruxelles le 24 novembre 1961 «sur la compétence judiciaire, la faillite, l'autorité d'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques».

**B.** Conscient de sa mission, le comité d'experts a estimé que l'innovation que demandait la formation d'un espace judiciaire européen consistait en un retour de cette conception classique, les portant à élaborer une convention multilatérale double, qui s'élevait ainsi au niveau du pouvoir suprême de l'empereur ou du roi distribuant les compétences entre les systèmes judiciaires sous sa domination et garantissant l'efficacité transfrontière des décisions. Et ce ralliement au classicisme ne s'est pas limité à la structure de l'instrument, il conduisit, dans la composition des règles particulières tant de compétence que de reconnaissance, à écarter les solutions qu'avait imposé le particularisme.

1. Ainsi en matière de reconnaissance, disparaissaient le pouvoir de révision du juge *ad quem* et l'exigence de réciprocité. Que cette dernière tende à protéger les intérêts des nationaux ou qu'elle soit vouée à la sauvegarde des intérêts de l'Etat requis, elle n'a de sens que si les règles de conflit de juridictions des Etats concernés diffèrent; or, précisément cette condition devient irréalisable lorsque la convention édicte des règles uniformes. Quant au pouvoir de révision qui suppose que ne sont acceptables que les décisions étrangères correspondant à celles qui auraient pu être rendues par le juge requis s'il avait été directement saisi de la demande au fond, sa rationalité, désarmée par la dialectique de l'identité et de la différence, était particulièrement fragile et l'exposait à une critique unanime.

<sup>13</sup> KESSEDIAN, C., *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux Etats-Unis*, Paris, Economica, 1987, p. 147 et s.

Sur le plan de la compétence, sont exclus les fors exorbitants notamment ceux fondés sur la nationalité et sur la présence de biens du défendeur sur le territoire qui, le plus souvent, ne rencontraient pas l'assentiment du juge *ad quem*. Quoique dans les limites d'un raisonnement purement abstrait le premier puisse échapper à la condamnation de l'article 7 du Traité de Rome interdisant toute «discrimination exercée en raison de la nationalité», une compétence de cette nature, fondée sur un lien d'allégeance politique et pouvant désigner un tribunal sans rapport avec la cause à juger, paraissait hors de propos dans le cadre d'une communauté économique et présentait un caractère idéologique plus que pratique qui accusait une différenciation là où l'assimilation était souhaitable et recherchée. Quant au for du patrimoine, sa fonction primordiale d'assurer au demandeur un accès utile à la justice, pouvait sembler superflue, comme satisfaite par le renfort des règles nationales en cas d'insuffisance des règles uniformes de compétence.

2. Ainsi que suggéré plus haut, ces règles sont classiques. La compétence générale que fixe l'article 2 de la Convention va aux juridictions de l'Etat du domicile du défendeur; revigorant l'adage *actor sequitur forum rei* jusqu'à lui faire traverser les frontières, elle correspond aussi à la vénérable doctrine du juge naturel, mais dépouillée de la dimension publiciste dont l'avait trop longtemps revêtue le particularisme conquérant des temps modernes; le domicile n'est plus l'expression de la soumission au pouvoir judiciaire local, mais plus simplement le lieu où, par la fixation du centre de ses intérêts, la personne indique à quiconque où entrer en contact avec lui. Il faudrait sur ce point relire Savigny<sup>14</sup> qui d'ailleurs justifie aussi les compétences spéciales, ces «fors positifs», et le mécanisme de l'option qui se retrouve dans la convention avec l'article 5; caractéristique de cette emprise savignienne est, par exemple, le choix fait en 1968 en faveur de la solution dite «analytique»<sup>15</sup> pour la compétence en matière contractuelle<sup>16</sup>. Bien sûr, dans la seconde moitié du vingtième siècle, ce dispositif classique appelait quelques compléments, tels ces compétences inégales en faveur du consommateur ou du preneur d'assurance, de l'assuré ou du bénéficiaire, ou quelques *aggiornamenti*, telles les conditions de la prorogation de for.

C'est également un retour vers le classicisme universaliste qu'opère le régime de la reconnaissance et exécution; c'est ce que signale en effet la consécration de la reconnaissance de plein droit des décisions dans les autres Etats membres «sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure». Dès lors que les règles communes de compétence directe sont observées dans les différents Etats membres, la dynamique compétence-reconnaissance assure la libre circulation transfrontière des jugements et autorise l'obtention de la

<sup>14</sup> SAVIGNY, K. F. v., *Traité de droit romain*, § 358.

<sup>15</sup> GOTHOT, P., HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Editions Jupiter, 1985, n° 64 et s.

<sup>16</sup> SAVIGNY, K. F. v., *Traité de droit romain, op. cit.*, § 370: «Il est de l'essence de l'obligation que le lieu de l'accomplissement soit regardé comme le siège de l'obligation et que dans ce lieu se place la juridiction spéciale en vertu de la soumission libre».

force exécutoire sur simple requête. La décision provenant d'un Etat membre est ainsi présumée régulière dans les autres Etats membres et cette présomption a pour corollaire l'énumération —restreinte et restrictive— non pas des conditions, mais des obstacles à vérifier en cas de contestation de la régularité. S'il n'a pas été possible, malgré la confiance mutuelle que se doivent les Etats membres, d'éliminer, par exemple la conformité à l'ordre public de l'Etat requis ou le respect des droits de la défense, du moins appartient-il à qui s'oppose à la circulation ou à l'exécution du jugement de dénoncer les manquements qui entacheraient celui-ci.

Au 1.<sup>er</sup> février 1973, date d'entrée en vigueur de la Convention, les six Etats fondateurs de la Communauté disposaient d'un système de conflit de juridictions propre à soutenir, par la libre circulation des décisions judiciaires, la libre circulation des personnes, des marchandises et de services dans le Marché commun. Il est vrai que si cet instrument réduisait le risque de conflit de procédures ou de décisions, il ne le supprimait pas tout à fait. Mais ce risque était affronté par une réglementation des exceptions de litispendance et de connexité, insérée dans le titre consacré à la compétence. Cette localisation était rationnelle; il était expédient de traiter le mal à la racine. C'est une des caractéristiques majeures de la Convention de porter son effort sur une organisation ordonnée de la production des décisions afin de ne pas confronter leur efficacité transfrontière aux difficultés dont est prodigue l'anarchie des compétences.

Après cinquante ans, la sagesse des architectes de ce monument mérite toujours d'être honorée et il faut aussi saluer la modestie et le réalisme de ceux-ci qui suggérèrent aux gouvernements une déclaration appelant à confier à la Cour de justice des Communautés européennes la mission d'assurer une interprétation uniforme de ce «Traité fédérateur»<sup>17</sup>, à défaut de laquelle se serait sans doute réintroduite la diversité des solutions. Cet appel aboutit au Protocole signé à Luxembourg le 3 juin 1971 qui est entré en vigueur en même temps que la Convention

**II.** Aujourd'hui la jurisprudence de la Cour de justice fait corps avec le texte originel, lequel s'est prêté à des amendements et ajustements au fil des arrêts et aussi à l'occasion de l'adhésion de nouveaux membres de la Communauté économique européenne et de la communautarisation de la matière jusqu'à la refonte du Règlement Bruxelles I. L'équilibre de la structure édiflée en 1968 qui garantissait l'efficacité du couple compétence-reconnaissance n'excluait pas une relative plasticité, permettant d'absorber ces modifications sans provoquer de dénaturation. Cependant la mutation de la Communauté en Union européenne opérée par les traités d'Amsterdam et de Lisbonne impose cependant, non pas une simple inflexion, mais bien une réorientation vers un objectif qui dépasse la simple libre circulation des décisions.

<sup>17</sup> GOLDMAN, B., «Un traité fédérateur: La Convention entre les Etats membres de la CEE sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RTDeur.*, 1971, 1.

A. Les modifications ont été nombreuses et d'importance variable. L'adoption en 2008 du Règlement Aliments<sup>18</sup> a naturellement conduit à retirer l'obligation alimentaire de la «matière civile et commerciale». Ce fut l'un des rares retranchements. En général, les changements ont été positifs. Certains effectuèrent des rattrapages très limités, tel l'accueil des modes de communication électronique (art. 15.1, art. 23, devenus 17.1 et 25) ou encore l'intégration du trust dans l'article 17 (devenu art. 25); d'autres furent plus conséquents, telle, sur une percée de la Cour, relayée par les conventions de Lugano (1988) et de Donostia-San Sebastian (1989), l'attribution d'une section 5 du Titre II, au contrat individuel de travail: celui-ci est désormais assujéti au modèle des compétences dérogoires et inégales conçu pour la protection des «parties faibles». Au demeurant, à partir de la même percée (l'arrêt *Ivenel*)<sup>19</sup> la créativité de la Cour de justice amorça une évolution complexe de l'interprétation de l'article 5.1 et finit par entraîner le semi-abandon de la conception «analytique» du chef de compétence alternatif en matière contractuelle, sanctionné par un ajout apporté par le Règlement Bruxelles I visant les contrats de vente de marchandises et de fourniture de services.

Un autre exemple de coopération entre jurisprudence et règlement est apporté par l'affaire *Owusu*<sup>20</sup> dans laquelle la Cour de justice estima notamment que la Convention s'opposait à ce que la juridiction anglaise décline la compétence que lui attribuait l'article 2 pour s'effacer devant la juridiction d'un Etat non contractant jugée mieux placée pour connaître du litige. Cette application de la Convention à une situation litigieuse qui ne s'inscrivait pas dans une relation intra-communautaire impliquant deux Etats européens, était justifiée par avance dans l'exposé des motifs du Règlement Bruxelles I où il est dit qu' «il doit exister un lien entre les litiges couverts par le présent règlement et le territoire des Etats membres qu'il lie. Les règles communes en matière de compétence doivent donc s'appliquer en principe lorsque le défendeur est domicilié dans un des ces Etats»<sup>21</sup> et n'être pas laissées à la discrétion du juge qu'elles désignent, car elles «doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible». Ce rejet d'une exception de *forum non conveniens* qui aurait profité à une juridiction extra-communautaire garantit que la décision attendue du juge européen jouira de la liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté. Cependant, il n'est pas sûr que dans ce cas de figure cet avantage fût réel et que la pleine exécution de la décision extra-communautaire en dépendît. La liaison de l'exigence de prévisibilité et de la compétence domiciliaire paraît plutôt répondre à la volonté de défendre un droit à l'accès à la justice et participer à la promotion d'un droit fondamental, le droit subjectif à une protection judiciaire effective.

---

<sup>18</sup> Règlement CE 4/2009, du 18 décembre 2008.

<sup>19</sup> CJCE, 26 mai 1982, aff. 133/81.

<sup>20</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, *Osuwu c. Jackson*.

<sup>21</sup> Règlement CE n° 44/2001, du 22 décembre 2000, Préambule, § 8.

Bref, la dynamique compétence-reconnaissance est mise au service des droits fondamentaux.

**B.** Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne confirme cette instrumentalisation du système de conflit de juridictions. Si l'article 81 précise que la coopération développée par l'Union dans les matières civiles habilite le Parlement et le Conseil à adopter, «notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur de mesures visant à assurer: a) la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des décisions judiciaires et extra judiciaires», l'article 67 assigne à l'Union l'objectif de constituer «un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux» et prescrit que «l'Union facilite l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires»<sup>22</sup>.

1. En conséquence, le Règlement Bruxelles Ibis s'est employé à développer le droit subjectif à une protection judiciaire effective, auquel la Cour européenne des Droits de l'homme intègre l'exécution du jugement sous le manteau du droit au procès équitable<sup>23</sup>. Il supprime ainsi la demande de «déclaration constatant la force exécutoire» ou demande d'exequatur, que le Règlement Bruxelles I exigeait encore pour l'exécution transfrontière, et impose désormais l'«exécution directe» dans l'Etat membre requis de la décision dotée dans l'Etat membre d'origine de la force exécutoire<sup>24</sup>. Cette décision, sur présentation d'un certificat attestant son origine et sa teneur doit «être traitée comme si elle avait été rendue dans l'Etat membre requis»<sup>25</sup>. Cette étape du processus de démantèlement du cloisonnement des ordres juridiques européens consomme le retour aux lettres rogatoires et au *pareatis* de jadis.

2. Mais les droits fondamentaux exigent davantage. Ils ne se conçoivent qu'offerts à tous, et non pas réservés aux seuls citoyens européens; très logiquement, dans la préparation de la refonte du Règlement Bruxelles I, il a été envisagé de retirer au domicile du défendeur sa fonction de délimitation du champ d'application du système de compétence et d'outrepasser d'avantage encore le mandat de l'article 220 du Traité de Rome qui n'avait prévu la libre -circulation des décisions qu'au bénéfice des ressortissants des Etats membres; il était projeté de procéder à une internationalisation ou extension de la dynamique compétence-reconnaissance à des situations externes.

La réalisation de ce programme a été sérieusement freinée par la considération que, faute de maîtriser les compétences et qualités des juges des Etats tiers, il convenait de contrôler leur production, c'est-à-dire de renforcer les précautions ou les obstacles à l'efficacité transfrontière de celle-ci. En

<sup>22</sup> TFUE, art. 67, § 1, § 4.

<sup>23</sup> CEDH, 19 mars 1997, req. n° 18357/91, *Hornsby c. Grèce*, 18 novembre 2010, req. n° 7618/05, *Romanczyk c. France*.

<sup>24</sup> Solution déjà retenue par les Règlements CE n° 805/2004, du 21 avril 2004 (titre exécutoire européen), CE n° 1869/2006, du 12 décembre 2006 (Injonction de payer européenne), CE n° 861/2007, du 11 juillet 2007 (Petits litiges). Sur la suppression de l'exequatur v. M. LOPEZ DE TEJADA, *op. cit.*, *Passim*.

<sup>25</sup> Règlement UE 12715/2012, du 12 décembre 2012, Préambule, § 26.

définitive, le Règlement Bruxelles I bis n'accepte cette extension que dans deux cas de figure. D'abord, l'article 25 actuel, relatif à la prorogation volontaire de compétence, n'exige plus que la clause désignant le tribunal d'un Etat membre soit convenue entre deux personnes dont l'une au moins est domiciliée dans l'espace judiciaire européen. Cet élargissement s'explique par le fait que la décision attendue du for convenu sera nécessairement rendue par un tribunal opérant dans le cadre de la confiance mutuelle. Ensuite, l'internationalisation a touché le conflit de procédures en autorisant, dans le cas de litispendance ou de connexité extra-européenne, le juge européen compétent sur la base du règlement à s'effacer devant le juge d'un Etat tiers premier saisi, mais seulement après toute une série de vérifications dont l'issue laisse raisonnablement augurer que la décision attendue sera susceptible d'être reconnue et exécutée; la circonspection supplée l'absence de confiance mutuelle. Préservant la dynamique compétence-reconnaissance, ces solutions démontrent que la Convention, en dépit de son âge vénérable, est toujours vive, active et actuelle.

Bertrand ANCEL

Profesor emérito Universidad Panthéon-Assas (Paris II)  
Director de la *Revue critique de droit international privé*  
Ex-Presidente del Comité Français de Droit International Privé

## EL ACUERDO DE PARÍS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: SUS APORTACIONES AL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE PARÍS Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL.—2.1. El consenso como procedimiento de adopción del Acuerdo de París.—2.2. Un «protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal».—2.3. Un *Pacto de Contrahendo* para el desarrollo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático.—2.3.1. La diferenciación de las obligaciones: las contribuciones determinadas a nivel nacional.—2.3.2. Estados Unidos frente al Acuerdo de París: quien puede lo más puede lo menos —o no— de conformidad con el art. 4.11 del Acuerdo de París.—3. EN DEFENSA DEL *SOFT LAW* Y DE LA *SOFT GOVERNANCE* EN EL ACUERDO DE PARÍS.—4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES CAUSADOS POR EL CAMBIO CLIMÁTICO.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de París sobre el Cambio Climático fue adoptado —contra todo pronóstico—<sup>1</sup> el 15 de diciembre de 2015 en la 21.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, gracias a la acción colectiva de todos los países del planeta y a la movilización del sistema institucional vinculado a esta convención. Las negociaciones de las que resultó el Acuerdo de París son también deudoras del compromiso del Presidente norteamericano Barak Obama y del empeño de la Unión Europea (UE), que desplegó con éxito una de las *démarches* diplomáticas más importantes de su historia<sup>2</sup>. Su entrada en vigor tuvo lugar el día 4 de noviembre de 2016,

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional público en la Universidad de Granada ([fajardo@ugr.es](mailto:fajardo@ugr.es)).

<sup>1</sup> Así lo consideró Jorge Viñuales en uno de los primeros análisis del Acuerdo y de sus negociaciones finales: véase VIÑUALES, J. E., «The Paris Climate Agreement: An Initial Examination», *C-EENRG Working Papers*, 2015, núm. 6.

<sup>2</sup> La UE ha desarrollado una amplia acción diplomática desde la adopción de la Convención sobre el Cambio Climático en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

en un periodo récord, tras ser abierto a la firma el 22 de abril de 2016<sup>3</sup>. Las negociaciones que desembocaron en su adopción barajaron hasta el último momento cuál sería la forma jurídica que debía adoptar el instrumento internacional que diera continuidad a los compromisos de la Convención Marco y sustituyera al Protocolo de Kyoto. La fórmula finalmente elegida, para sorpresa de todos los que siguieron las negociaciones en los últimos años<sup>4</sup>, fue la de un tratado internacional que, no obstante, se caracteriza por tener grandes zonas de penumbra<sup>5</sup> en las que es difícil distinguir el carácter normativo de sus disposiciones. El carácter *soft* de gran parte de ellas es lo que hizo posible inicialmente que Estados Unidos se convirtiera en uno de sus Estados parte, ya que como afirmara el entonces Secretario de Estado norteamericano John Kerry, el Acuerdo carecía de valor vinculante en sí mismo y las obligaciones asumidas traían su fuente de la Convención Marco sobre el cambio climático (Convención Marco). La decisión de Estados Unidos de abandonar el Acuerdo tras la elección del Presidente Trump, abre un periodo de incertidumbre sobre su futuro, su naturaleza jurídica y su eficacia. No obstante, el abandono

---

celebrada en Río de Janeiro en 1992 que se articula ahora con la denominada Diplomacia del Clima. Tras la Conferencia de París de 2015, la UE puso esta diplomacia del clima al servicio del proceso de ratificación del Acuerdo con el fin de conseguir el mayor apoyo posible para su pronta entrada en vigor. Esta iniciativa europea obedece también a la existencia de un sector específicamente definido dentro de la diplomacia multilateral. En el caso de la Diplomacia del Cambio Climático, el liderazgo de la UE antes y durante la CoP21, en particular mediante las gestiones diplomáticas conjuntas llevadas a cabo en el marco del Plan de acción para la diplomacia climática de 2015, contribuyeron a alcanzar la mayor parte de los objetivos de la cumbre, incluido el carácter vinculante del instrumento adoptado. Las instituciones de la UE, la Comisión Europea, la Alta Representante y aún las Presidencias rotatorias junto con sus Estados miembros supieron aprovechar su sólida trayectoria de acción por el clima dentro de sus fronteras y de ayuda internacional fuera de ellas para establecer una amplia «coalición de gran ambición» entre diversas agrupaciones regionales. Véase COMISIÓN EUROPEA, «Historic climate deal in Paris: EU leads global efforts», en [http://ec.europa.eu/news/2015/12/20151212\\_en.htm](http://ec.europa.eu/news/2015/12/20151212_en.htm) (consultada el 6 de octubre de 2017). Véase igualmente OBERTHÜR, S. y GROEN, L., «Explaining goal achievement in international negotiations: the EU and the Paris Agreement on climate change», *Journal of European Public Policy*, 2017, en <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13501763.2017.1291708?needAccess=true> (consultada el 6 de octubre de 2017). Sobre la diplomacia de la UE para el cambio climático, véase JORGENSEN, K. E., «The European Union in Multilateral Diplomacy», *The Hague Journal of Diplomacy*, vol. 4, 2009, pp. 189-209.

<sup>3</sup> No podemos olvidar que el Protocolo de Kyoto firmado en 1997 entró en vigor en el año 2005 cuando el cambio de las circunstancias habían alterado ya profundamente el mapa de las emisiones de CO<sub>2</sub> que había inspirado su adopción. Véase BODANSKY, D. y RAJAMANI, L., «The Evolution and Governance Architecture of the Climate Change Regime», en SPRINZ, D. y LUTERBACHER, U. (eds.), *International Relations and Global Climate Change*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge, MIT Press, 2013, pp. 3-14.

<sup>4</sup> La página web «Sentinelle» dirigida por el Profesor Philip Weckel ha abierto un dossier con toda la información pertinente sobre las negociaciones y sus resultados pueden consultarse en Internet en <http://www.sentinelle-droit-international.fr/> (consultada el 6 de octubre de 2017). Igualmente, con una óptica desde los Estados Unidos, las revistas online *EnergyWire* y *ClimateWire* han recogido diariamente en los últimos años todas las incidencias del proceso, en Internet en [http://www.eenews.net/leep/learn\\_more/about\\_energywire/](http://www.eenews.net/leep/learn_more/about_energywire/) (consultada el 6 de octubre de 2017). El Real Instituto Elcano también ha habilitado una web dedicada al cambio climático que puede consultarse en su página web <http://www.realinstitutoelcano.org/> (consultada el 6 de octubre de 2017)

<sup>5</sup> Los detractores de la *soft law* se refieren a ella en ocasiones como una zona de penumbra, o una zona de sombra en la que conviven disposiciones vinculantes y no vinculantes. Véase PELLET, A., «Le bon droit et l'ivraie - Plaidoyer pour l'ivraie. Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international du développement», en *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes; Méthodes d'analyse du droit international - Mélanges offerts à Charles Chaumont*, París, Pedone, 1984, p. 465-493.

solo se podrá hacer efectivo en 2020, de acuerdo con el régimen de denuncia previsto en el Acuerdo. Mientras tanto, la presencia de Estados Unidos en las instituciones vinculadas a la Convención Marco y al Acuerdo de París puede ser nociva y truncar el desarrollo de los objetivos acordados en París. Será necesario que el Presidente Trump acate el principio de buena fe durante este periodo, como ya hiciera en su momento el Presidente Bush con la retirada del instrumento de firma del Protocolo de Kyoto<sup>6</sup>.

Cualquiera que sea el destino que la denuncia de Estados Unidos pueda deparar al Acuerdo de París, no hará sino magnificar su papel para el futuro del planeta y de los seres humanos. Como afirmó el Presidente Obama, este Acuerdo, aunque no sea el mejor acuerdo, sí es el mejor acuerdo posible y constituye la última oportunidad para revertir el proceso de cambio climático y evitar el desastre<sup>7</sup>. Si no se alcanzara el objetivo de su art. 2 de impedir que las temperaturas lleguen a superar el incremento previsto de dos grados centígrados en relación con el periodo pre-industrial, la mayor parte de las especies del planeta desaparecerían al igual que los ecosistemas tal y como los hemos conocido<sup>8</sup>.

El Acuerdo de París ha sido objeto ya de importantes estudios y reflexiones que han abordado: la evolución del régimen de la Convención Marco sobre el Cambio Climático<sup>9</sup>, el desarrollo por etapas de su largo proceso de negociación y sus principales actores<sup>10</sup>, los instrumentos económicos y los mecanismos de financiación que han de sustentar sus compromisos. También se han estudiado las oportunidades perdidas en la medida en que para facilitar el resultado final alcanzado se expurgaron todos aquellos aspectos que podrían obstaculizar su adopción. Los estudios y reflexiones también obedecen a las distintas misiones que ha de cumplir el Acuerdo de París: desde la comunicación de expectativas normativas hasta la promoción de un nuevo *ethos* en las relaciones internacionales. En ellos también se discute la

---

<sup>6</sup> Véase al respecto KAHN, G., «The Fate of the Kyoto Protocol under the Bush Administration», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 548 y ss.

<sup>7</sup> Véanse las declaraciones de Barak Obama a la CNN, «Obama: Climate agreement “best chance we have” to save the planet», disponible en <http://edition.cnn.com/2015/12/12/world/global-climate-change-conference-vote/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>8</sup> Por la gravedad de este problema compartido por todos, la Conferencia de París convocó a más de 150 jefes de Estado y de Gobierno que estuvieron asistidos por más de 19.000 representantes gubernamentales así como, en reuniones paralelas, más de 6.000 representantes de ONG y empresas, con la cobertura mediática de más de 2.800 periodistas. Véase UNFCCC, «Historic Paris Agreement on Climate Change: 195 Nations Set Path to Keep Temperature Rise Well Below 2 Degrees Celsius», disponible en <http://newsroom.unfccc.int/unfccc-newsroom/final-COP-21/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>9</sup> Véase CAMPINS ERITJA, M., «De Kioto a París: ¿Evolución o Involución de las Negociaciones Internacionales sobre el Cambio Climático?», *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2015, núm. 15, p. 10; BERGKAMP, L. y STONE, S. J., «The Trojan Horse of the Paris Agreement on Climate Change: How Multi-Level, Non-Hierarchical Governance Poses A Threat to Constitutional Government», disponible en <https://ssrn.com/abstract=2715145> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>10</sup> Véase ALLAN, J. et al., «Summary of the Paris Climate Change Conference: 29 November - 13 December 2015», *Earth Negotiations Bulletin*, vol. 12, 2015, núm. 663, disponible en <http://www.iisd.ca/climate/cop21/enb/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

idea de justicia ambiental<sup>11</sup> en un nuevo escenario mundial en el que los países menos desarrollados han de abordar un futuro lleno de incertidumbres y desastres. Asimismo se ha estudiado cómo este Acuerdo debe contribuir con fórmulas eficaces a luchar contra el cambio climático que no es solo un problema ambiental sino también un problema de desarrollo y una consecuencia del modelo económico y social actual<sup>12</sup>.

El Acuerdo de París refleja una sociedad internacional profundamente dividida, en la que el consenso para su adopción se alcanza porque la flexibilidad de sus obligaciones lo permite y porque las cuestiones más conflictivas se proyectan en el futuro ya que se planifica su resolución una vez cruzado el límite crítico del año 2020. En cualquier caso, el Acuerdo de París consiguió inicialmente un apoyo unánime a nivel mundial para combatir un problema cuya existencia al menos ya no se cuestiona<sup>13</sup>, aunque su flexibilidad permite a cada una de las Partes llevar a cabo una interpretación de la carga obligacional asumida que puede llegar a diferir sobre la naturaleza del Acuerdo. Este es el caso de los Estados Unidos que lo calificaría de no vinculante, con el fin de que no tuviera que ser sometido a la aprobación de sus cámaras y pudiera ser adoptado por una orden ejecutiva del Presidente Obama<sup>14</sup>.

El Acuerdo de París también ha supuesto una segunda oportunidad para la Convención Marco sobre el Cambio Climático, a la que se remite en su articulado no solo como fuente normativa sino también para señalar que uno de los objetivos que persigue es mejorar su aplicación<sup>15</sup>. A esta Convención Marco se le ha otorgado la ocasión única de adaptarse a un cambio de cir-

<sup>11</sup> GARDINER, S., «Ethics and Global Climate Change», *Ethics*, vol. 114, 2004, pp. 578-583.

<sup>12</sup> En este sentido, Ulrich Beck subrayaba que: «*The global distinction and inequality between those who produce the risks and those who are afflicted and threatened by them becomes visible —against the institutionalized politics and law, which are nationally organized—. Thus their politics of visibility is twofold: its goal is to make the invisible threat to humanity visible. With that they create a Cosmopolitan Outlook which makes the social structure of power and inequality visible*». Véase BECK, U., *The Metamorphosis of the World*, Cambridge, Polity Press, 2016. Esta monografía es uno de los resultados del Proyecto de investigación *Methodological Cosmopolitanism in the Laboratory of Climate Change*, financiado por el *European Research Council*, p. 112.

<sup>13</sup> A pesar de que durante las elecciones presidenciales de Estados Unidos el ahora Presidente Trump designara como responsable del diseño de su política medioambiental a Myron Ebell, que en su día cuestionó el cambio climático, finalmente el elegido para dirigir la Agencia de Protección del Medio Ambiente ha sido Scott Pruitt, que no cuestiona la verdad científica sino el impacto sobre la economía norteamericana del Acuerdo de París. Véase FOUNTAIN, H., «Trump's Climate Contrarian: Myron Ebell Takes On the E.P.A.», *The New York Times*, de 11 de noviembre de 2016.

<sup>14</sup> Se ha señalado que: «*Both the EU and the United States were instrumental in brokering the Paris deal, even though their objectives were not aligned. The European Commission has presented the agreement as the "first universal, legally binding" climate agreement, calling it "ambitious and balanced". But the US government takes the position that the agreement is voluntary and imposes only reporting obligations - and no sanctions. That these two protagonists can give such different interpretations to the agreement is the result of the linguistic message that was necessary to reconcile their conflicting objectives, but doubtlessly complicated the negotiations*». Véase LEWIS, M., «Obama Claims the Paris Climate Agreement Is Not a Treaty Huh?», *Competitive Enterprise Institute*, de 18 de diciembre de 2015, <https://cei.org/blog/obama-claims-paris-climate-agreement-not-treaty-huh> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>15</sup> El art. 2 señala que: «El presente Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido el logro de su objetivo, tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza».

cunstances que había hecho que su vigencia fuese cuestionada desde el punto de vista de las posibilidades de la consecución de sus objetivos. El cambio en el mapa mundial del desarrollo ya en el nuevo siglo había llevado a que la responsabilidad del problema del cambio climático ya no estuviera en manos de los países europeos. Estos habían liderado los procesos negociadores durante la década de los noventa y confiaban en revertir el proceso del cambio climático porque eran responsables de un 30 por 100 del problema<sup>16</sup>.

Una década más tarde, Estados Unidos y China y las nuevas potencias emergentes son los principales responsables de las emisiones mundiales de CO<sub>2</sub> y los que en última instancia podrían encontrar una solución a este problema mundial, que solo podrá ser revertido si ellos asumen los necesarios compromisos de mitigación, reduciendo sus emisiones. El cambio de responsables supuso inicialmente un cambio de enfoque normativo del problema. Así Estados Unidos, una vez que decidió involucrarse en el proceso de negociación internacional, aportó la fórmula del instrumento no vinculante<sup>17</sup> del Acuerdo de Copenhague adoptado en la 15.ª Conferencia de las Partes de 2009<sup>18</sup>. Desde entonces, el Acuerdo de Copenhague se convirtió en el instrumento voluntario de referencia, con el que hubo de conformarse la UE, tras perder el liderazgo mundial de las negociaciones a favor de Estados Unidos<sup>19</sup>. La UE que había sido la gran valedora de la fórmula de un instrumento vinculante, desplegaría a partir de entonces una acción diplomática dirigida a la adopción de un nuevo convenio, en la que ha sabido «comprender las preferencias y las políticas domésticas de los terceros Estados»<sup>20</sup>.

Tras un proceso de negociación dilatado más allá del calendario que se había previsto para la revisión del Protocolo de Kyoto, el carácter vinculante

<sup>16</sup> Véase BRETHERTON, Ch. y VOGLER, J., *The European Union as a Global Actor*, Abingdon, Routledge, 1999; USI-RAUVA, Ch., «The EU Energy and Climate Package: a Showcase for European Environmental Leadership?», *Env. Pol. Gov.*, vol. 20, 2010, pp. 73-88; ZITO, A., «The European Union as an environmental leader in a global environment», *Globalizations*, vol. 2, 2005, pp. 363-375.

<sup>17</sup> Para Daniel Bodanski, el «*real paradigm shift occurred at the 2009 Copenhagen Conference, when states abandoned the Kyoto Protocol's architecture in favor of a more flexible approach*». Véase igualmente DOELLE, M., «The Legacy of the Climate Talks in Copenhagen: Hopenhagen or Brokenhagen?», *Carbon & Climate Law Review*, vol. 4, 2010, p. 86.

<sup>18</sup> El Acuerdo de Copenhague traslada mejor su naturaleza no vinculante en la versión inglesa de su título, «Copenhagen Accord», de 18 de diciembre de 2009. Véase Informe de la COP núm. 15, Decisión 2/CP.15, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, de 30 de marzo de 2010.

<sup>19</sup> Véase sobre el liderazgo —y su pérdida— por la UE en la lucha contra el cambio climático: VAN SHAIK, L., «The Sustainability of the EU's Model for Climate Diplomacy», en OBERTHÜR, S. y PALLEMAERTS, M., *The New Climate Policies of the European Union: Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Bruselas, VUB Press, 2009; OBERTHÜR, S. y ROCHE NELLY, C., «EU Leadership in International Climate Policy: Achievements and Challenges», *The International Spectator*, vol. 43, 2008, núm. 3, pp. 35-50; COSTA, O., «Puestos a liderar. Unidad e influencia de la UE en la política internacional del clima», en BARBÉ IZUEL, E. (coord.), *Cambio mundial y gobernanza global: la interacción entre la Unión Europea y las instituciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 124-141, *id.*, «Después de Kyoto, Beijing: la UE ante las nuevas negociaciones del clima», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 2014, núm. 108, pp. 23-41; VERDÚ BAEZA, J., «Cambio climático y la Unión Europea: desde el liderazgo al riesgo de la irrelevancia», *RDCE*, vol. 17, 2013, núm. 45, pp. 659-687.

<sup>20</sup> Véase TORNEY, D., «Challenges of European Union Climate Diplomacy: The Case of China», *European Foreign Affairs Review*, vol. 19, 2014, pp. 119-134.

del instrumento fue hasta el último momento el objetivo más difícil de alcanzar. Sin embargo, dadas las características de sus disposiciones, su laxitud nos lleva necesariamente a examinar su intensidad normativa. Así cabe distinguir una amplia variedad de normas entre las que no faltan las meras recomendaciones o las obligaciones *de contrahendo* que suponen que los Estados parte a través de sus «contribuciones determinadas a nivel nacional» explicitan su compromiso individual, así como sus planes para la aplicación y cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito doméstico.

Asimismo, el Acuerdo de París otorga un papel importante a los agentes sociales que han de soportar una parte considerable de la carga del cumplimiento cuando en el ámbito doméstico se pongan en marcha los distintos procesos de transición hacia un modelo económico no dependiente de los combustibles fósiles. La relevancia de la acción de estos actores puede ahora revisarse al alza a la vista de las iniciativas que se han puesto en marcha en Estados Unidos por parte de Estados como California o Washington y de ONGs y de empresas norteamericanas que han abierto, en un ejercicio de paradiplomacia sin precedentes<sup>21</sup>, un proceso de negociación con el secretario general de las Naciones Unidas para formalizar su compromiso con el Acuerdo de París, al margen de la decisión de abandonar el acuerdo del Presidente Trump<sup>22</sup>.

En este estudio, abordaré el Acuerdo de París con un enfoque que valorará su contribución al desarrollo progresivo del Derecho Internacional (DI) general y, en especial, del DI del medio ambiente<sup>23</sup>. El Acuerdo de París ejemplifica los rasgos característicos de un régimen sectorial y el triunfo de la flexibilidad en un sector normativo del DI donde los Estados han de trasladar el cumplimiento de las obligaciones asumidas al marco doméstico. Para llevar a cabo esta labor, los Estados exigen flexibilidad para concretar sus compromisos y obligaciones y que se consideren sus circunstancias nacionales a la hora de hacerlo. Con este fin, el Acuerdo de París se ha distanciado de los enfoques previos que habían guiado el desarrollo normativo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático: del más rígido encarnado por el Protocolo de Kyoto —con su carga obligacional que solo pesaba sobre los países desarrollados de su Anexo I— y del más *soft* del Acuerdo de Copenhague. Ahora, el Acuerdo de París desarrolla la Convención Marco apoyándose en un cuerpo normativo complejo y heterogéneo que da cabida a disposiciones con distinta intensidad normativa que vincula por igual a países desarrollados y en desarrollo a través de un mecanismo voluntario de compromisos determinados a nivel nacional

---

<sup>21</sup> Sobre el concepto de paradiplomacia: véase CORNAGO PRIETO, N., «Paradiplomacy-Protodiplomacy», en MARTEL, G. (ed.), *The Blackwell-Wiley Encyclopedia of Diplomacy*, Londres, Blackwell-Wiley, 2017.

<sup>22</sup> Véase la Declaración del Presidente Trump sobre el Acuerdo de París sobre el cambio climático de 1 de junio de 2017, disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statement-president-trump-paris-climate-agreement> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>23</sup> Aunque haya autores que han considerado la posibilidad de desligar el cambio climático del Derecho internacional del medio ambiente, debido a que opinan que dada la gravedad del problema debería abordarse desde fórmulas más revolucionarias de las que puede aportar este sector; en este sentido véase CARLARNE, C., «Delinking International Environmental Law & Climate Change», *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, vol. 4, núm. 1, 2014, pp. 1-60.

que, en última instancia, marca la identidad del Acuerdo. Estos compromisos voluntarios constituyen una nueva expresión de la flexibilidad y la diferenciación asimétrica que inspiran la mayoría de los tratados internacionales del medio ambiente, siempre bajo el tamiz de la naturaleza *soft* de las obligaciones que las Partes han aceptado. Lo que no han aceptado, y ello constituye una ominosa elipsis, es la incorporación de normas que articulen el régimen de la responsabilidad internacional, ni tan siquiera en una manifestación *soft*.

## 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO DE PARÍS Y EL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Manuel Díez de Velasco ya señaló que «el medio ambiente en tanto que “nuevo” ámbito del DI público, necesita nuevas técnicas jurídicas de formación de normas. Estas deben, por otra parte, ser capaces de tener en cuenta las posibilidades de evolución ya sea de las situaciones dadas ya sea de los conocimientos»<sup>24</sup>. Por ello el DI del medio ambiente ha impulsado cambios en los procesos de creación de normas que se han manifestado a través de nuevas técnicas de negociación, que, a la postre, han dado lugar a la aparición de cambios en sus normas, de intensidad normativa diversa, de manera que el resultado último se critica por su cercanía al *soft law* y la flexibilidad<sup>25</sup>, y por la asimetría de las obligaciones de los instrumentos normativos, cuyo ejemplo más significativo fue el Protocolo de Kyoto<sup>26</sup>. En el caso del Acuerdo de París, pueden identificarse nuevas fórmulas ahora adaptadas a lo que están dispuestos a aceptar los Estados como limitaciones de su soberanía, lo que lleva a proyectar en el futuro el desarrollo normativo de sus compromisos, caracterizados como pactos *de contrahendo* y con un perfil individualizado en razón de las contribuciones determinadas a nivel nacional que han de ser propuestas por ellos.

El Acuerdo de París es, sin duda alguna, un tratado internacional que debe apreciarse desde la óptica de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pero igualmente está profundamente marcado por el *soft law*<sup>27</sup> y

<sup>24</sup> DÍEZ DE VELASCO, M., «Réponse au questionnaire», *Annuaire IDI*, vol. 67, 1997, núm. 1, p. 422.

<sup>25</sup> Pablo Martín Rodríguez considera que «[s]i la flexibilidad se define como la cualidad de doblarse con facilidad o sin romperse, aplicada a la norma convencional, la flexibilidad parece consistir, pues, en la facultad del tratado de adaptar o de modular los efectos jurídicos que despliega a las necesidades jurídicas o fácticas demandadas por la diversidad o por el cambio de la realidad social regulada». Véase MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 15.

<sup>26</sup> José Juste Ruiz describió la «asimetría convencional» como una «técnica consistente en la diversificación de las obligaciones y derechos de las partes, que deben responder a sus responsabilidades diferenciadas según el respectivo grado de desarrollo económico y científico. Esta técnica, basada en el establecimiento de incentivos para determinados Estados, derogaciones particulares, obligaciones diferenciadas, periodos de gracia, regionalización, etc., ha tenido también su campo de aplicación preferente en la protección del medio ambiente atmosférico»: véase JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 60.

<sup>27</sup> Sobre el *soft law*, véase FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Soft Law», en *Oxford Bibliographies*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1-40.

sus formas de manifestar compromisos jurídicos embrionarios o, incluso, simples expectativas normativas que están llamadas a ser objeto de una concreción futura en el seno de la Conferencia de las Partes (COP) del Acuerdo de París con la asistencia del Grupo de Trabajo Especial creado para asistirle en esta función legislativa dinámica. La necesidad de garantizar la consecución del Acuerdo de París ha guiado y justificado estas técnicas normativas.

## 2.1. El consenso como procedimiento de adopción del Acuerdo de París

Aunque el consenso como resultado que dio lugar al Acuerdo de París se haya quebrado con la manifestación por parte del Presidente Trump de su decisión de abandonar el Acuerdo, ello no puede llevar a olvidar su importancia como procedimiento, que ha tenido una contribución fundamental en la adopción del acuerdo y al que le ha sido concedido un papel muy medido para su desarrollo y reforma, a prueba de deserciones, como la de Estados Unidos.

Entendiendo el consenso como el procedimiento y no como el resultado, se define en tanto que «técnica de negociación y de toma de decisiones caracterizada por la ausencia, a lo largo de todo el proceso, del recurso al voto —aunque pueda haber sondeos informales— así como la ausencia de objeciones fundamentales»<sup>28</sup>. Como señala Eric Suy, «[o]casional en sus orígenes, el procedimiento del consenso ha llegado a ser hoy práctica corriente en la búsqueda de soluciones para los grandes problemas internacionales, sobre todo —y son muy numerosos— los que dividen el mundo según la distinción ya sea este-oeste [...] ya sea norte-sur [...]. Puede decirse que en un mundo dividido, el consenso es probablemente el único método que permite llegar a acuerdos, aunque ello sea al precio de la precisión y de la claridad de los textos. ¿Pero no se ha dicho que es mejor tener un acuerdo defectuoso que ningún acuerdo?»<sup>29</sup>. Todo ello se aplica de manera ejemplar a la lucha contra el cambio climático y al Acuerdo de París.

En el Acuerdo de París se ha llevado a cabo un recurso al consenso como medio de adopción de decisiones que ejemplifica lo que significa para el DI del medio ambiente, aunque ello también se haya considerado como una razón de la debilidad de su naturaleza normativa y como una de las razones de las potenciales deficiencias de su aplicación. Considero que en el caso del Acuerdo de París, se ha conseguido un resultado positivo de especial interés por las razones que paso a explicar, a pesar de que no se haya incorporado el consenso como fórmula para la enmienda futura del Acuerdo como se había propuesto durante el proceso de las negociaciones<sup>30</sup>. De esta manera se

<sup>28</sup> SUY, E., «Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international», en *VVAA, Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 22-25.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> El Texto de la Negociación incorporó en su propuesta sobre el derecho de voto las siguientes posibilidades: «220 [Votación/Derecho de voto (sobre la base del art. 18 de la Convención):

diferencia de la Convención Marco que sí preveía el consenso como primera fórmula de adopción de enmiendas en su art. 15.3.

Por lo general, el consenso deja una marca de nacimiento en los tratados internacionales en la medida en que la generalidad de sus disposiciones trae consigo que en el momento de la aplicación del tratado emerjan todas las discrepancias omitidas o superadas y que el interés nacional de los Estados prevalezca en la interpretación de las disposiciones, con menoscabo en muchas ocasiones de su contenido obligacional y de su eficacia. En el caso de la Conferencia de París, los Estados parte han incorporado en el texto del acuerdo los principios, los mecanismos y las preferencias con las que llevarán a cabo la aplicación del acuerdo teniendo en cuenta sus intereses nacionales y sus circunstancias específicas. Ello ha sido considerado, en un primer momento, como un gran obstáculo para el éxito del Acuerdo de París que ha sido muy criticado por su escasa intensidad normativa y una limitada ambición, sin embargo, considero que la combinación del consenso con las demás fórmulas flexibles que se incorporan en el Acuerdo pueden contribuir a su cumplimiento.

Por otra parte, es necesario señalar que durante el proceso de negociaciones del Acuerdo de París se puso de manifiesto la falta de consenso —como resultado— de un entendimiento sobre cuestiones fundamentales tales como la economía verde. Esta cuestión de enorme relevancia para el Acuerdo de París ya había cosechado en la Conferencia de Río de 2012 un consenso sobre la no existencia de un modelo de economía verde para todos los países y, por ello, se había decidido entonces que «cada país debe procurar su propia vía hacia la economía verde, con sujeción a las circunstancias nacionales»<sup>31</sup>.

Desde un enfoque crítico, sin embargo, también es necesario constatar que tras el consenso se esconde en ocasiones la imposición de una mayoría sobre una minoría, a veces con una violencia sorda, y que se considera igualmente motivo de los incumplimientos posteriores a la adopción de los instrumentos convencionales. Ello ha llevado a que se categoricen los distintos tipos de consensos que pueden emerger en las negociaciones sobre el cambio climático, en función del modo en que abordan el que ha sido el principal

---

220.1. Cada Parte tendrá un voto, excepto en el caso siguiente: las organizaciones regionales de integración económica, en los asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en el presente acuerdo. Esas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si cualquiera de sus Estados miembros ejerce el suyo, y viceversa;

220.2. Las Partes pondrán el máximo empeño en llegar a un acuerdo por consenso. Si se agotan todos los esfuerzos por lograr el consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la decisión, en última instancia, se tomará por mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes, salvo en el caso de:

a) Las decisiones sobre cuestiones financieras, que se tomarán por consenso;

b) Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento, que se tomarán por mayoría de las Partes presentes y votantes».

<sup>31</sup> Véase Nota de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea sobre la 26.ª Sesión del Consejo de Administración/Foro Ambiental Mundial a Nivel Ministerial (Nairobi, Kenia, de 21-24 febrero de 2011) durante la Presidencia española del Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Doc. 7463/11, de 8 de marzo de 2011.

punto de fricción y desacuerdo: la responsabilidad histórica por el fenómeno del cambio climático. Así, Mathias Friman distingue tres discursos sobre el consenso: el primero oculta el conflicto sobre la responsabilidad histórica tras la flexibilidad interpretativa; el segundo se centra en «un consenso razonado», que se fundamenta sobre perspectivas científicas comúnmente aceptadas; y el tercer discurso habría hecho posible un uso equívoco del concepto de responsabilidad histórica en varios discursos paralelos para, finalmente, soslayarlo y conseguir un consenso que pierde legitimidad<sup>32</sup>.

En el nuevo contexto en que habrá de desarrollarse normativa e institucionalmente el Acuerdo, tras la decisión del Presidente Trump de abandonarlo, el consenso como procedimiento tendrá un papel —y un riesgo— limitado, ya que en el Acuerdo de París solo se refiere a él en el art. 16.5 para atribuirle un papel menor en su reforma al señalar que:

«El reglamento de la Conferencia de las Partes y los procedimientos financieros aplicados en relación con la Convención se aplicarán *mutatis mutandis* en relación con el presente Acuerdo, a menos que decida otra cosa por consenso la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París».

Con esta medida, se produce un cambio importante pero comprensible, respecto a la Convención Marco en la que su art. 15.3 establecía que:

«Las Partes pondrán el máximo empeño en llegar a un acuerdo por consenso sobre cualquier proyecto de enmienda a la Convención. Si se agotan todas las posibilidades de obtener el consenso, sin llegar a un acuerdo, la enmienda será aprobada, como último recurso, por mayoría de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión. La secretaría comunicará la enmienda aprobada al Depositario, el cual la hará llegar a todas las Partes para su aceptación».

En el caso de la Convención Marco, con su fin de ser el marco normativo de referencia de futuros desarrollos, el consenso como procedimiento para su reforma tenía una función de legitimación extraordinaria. Ahora, en el caso del Acuerdo de París que tiene como fin superar las deficiencias del Protocolo de Kyoto y del Acuerdo de Copenhague y poner en marcha un proceso dinámico de asunción de obligaciones, la previsión del consenso como procedimiento de reforma no era recomendable. La razón de ello es que podría haber tenido como consecuencia hacer imposible la adopción de nuevos compromisos, condenándolo a una situación de *impasse*, que se ha evitado al no dejar en manos de una de las Partes la posibilidad de su invocación.

## **2.2. Un «protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal»**

La Conferencia de París puso punto y final a un largo y difícil ciclo de negociaciones a lo largo del cual se habían barajado las distintas fórmulas norma-

---

<sup>32</sup> FRIMAN, M., «Consensus rationales in negotiating historical responsibility for climate change», *International Environmental Agreements*, vol. 16, 2016, pp. 285-305.

tivas para el documento final, entre las que cabía elegir entre un «protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal» como se había convenido en la Conferencia de las Partes celebrada en Durban en 2010<sup>33</sup>. En esta conferencia, se creó además el Grupo de Trabajo Especial de la Plataforma de Durban para una acción reforzada. Este Grupo se reunió en 15 ocasiones para tratar de cumplir el mandato recibido que le llevaría a adoptar en febrero de 2015 un texto de negociación para el Acuerdo de París<sup>34</sup>.

Este texto para la negociación, de redacción reiterativa y caótica por ser la compilación apresurada de las propuestas de las Partes de la Convención y que en su versión española contaba con 109 páginas<sup>35</sup>, le sirvió al Grupo de Trabajo para decidir los elementos básicos del instrumento jurídico que se adoptaría en diciembre de 2015. También sirvió para discutir las decisiones fundamentales relativas a la naturaleza jurídica y el contenido de las obligaciones de las Partes aunque no pudiera alcanzarse un acuerdo previo a la Conferencia de París<sup>36</sup>.

La solución final alcanzada es la de un tratado internacional que aglutina las fórmulas flexibles propias del DI del medio ambiente, en la medida en que en la mayoría de sus disposiciones se combinan, al mismo tiempo, la obligación y la recomendación, sin que quede claramente establecido su alcance. Sin embargo, la cuestión de su naturaleza jurídica se ha convertido en un problema cuando el Presidente Trump ha manifestado que Estados Unidos abandonará el Acuerdo de París, al que no considera un tratado sino un instrumento no vinculante —al que se refiere como «*Accord*» y no «*Agreement*»—, otorgándole el mismo tratamiento que al Acuerdo de Copenhague de 2009. En esta interpretación, el Presidente Trump no difiere, sin embargo, de la del Presidente Obama que consideró al Acuerdo como no vinculante en la medida en que las obligaciones que generaría serían políticas. De igual modo, el Presidente Obama consideraba que el incumplimiento de los compromisos de reducción de emisiones previstos en la contribución determinada a nivel nacional de los Estados Unidos solo daría lugar a una sanción política por parte del Comité del art. 13<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Véase la Decisión 1.CP/17, sobre el Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada, FCCC/CP/2011/9/Add.1. En su último apartado esta decisión pedía «a las Partes y a las organizaciones observadoras que presenten, el 28 de febrero de 2012 a más tardar, sus opiniones sobre posibles opciones y maneras de aumentar más aún su nivel de ambición, y decide celebrar un taller durante el primer periodo de sesiones de negociación de 2012 para examinar esas opciones y maneras de aumentar la ambición y otras posibles nuevas medidas».

<sup>34</sup> Véase el Documento FCCC/ADP/2015/1, de 25 de febrero de 2015.

<sup>35</sup> Véase el Texto de la Negociación adoptado por el Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada, durante la 8.ª parte del segundo periodo de sesiones, 8 a 13 de febrero de 2015, Doc. FCCC/ADP/2015/1, de 25 de febrero de 2015. En adelante, nos referiremos a él como Texto de la Negociación.

<sup>36</sup> En su última reunión, el Grupo de Trabajo presentó un proyecto de texto y un proyecto de decisión de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco y un borrador de 31 páginas, en los que no había llegado a alcanzar un acuerdo general sobre los elementos básicos del Acuerdo de París y su naturaleza jurídica.

<sup>37</sup> Así Lewis señalaría que: «*Obama's answer is that the "commitments" he made in Paris are "politically binding". That's a fancy way of saying the agreement will put political pressure on U.S. leaders, notably the next president and Congress, to uphold the EPA's so-called Clean Power Plan (CPP) and other*

La importante política climática del Presidente Obama se desarrolló a través de órdenes ejecutivas, sin contar con el apoyo del Congreso. El peso de estas órdenes ejecutivas se veía cimentado solo por el apoyo de la opinión pública y la acción de Estados como Massachusetts que en su momento llevó a la Agencia para la Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Supremo<sup>38</sup>, lo que le habría otorgado a esta amplios poderes jurídicos para adoptar medidas de mitigación y estándares de protección<sup>39</sup>. Estas medidas durante la Administración Obama se habrían identificado teniendo en cuenta el fenómeno global del cambio climático, lo que desde el punto de vista del cumplimiento con los Principios de la Convención Marco, suponía acatar el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y la equidad. La política climática del Presidente Obama también era ejemplar<sup>40</sup> en la medida en que en virtud de esos principios había adoptado líneas directrices por las que las exigencias de la lucha contra el cambio climático tenían que incorporarse en todas las políticas públicas del Estado<sup>41</sup>.

Esa quijotesca<sup>42</sup> política climática de Estados Unidos durante el mandato del Presidente Obama sustentó su liderazgo durante la negociación del Acuerdo de París pero ahora es la principal razón por la que el Presidente Trump denuncia que Estados Unidos ha sido tratado injustamente por las cargas asumidas, ya que su visión de la equidad es ciertamente muy diferente<sup>43</sup>. Su desmantelamiento se ha convertido en uno de los principales objetivos de la Administración del Presidente Trump.

Desde un punto de vista jurídico, el Acuerdo de París es un tratado internacional por lo que la Declaración presidencial relativa a su abandono

---

*regulations required to fulfill Obama's pledge to cut U.S. greenhouse gas emissions by 26 to 28 percent below 2005 levels by 2025*». Véase LEWIS, M., *op. cit.*, nota 14.

<sup>38</sup> Véase *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Sentencia de 7 de abril de 2007, disponible en <https://www.supremecourt.gov/opinions/06pdf/05-1120.pdf> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>39</sup> Véase FARBER, D. A., «Climate Change, Federalism and the Constitution», *Arizona Law Review*, vol. 50, 2008, p. 879.

<sup>40</sup> Véase el Plan del Presidente Obama, «The President's Climate Action Plan», junio de 2013, disponible aún en <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/image/president27sclimateactionplan.pdf> (consultada el 5 de junio de 2017).

<sup>41</sup> Véase el extenso art. 3 de la Convención Marco sobre los principios que deben guiar a las partes para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones. Estas *Guidelines* fueron suprimidas por el Presidente Trump tras asumir su mandato y ya no pueden encontrarse en la página *web* de la Agencia de Protección del Medio Ambiente, EPA.

<sup>42</sup> Véase BENVENISTI, E., «Quixotic Altruism or an Effective Investment? On Unilateral Measures to Mitigate Climate Change», disponible en <http://globaltrust.tau.ac.il/quixotic-altruism-or-an-effective-investment-on-the-incentives-and-concerns-with-unilateral-measures-to-mitigate-climate-change> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>43</sup> Sergio Salinas Alcega ya había puesto de manifiesto el carácter subjetivo de la equidad al considerar que «el componente subjetivo que presenta el concepto de equidad conduce de forma necesaria a la negociación con el fin de alcanzar un acuerdo respecto al contenido que en cada caso tiene que tener el trato diferenciado para ser justo, abriéndose así la puerta a la confrontación de posiciones entre los Estados», véase SALINAS ALCEGA, S., «La Equidad en el Régimen Jurídico-internacional de la Lucha contra el Cambio climático. Contenido (Presente y Futuro) del Principio de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2012, pp. 187-260, en p. 195.

solo esconde incertidumbre y desconocimiento jurídico sobre sus consecuencias<sup>44</sup>. Por abandono, el Presidente Trump se refería al cumplimiento del compromiso voluntario determinado nacionalmente que Estados Unidos comunicó y depositó en el Registro del Acuerdo de París el 3 de septiembre de 2016<sup>45</sup>. Respecto a la denuncia del Acuerdo, esta ha de regirse por su art. 28 que establece que cualquiera de las Partes podrá denunciar el Acuerdo mediante notificación por escrito al Depositario en cualquier momento después de que hayan transcurrido tres años a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo para esa Parte. Asimismo, la denuncia solo surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación. Dado que Estados Unidos depositó su ratificación el 4 de noviembre de 2016, la denuncia solo podría realizarse el 4 de noviembre de 2019 y entraría en vigor un año después.

La otra posibilidad que cabe, dado que los representantes norteamericanos manifestaron que la fuente de obligaciones del Acuerdo de París era la Convención Marco, sería denunciar esta Convención, lo que de manera automática también implica la denuncia de los instrumentos que la desarrollan<sup>46</sup>. Aunque el Senado, que fue quien en su día hizo posible la ratificación de la Convención Marco, podría ahora adoptar su denuncia porque cuenta con una mayoría republicana, lo cierto es que el proceso podría alargarse más allá del mandato del actual presidente. Confiando en que el Presidente Trump no sea elegido en las elecciones de 2020, se ha barajado la hipótesis de que el nuevo presidente electo podría volver a adherirse al Acuerdo de París, a los treinta días de hacerse efectiva la denuncia.

### **2.3. Un Pacto de Contrahendo para el desarrollo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático**

El largo proceso de negociaciones que ha precedido al Acuerdo de París forma parte del ADN de la Convención Marco, en la medida en que todo acuerdo marco desencadena un proceso negociador permanente que inspira su futuro desarrollo normativo y su propia estructura institucional. Así, la

---

<sup>44</sup> Véase la declaración denominada «Rose Garden Statement by President Trump on the Paris Climate Accord», disponible en <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/06/01/statement-president-trump-paris-climate-accord> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>45</sup> Disponible en el Registro de las contribuciones determinadas nacionalmente del Acuerdo de París, en <http://www4.unfccc.int/ndcregistry/PublishedDocuments/United%20States%20of%20America%20First/U.S.A.%20First%20NDC%20Submission.pdf> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>46</sup> El art. 25 de la Convención Marco establece que «1. Cualquiera de las Partes podrá denunciar la Convención, previa notificación por escrito al Depositario, en cualquier momento después de que hayan transcurrido tres años a partir de la fecha en que la Convención haya entrado en vigor respecto de esa Parte. 2. La denuncia surtirá efecto al cabo de un año contado desde la fecha en que el Depositario haya recibido la notificación correspondiente o, posteriormente, en la fecha que se indique en la notificación. 3. Se considera que la Parte que denuncia la Convención denuncia asimismo los protocolos en que sea Parte».

Convención Marco es un claro exponente de los tratados marco del DI del medio ambiente en los que las Partes aceptan un marco referencial de normas básicas y manifiestan su voluntad de proseguir con las negociaciones, con el fin de superar las limitaciones intrínsecas de este tipo de acuerdos, que para alcanzar el mayor número posible de participantes contienen compromisos genéricos que requieren de sucesivas negociaciones en las que concretar obligaciones más estrictas<sup>47</sup>. El Acuerdo de París es el último de los instrumentos que desarrollan la Convención Marco, dando un paso más en la diversificación de los regímenes obligacionales y modos de participación de los Estados parte. Estos distintos mecanismos son además una manifestación de la flexibilidad necesaria para adaptarse a continuos cambios con técnicas jurídicas como las que en el Acuerdo se incorporan —arts. 6 a 13— que permiten a los Estados que así lo deseen la modulación del cumplimiento de sus obligaciones. La flexibilidad se consigue también a través de la adaptación de las obligaciones a las diferencias existentes entre los Estados, en razón de los principios incorporados por el art. 2.2, que dispone que el Acuerdo de París «se aplicará para reflejar la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales».

Porque la mayor parte de las obligaciones del Acuerdo de París y de sus mecanismos de control y promoción del cumplimiento están solo desarrollados de manera embrionaria es necesario considerarlo como un pacto *de contrahendo*, en la medida en que su negociación se extiende más allá de la adopción del tratado, en los sucesivos periodos de revisión del Acuerdo. Así ha de esperarse un desarrollo progresivo de todos aquellos compromisos que solo han conseguido trasladar un acuerdo de principio sobre: las medidas de mitigación (art. 4) y de adaptación (art. 7), el marco de transparencia reforzado (art. 13), y el proceso de balance mundial y actualización cada cinco años (art. 14).

En la Conferencia de las Partes 22.<sup>a</sup> de la Convención Marco (CoP22), y en la CoP1 del Acuerdo de París estaba previsto igualmente fijar el ritmo de su aplicación, así como establecer un calendario. Además, se esperaba que se fijaran objetivos más ambiciosos para el 2020. El Grupo Especial de trabajo del Acuerdo de París (GAP), en virtud del mandato recibido en la Conferencia de París<sup>48</sup>, preparará las «orientaciones adicionales» que servirán a la Conferencia de las Partes para dotar de contenido a las normas laxas y flexibles

---

<sup>47</sup> Sobre los acuerdos marco en el ámbito del medio ambiente, véase Kiss, A., «Les traités-cadre: une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement», *AFDI*, vol. XXXIX, 1993, p. 792.

<sup>48</sup> La Conferencia de las Partes de París estableció su creación y sus funciones en la Decisión 1/CP.21 por la que se adopta el Acuerdo de París en sus párrafos: «7. Decide establecer el Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo de París, al que se aplicarán, *mutatis mutandis*, las disposiciones previstas para la elección de los miembros de la Mesa del Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una Acción Reforzada; 8. Decide también que el Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo de París se encargará de los preparativos para la entrada en vigor del Acuerdo y para la celebración del primer periodo de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las

del acuerdo, adoptando resoluciones sobre mitigación<sup>49</sup>, adaptación<sup>50</sup> y la estructura institucional. Estas resoluciones tendrán aún que esperar a la consulta previa de los Estados parte sobre su contenido y alcance, lo que ha sido examinado en las últimas reuniones del GAP<sup>51</sup>.

### 2.3.1. *La diferenciación de las obligaciones: las contribuciones determinadas a nivel nacional*

Si bien se respeta el principio de las responsabilidades comunes, la diferenciación o la asimetría han alcanzado una forma más perfeccionada en el Acuerdo de París que en la Convención Marco y en el Protocolo de Kyoto, en la medida en que todas las Partes asumen obligaciones de manera que se superaría la división entre los países desarrollados y en desarrollo. No obstante y como señala Sandrine Maljean-Dubois, el Acuerdo de París ha incorporado nuevas categorías para la diferenciación al distinguir entre países en razón de los objetivos perseguidos de mitigación, adaptación, finanzas y en materia de transparencia<sup>52</sup>. También se puede distinguir una diferenciación específica en el contexto del nuevo mecanismo para facilitar la aplicación y promover el cumplimiento de las disposiciones del Acuerdo previsto en el art. 15. Así Christina Voigt ha valorado positivamente la mera existencia del mecanismo, debido a que los Estados parte en desarrollo aún no habían estado sujetos a un mecanismo de cumplimiento bajo la Convención Marco o el Protocolo de Kyoto. Esta autora propone que en el desarrollo futuro de este mecanismo, sería conveniente distinguir dos vías paralelas con las que se aborde, por una parte, el cumplimiento de las obligaciones jurídicamente vinculantes del Acuerdo y por otra, la facilitación de la aplicación de todas las demás disposiciones<sup>53</sup>.

---

Partes en el Acuerdo de París; 9. Decide además supervisar la ejecución del programa de trabajo que dimane de las solicitudes pertinentes formuladas en la presente decisión».

<sup>49</sup> Así el tema 3 de su Programa de trabajo y mandato se refiere a la preparación de las «Orientaciones adicionales en relación con la sección de la decisión 1/CP.21 que se refiere a la mitigación, respecto de: a) las características de las contribuciones determinadas a nivel nacional, según lo dispuesto en el párrafo 26; b) la información destinada a facilitar la claridad, la transparencia y la comprensión de las contribuciones determinadas a nivel nacional, según lo dispuesto en el párrafo 28, y c) la manera en que las Partes han de rendir cuentas de sus contribuciones determinadas a nivel nacional, según lo dispuesto en el párrafo 31».

<sup>50</sup> En virtud del tema 4 del programa, el GAP preparará las «Orientaciones adicionales en relación con la comunicación sobre la adaptación, presentada por ejemplo como un componente de las contribuciones determinadas a nivel nacional, a que se hace referencia en el artículo 7, párrafos 10 y 11, del Acuerdo de París».

<sup>51</sup> La última reunión fue celebrada en Bonn en mayo de 2017 y en ella el GAP se comprometió a acelerar su trabajo: «The APA agreed to accelerate its work accordingly and reaffirmed its commitment to working diligently and expeditiously to fulfil its mandate as soon as possible but no later than COP 24», véanse «Conclusions proposed by the Co-Chairs, adopted by APA 1.3 at its closing plenary on 18 May 2017 as orally amended», disponible en [http://unfccc.int/files/meetings/bonn\\_may\\_2017/in-session/application/pdf/apa2017\\_12\\_amended\\_unedited.pdf](http://unfccc.int/files/meetings/bonn_may_2017/in-session/application/pdf/apa2017_12_amended_unedited.pdf) (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>52</sup> Véase MALJEAN-DUBOIS, S., «The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?», *RECIEL*, vol. 25, 2016, p. 157

<sup>53</sup> Véase VOIGT, Ch., «The Compliance and Implementation Mechanism of the Paris Agreement», *Review of European Comparative & International Environmental Law*, vol. 25, 2016, núm. 2, pp. 161-173.

Pero el ejemplo más claro de diferenciación son los compromisos voluntarios determinados a nivel nacional y que tienen como componentes tanto las medidas de mitigación como las de adaptación. El Acuerdo de París, como el DI del medio ambiente, exige que la mayor parte de sus obligaciones se incorporen en el Derecho interno de sus Estados parte. Por ello, la consecución de sus objetivos depende en última instancia de la aplicación que el Acuerdo reciba en el ámbito doméstico, movilizándolo tanto a los cuerpos legislativos como a la administración especializada y a los cuerpos responsables de velar por el cumplimiento de las normas nacionales. Desde ese punto de vista, el Acuerdo de París ha hecho visible este proceso a través de la previsión de las contribuciones determinadas a nivel nacional, así como a través del Mecanismo de Transparencia.

Las contribuciones determinadas a nivel nacional han supuesto además un cambio en la forma de la creación de las normas internacionales de protección del medio ambiente. Así, como destacan Mar Campins o Rafael Leal-Arcas, se ha pasado de la arquitectura propia del Protocolo de Kyoto basada en un enfoque «*top-down*», de planificación centralizada y descendente de objetivos y atribución de obligaciones de mitigación a partir de estimaciones globales, a un enfoque «*bottom-up*», descentralizado y de carácter ascendente, en el que se suman los compromisos que deciden los Estados parte, individualmente conforme a sus circunstancias nacionales y en el respeto de sus intereses nacionales<sup>54</sup>.

Ya antes de la Conferencia de París y respondiendo al mandato de la Conferencia de Lima, 152 Estados parte en la Convención presentaron sus compromisos voluntarios de reducción de emisiones para la asunción de responsabilidades específicas en el ámbito interno, a las que se sumaron otras hasta alcanzar, a día de hoy, la cifra de 166<sup>55</sup>. Entre estos Estados se encontraban Estados Unidos y China, que un año antes de la Conferencia de París habían llegado a un acuerdo sobre sus compromisos de reducción y de cooperación<sup>56</sup>. En el marco de la Convención Marco, estos compromisos constituyen un desarrollo más a través de instrumentos no vinculantes, pero no por ello carentes de valor jurídico<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Véase CAMPINS ERITJA, M., «De Kioto a París...», *op. cit.*, nota 9, p. 8; y LEAL-ARCAS, R., «Top-Down Versus Bottom-Up Approaches for Climate Change Negotiations: An Analysis», *The IUP Journal of Governance and Public Policy*, vol. 6, 2011, núm. 4, pp. 7-52.

<sup>55</sup> Véanse las estadísticas disponibles en la página web del Acuerdo de París en <http://unfccc.int/2860.php> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>56</sup> El Presidente Obama anunció la meta de reducir las emisiones de Estados Unidos para 2025 en un 26-28 por 100 respecto a los niveles de 2005: «U.S.-China Joint Announcement on Climate Change and Clean Energy Cooperation», disponible en <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/11/11/fact-sheet-us-china-joint-announcement-climate-change-and-clean-energy-c> (consultado el 31 de mayo de 2017).

<sup>57</sup> En la Decisión 1/CP.21, aprobada por la Conferencia de las Partes se invitaba a las Partes a presentar su primera contribución nacional determinada, a más tardar al depositar sus instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación del Acuerdo de París. En el caso de que la Parte hubiese comunicado su contribución antes de unirse al acuerdo, se considerará que ha satisfecho esta disposición.

En el marco de estos compromisos determinados a nivel nacional, las partes deberán adoptar planes nacionales de reducción, pero podrán proseguir con sus emisiones hasta la fecha crítica de 2020, fijándose metas de reducción para 2025 y 2030. El objetivo último es que tras una fase de transición inicien una reducción que se revisará cada cinco años y que deberá mostrar progresos respecto a los compromisos iniciales. El momento de la revisión quinquenal será también cuando se lleve a cabo una revisión al alza con un incremento de los compromisos conforme a lo establecido en el Acuerdo de París.

Estos compromisos también pueden valorarse desde el punto de vista de una nueva manera de abordar el cumplimiento en la medida en que el enfoque nacional obedece a la propia naturaleza del problema<sup>58</sup> y a la inexistencia de un consenso sobre el concepto de economía verde como ya he mencionado.

### **2.3.2. *Estados Unidos frente al Acuerdo de París: quien puede lo más puede lo menos —o no— de conformidad con el art. 4.11 del Acuerdo de París***

Durante la fase de discusión previa a la adopción de la decisión de «abandono» del Acuerdo de París por el Presidente Trump, se han producido encendidas discusiones entre los miembros de la ya Administración Trump con los negociadores presentes en la Conferencia de París bajo el mandato del Presidente Obama<sup>59</sup>. Unos y otros han sostenido distintas interpretaciones sobre la naturaleza y el contenido del tratado.

Una de las cuestiones más importantes que abordaron fue si este tratado incorporaba o no una disposición vinculante que permitiera o impidiera corregir a la baja los compromisos asumidos. Para responder a ella, la redacción del art. 4.11 ha generado encontradas interpretaciones entre los partidarios de la permanencia y de la salida del Acuerdo. Este art. 4.11 establece que:

«Las Partes podrán ajustar en cualquier momento la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente, con miras a aumentar su nivel de ambición, de conformidad con la orientación que imparta la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París».

Los negociadores del Presidente Obama, partidarios de la permanencia, han llevado a cabo una interpretación del art. 4.11 que permitiría a los Estados Unidos modificar a la baja el compromiso de reducir las emisiones del

<sup>58</sup> Así, Ulrich Beck refiriéndose al papel desempeñado por el IPCC venía a destacar: «*The very system of the IPCC stands for a new way of connecting problems Cosmopolitan science referring to and transcending national boundaries because every nation assesses something about the report. There is a national dimension in it and at the same time there is a new kind of institution - a "cosmopolitan world parliament of climate science", creating a kind of contextual universalism that represents the many different national and local voices and thereby including local and national knowledge*», véase BECK, U., *op. cit.*, nota 12, p. 113.

<sup>59</sup> Véase CHEMNICK, J., «Can the U.S. weaken its target? The answer may hinge on a Word», *E&E News*, de 1 de mayo de 2017, disponible en <https://www.eenews.net/climatewire/stories/1060053818> (consultada el 6 de octubre de 2017).

26-28 por 100 por debajo de los niveles de 2005 para 2025 sin tener que abandonar el Acuerdo. Esta interpretación también legitimaría políticamente la batería de medidas adoptadas por el Presidente Trump para cumplir con su compromiso electoral de revertir la política climática del Presidente Obama, y que han tenido por objeto suprimir o debilitar las medidas más importantes en materia de reducción de emisiones. No obstante, lo más relevante de esta interpretación es que sería un freno para cualquier tipo de acusación internacional o doméstica sobre la ilegalidad de dichas medidas.

No obstante, el resultado opuesto es posible a partir de una interpretación literal de este artículo que se caracterizaría entonces como un compromiso que solo puede ser revisado al alza, «con miras a aumentar su nivel de ambición». En esta fórmula se ha querido ver una cláusula de no regresión<sup>60</sup>. Esta es la interpretación de los que desean la salida de Estados Unidos del Acuerdo y convierten al art. 4.11 en la razón de que no quepa otra posibilidad que la denuncia o la renegociación del Acuerdo. Estos miembros de la Administración Trump consideran que si los Estados Unidos permanecieran en el Acuerdo reduciendo su compromiso en respuesta a su promesa electoral, su posición de liderazgo se vería menoscabada —tanto como si se denunciara el acuerdo— y, además, sería objeto de una evaluación negativa y de una sanción política en cada periodo de revisión del Acuerdo por su sistema institucional.

No obstante, es necesario realizar una división entre los detractores del Acuerdo de París que exigen la anulación de la orden ejecutiva del Presidente Obama<sup>61</sup>, distinguiendo entre los que lo consideran un tratado internacional y aquellos que consideran que el Acuerdo es un instrumento no vinculante, cuyo abandono no causaría consecuencias jurídicas. Para los primeros, una salida airosa sería someter el tratado a la requerida votación de las cámaras norteamericanas<sup>62</sup>, en las que dada la mayoría republicana actual obtendría el deseado rechazo<sup>63</sup>. Sin embargo, han sido los segundos, los que no lo consideran un instrumento vinculante los que finalmente han conquistado la confianza del Presidente Trump.

### 3. EN DEFENSA DEL *SOFT LAW* Y DE LA *SOFT GOVERNANCE* EN EL ACUERDO DE PARÍS

Daniel Bodanski ha puesto en valor el papel del *soft law* para la consecución de los fines del Acuerdo de París en la medida en que considera que tan

---

<sup>60</sup> Véase VIÑUALES, J., *op. cit.*, nota 1, p. 5.

<sup>61</sup> Véase CHAMNIK, J., «GOP divisions on pact go public as decision nears», *Climate Wire*, 2017.

<sup>62</sup> En el Senado, los tratados internacionales han de ser aprobados por una mayoría de dos tercios que nunca podría alcanzarse con la actual composición de mayoría republicana (art. II, Sección 2.<sup>a</sup>, Cláusula 2 de la Constitución de los Estados Unidos, disponible en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>).

<sup>63</sup> Véase HORNER, Ch., «Send the Paris Deal to Die», *Competitive Enterprise Institute*, 24 de mayo de 2017, disponible en <https://cei.org/content/send-paris-climate-deal-die-senate> (consultada el 6 de octubre de 2017).

importante es que sus obligaciones se cumplan como que el mayor número de Estados esté dispuesto a aceptarlas, ya que sin este último requisito sería imposible revertir el cambio climático<sup>64</sup>. El carácter *soft* de los compromisos también ha influido en el sistema institucional vinculado al Acuerdo, ya que completa la gobernanza derivada de la Convención Marco desde 1996<sup>65</sup>. Esta gobernanza, entendida como el marco institucional responsable del desarrollo progresivo de los instrumentos normativos y de la promoción y control de su cumplimiento<sup>66</sup>, además trasciende la prevista en el Acuerdo de Copenhague de 2009 en la medida en que cruza el umbral del 2020 que este instrumento voluntario había previsto. Así pues se diseña una arquitectura institucional que mira a un futuro jalonado con las revisiones que se deberán realizar cada cinco años, para valorar los resultados colectivos e individuales y planificar el incremento progresivo de las reducciones. Sobre esta gobernanza ya se ha escrito que es rupturista e innovadora porque abre un camino nuevo<sup>67</sup>, sin embargo, no puede olvidarse que reproduce las particularidades de las estructuras institucionales propias del DI del medio ambiente<sup>68</sup>.

La construcción de esta arquitectura debía abordarse en la primera Conferencia de las Partes del Acuerdo de París que se celebró en Marraquech entre el 7 y el 18 de noviembre de 2016. Sin embargo, los resultados de esta primera Conferencia han sido más humildes de lo que cabía esperar dadas las expectativas suscitadas<sup>69</sup> y la entrada en vigor del acuerdo antes de lo esperado. El Grupo de Trabajo Especial del Acuerdo de París ha sido el encargado de presentar a la Conferencia de las Partes las modalidades y procedimientos que doten de contenido a las propuestas y a las obligaciones genéricas del Acuerdo de París. Las medidas finalmente adoptadas son el resultado del proceso de ejecución del mandato recibido por el GAP en la Decisión de adopción del Acuerdo en la que se le encomendaba, entre otras funciones, establecer la información

<sup>64</sup> Véase BODANSKY, D., «The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?», *AJIL*, vol. 110, 2016.

<sup>65</sup> LEAL-ARCAS, R. y CARAFA, L., «Road to Paris COP21: Towards Soft Global Governance for Climate Change?», *Renewable Energy Law and Policy Review*, vol. 5, 2014, núm. 2, pp. 130-135, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2532570> (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>66</sup> Se ha definido este concepto señalando que «a un nivel formal es virtualmente un sinónimo de cooperación internacional medioambiental», que abarca tanto «la red de organizaciones internacionales y convenciones medioambientales y los espacios entre ellas»: véase VÖGLER, J., «The European contribution to global environmental governance», *International Affairs*, vol. 81, 2005, núm. 4, p. 835.

<sup>67</sup> Véase DIMITROV, R. S., «The Paris Agreement on climate change: behind closed doors», *Global Environmental Politics*, vol. 16, 2016, núm. 3, pp. 1-11; CLAES, D. H. y HVEEM, H., «From Paris to the end of oil», *Politics and Governance*, vol. 4, 2016, núm. 3, pp. 197-208.

<sup>68</sup> Sobre los mecanismos de promoción y control del cumplimiento en el marco del DI del medio ambiente, véase CARDESA SALZMANN, A., *El Control Internacional de la Aplicación los Acuerdos Ambientales Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; y BORRÁS PENTINAT, S., *El Control Internacional de los Tratados Multilaterales de Protección del Medio Ambiente ¿Apariencias o Realidad*, Tirant lo Blanch, 2013; HUICI SANCHO, L. y CARDESA SALZMANN, A. (eds.), «El mecanismo de seguimiento en el régimen internacional del cambio climático: los casos de la Comunidad Europea, Canadá y España», en CAMPINS ERITJA, M. (coord.), *Los retos de la aplicación del protocolo de Kyoto en España y Canadá*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 67-88.

<sup>69</sup> Véase MOOSMANN, L., NEIER, H., MANDL, N. y RADUNSKY, K., «Implementing the Paris Agreement - Issues at Stake in View of the COP 22 Climate Change Conference in Marrakesh», Informe al Parlamento Europeo IP/A/ENVI/2016-11 PE 587.319, de octubre de 2016.

que debe contener la contribución determinada a nivel nacional, concretar las modalidades, procedimientos y directrices del Marco de transparencia, las modalidades del balance mundial y las modalidades del Mecanismo de cumplimiento. En el ejercicio de sus funciones, el GAP ha propuesto incorporar como componente de las contribuciones determinadas a nivel nacional la comunicación que deben realizar los Estados sobre las medidas de adaptación y la información que debe acompañarlas.

A la hora de valorar esta gobernanza *soft* derivada del Acuerdo de París, es necesario llevar a cabo una reflexión sobre su potencial de eficacia y de eficiencia. En la medida en que la eficacia hace referencia a los resultados y la eficiencia a la idoneidad de los procedimientos habilitados para alcanzarlos<sup>70</sup>, nos encontramos con que la gobernanza *soft* del Acuerdo de París cuenta con procedimientos de revisión y de promoción y control del cumplimiento lo suficientemente flexibles como para ser aceptados por todas las Partes<sup>71</sup>. En última instancia, estos procedimientos también han de garantizar que se incrementen los posibles costes asociados al incumplimiento<sup>72</sup> y que estos no se vean compensados por sus eventuales beneficios individuales. El denominado Marco de transparencia previsto en el art. 13 del Acuerdo de París<sup>73</sup>, en

---

<sup>70</sup> Noé Cornago Prieto definía estos conceptos señalando que: «El problema del cumplimiento de las decisiones constituye otro de los aspectos centrales en el estudio de los regímenes internacionales. Para empezar conviene señalar que es preciso distinguir lo que podemos llamar la *eficacia* de los regímenes internacionales de su *eficiencia*. El problema del cumplimiento de los compromisos no debe confundirse con aquel otro que afecta a la efectividad del régimen en cuestión. Estamos ante un régimen internacional eficaz cuando los Estados adecúan su comportamiento a los compromisos o disposiciones adoptados en el seno del régimen en cuestión. Si después de laboriosas negociaciones los Estados han establecido un sistema de cuotas en las exportaciones de crudo, en la captura de ballenas, o la puesta de satélites en órbita, el régimen habrá resultado eficaz si los Estados cumplen efectivamente sus compromisos. La eficacia del régimen no presume necesariamente la existencia de sistemas de control o sanción, aunque en ocasiones estos puedan resultar necesarios. La *eficacia* se estima simplemente en función del cumplimiento de las expectativas de comportamiento previstas. La *eficiencia* del régimen nos remite a un problema muy diferente. Consideremos, por ejemplo, retomando los ejemplos anteriores, que los Estados respetan las cuotas asignadas pero las reservas de crudo se agotan antes de lo previsto por estar mal estimadas; que las capturas de ballenas se ajustan a lo estipulado pero desaparecen en el periodo de aplicación del acuerdo; [...]. En tales casos, aunque sus disposiciones se hayan cumplido irrefutablemente, los regímenes internacionales afectados se habrán revelado ineficientes»: véase CORNAGO PRIETO, N., «Elementos para el análisis del proceso político en los regímenes internacionales: el multilateralismo no necesariamente formalizado», *AEDI*, vol. 15, 1999, pp. 205-234, en p. 228.

<sup>71</sup> Respecto a la eficacia y la flexibilidad se ha afirmado que: «*Since Parties have agreed at COP 19 in Warsaw that their contributions to this instrument would be determined at the national level, it is crucial that the instrument is effective. Effectiveness can be seen in terms of implementation to ensure that Parties deliver their contributions, and in terms of adequacy to ensure that aggregated individual contributions progressively achieve the long-term global goal. Consequently, the agreement should be both dynamic and durable. Many Parties have expressed the need to have an instrument that can be strengthened progressively over time, without burdensome renegotiation*», véase MALJEAN-DUBOIS, S., SPENCER, T. y WEMAE-RE, M., «The Legal Form of the Paris Climate Agreement: a Comprehensive Assessment of Options», *CCLR*, 2016, p. 1.

<sup>72</sup> CORNAGO PRIETO, N., *op. cit.*, nota 70, p. 229.

<sup>73</sup> De los 15 apartados de este art. 13 destacar en especial el 1.º y el 5.º que manifiestan el fin y el propósito de este mecanismo *soft* de control: «1.º Con el fin de fomentar la confianza mutua y de promover la aplicación efectiva, por presente se establece un marco de transparencia reforzado para las medidas y el apoyo, dotado de flexibilidad para tener en cuenta las diferentes capacidades de las Partes

tanto que mecanismo *soft* de control del cumplimiento, debería garantizar no solo la presión de los actores internacionales<sup>74</sup> sino también de los demás Estados, que en una revisión de pares, juzgarán políticamente los incumplimientos. Este marco de transparencia y control ya ha demostrado tener un efecto significativo, si bien uno inesperado en la medida en que ha sido considerado una de las principales razones para que miembros del partido republicano solicitasen que Estados Unidos abandonara el Acuerdo de París, por considerar intolerable que las políticas de su país pudieran ser objeto del escrutinio internacional, bajo las distintas formas de control previstas en el Acuerdo<sup>75</sup>. Finalmente, dado el estado de inseguridad jurídica respecto a las obligaciones que vinculan a Estados Unidos en la lucha contra el cambio climático, la Conferencia de las Partes y los distintos mecanismos del Acuerdo cobran un especial valor político por su capacidad para sancionar, al menos políticamente, a los que hacen dejación de sus obligaciones.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES CAUSADOS POR EL CAMBIO CLIMÁTICO

Para evitar el naufragio del Acuerdo de París, la Conferencia de París decidió que se excluyera expresamente la responsabilidad, como queda reflejado en la decisión última para su adopción<sup>76</sup>. Por ello, en su texto no hay una referencia a la responsabilidad internacional pero sí se incorpora una

---

y basado en la experiencia colectiva. [...] 5.º El propósito del marco de transparencia de las medidas es dar una visión clara de las medidas adoptadas para hacer frente al cambio climático a la luz del objetivo de la Convención, enunciado en su artículo 2, entre otras cosas aumentando la claridad y facilitando el seguimiento de los progresos realizados en relación con las contribuciones determinadas a nivel nacional de cada una de las Partes en virtud del artículo 4, y de las medidas de adaptación adoptadas por las Partes en virtud del artículo 7, incluidas las buenas prácticas, las prioridades, las necesidades y las carencias, como base para el balance mundial a que se refiere el artículo 14».

<sup>74</sup> Véase sobre el papel que jugarán los actores internacionales en el control de la aplicación y cumplimiento del Acuerdo de París: VAND ASSELT, H., «The Role of Non-State Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement», *Climate Law*, vol. 6, 2016, núm. 1. Véanse igualmente ANDRESEN, S. y GULBRANDSEN, L. H., «The Role of Green NGOs in Promoting Climate Compliance», en STOKKE, O. S. (ed.), *Implementing the Climate Regime: International Compliance*, Londres, Earthscan, 2005, pp. 178-181; DANNENMAIER, E., «The Role of Non-state Actors in Climate Compliance in Promoting Compliance», en BRUNÉE, J. (ed.), *An Evolving Climate Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; y DUYCK, S., «MRV in the 2015 Climate Agreement: Promoting Compliance through Transparency and the Participation of NGOs», *Carbon and Climate Law Review*, vol. 8, 2014, núm. 3, p. 175.

<sup>75</sup> En una carta remitida al Presidente Trump, miembros del Congreso alegaron entre las razones para exigir la promesa electoral de abandonar el Acuerdo de París el hecho de que considerarían inaceptable que las políticas internas de los Estados Unidos fueran sometidas al control y evaluación de los mecanismos de transparencia del Acuerdo. Carta de 27 de abril de 2017, publicada en la Revista *ClimateWire*, disponible en [https://www.eenews.net/assets/2017/04/27/document\\_gw\\_07.pdf](https://www.eenews.net/assets/2017/04/27/document_gw_07.pdf).

<sup>76</sup> Al respecto John Kerry, Secretario de Estado de los Estados Unidos, sostuvo que la creación de un posible recurso legal para la pérdida y daño dentro del marco del Acuerdo de París habría condenado el acuerdo en el Congreso de los Estados Unidos. Véase HUO, S. y DE SOUZA, R. M., «Climate Compensation: How Loss and Damage Fared in the Paris Agreement», *New Security Beat*, 12 de enero de 2016, disponible en <http://www.newsecuritybeat.org/2016/01/loss-damage-fared-paris-agreement/> (consultada el 6 de octubre de 2017).

manifestación *soft* a través de la confirmación del mecanismo que había sido adoptado en la CoP de 2013 en Varsovia<sup>77</sup> sobre daños y pérdidas. Sin embargo, esta solución final de compromiso no impedirá que en el futuro las Partes puedan subsanar esta omisión o adoptar una enmienda al art. 8 del Acuerdo de París para incorporar la responsabilidad. Esta exclusión tampoco puede evitar que los Estados invoquen el DI consuetudinario sobre esta cuestión y en concreto, el que se manifiesta a través del Principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y más tarde reiterado en el Principio 2 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre la responsabilidad de no causar daño al medio ambiente de terceros Estados y espacios no sometidos a jurisdicción. Sin embargo, esta exclusión es sintomática del discurso presente durante las negociaciones en las que los países desarrollados se negaron a aceptar la responsabilidad histórica reclamada por los países en vías de desarrollo, respecto a la reparación de las consecuencias negativas vinculadas al modelo de desarrollo económico que se desencadenó con la Revolución Industrial. En el discurso de los países en vías de desarrollo hay una clara reivindicación de que sean reparadas las presentes y futuras externalidades negativas del progreso que se dejarán sentir lejos de donde se han originado<sup>78</sup>, en suma, los daños y riesgos que se distribuyen de manera que afectan más a aquellos que menos han contribuido a su aparición como consecuencia del éxito del modelo de producción y consumo de los países desarrollados. Esta exigencia se consideró inaceptable por parte de los países desarrollados y de la UE.

La fórmula que se admite finalmente en el Acuerdo de París es la prevista en el Mecanismo de Varsovia sobre pérdidas y daños que se recoge en su art. 8. La finalidad de este mecanismo es cubrir aquellos daños que —a ciencia cierta— se producirán<sup>79</sup> y que no podrán ser evitados por las medidas de adaptación previstas dado su limitado alcance<sup>80</sup>. La definición de pérdidas y daños que no se encuentra recogida en la Convención Marco queda al mar-

<sup>77</sup> Decisión 2/CP.19, Mecanismo internacional de Varsovia para las pérdidas y los daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, Doc. FCCC/CP/2013/10/Add.1.

<sup>78</sup> Dentro del discurso sociológico el cambio climático es una consecuencia negativa más del modelo de progreso, así Ulrich Beck señalaría que: «*Climate change is the embodiment of the mistakes of a whole epoch of ongoing industrialization, and climate risks pursue their acknowledgement and correction with all the violence of the possibility of annihilation. They are a collective return of the repressed, wherein the self-assurance of industrial capitalism, organized in the form of nation-state politics, is confronted with its own errors in the form of an objectified threat to its own existence*». Véase BECK, U., *op. cit.*, nota 12.

<sup>79</sup> ROBERTS, E. *et al.*, *Loss and Damage: When Adaptation is not Enough*, UNEP, 2014, p. 1, disponible en [http://na.unep.net/geas/getUNEPPageWithArticleIDScript.php?article\\_id=111](http://na.unep.net/geas/getUNEPPageWithArticleIDScript.php?article_id=111) (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>80</sup> Véase BURNS, W. C. G., «Loss and Damage and the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change (January 2, 2016)», disponible en <https://ssrn.com/abstract=2710086> (consultada el 6 de octubre de 2017); MATHEW, L. M. y AKTER, S., «Loss and Damage Associated with Climate Change Impacts», en *Handbook of Climate Change Mitigation and Adaptation*, 2015, pp. 13-23, disponible en [http://lkyspp.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2015/05/Loss\\_and\\_Damage\\_March\\_2015-book-chapter.pdf](http://lkyspp.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2015/05/Loss_and_Damage_March_2015-book-chapter.pdf) (consultada el 6 de octubre de 2017); TOLLEFSON, J., «The 2C° Dream», *Nature*, 2015, núm. 527, pp. 436-438, disponible en <http://www.nature.com/news/is-the-2-c-world-a-fantasy-1.18868> (consultada el 6 de octubre de 2017); WARNER, K. y VAN DER GEEST, K., «Loss and Damage from Climate Change: Local-Level Evidence from Nine Vulnerable Countries», *Int'l J. Global Warming*, vol. 5, 2013, núm. 4, pp. 367-86.

gen del DI y se ubica en un contexto económico en el que se contemplan las consecuencias del cambio climático que no serán ni mitigadas ni adaptadas y que supondrán en el caso de las pérdidas un impacto negativo irrecuperable —que podrá observarse en la pérdida de las reservas de agua dulce o del patrimonio natural y cultural—, mientras que el daño sí podrá ser recuperable, en tanto que posible afectación de las infraestructuras por fenómenos meteorológicos adversos<sup>81</sup>.

El Mecanismo Internacional de Varsovia para pérdidas y daños fue acordado en la 19.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes en Varsovia, porque los países en desarrollo presionaron para que se estableciera como una institución independiente, en vez de asentarlo bajo el Marco de Adaptación de Cancún. Vencieron así la resistencia de los países desarrollados que mantenían que los conceptos de pérdida y daño y de adaptación no pueden separarse y que temían que este mecanismo pudiera llevar al reconocimiento de la responsabilidad por los impactos relacionados con el clima. Finalmente, el mecanismo, de acuerdo con el art. 8, abordará las pérdidas y daños asociados con los efectos a largo plazo del cambio climático en países en desarrollo que son especialmente vulnerables a esos impactos.

A pesar del relativo éxito alcanzado por los Estados insulares con la adopción del Mecanismo de Varsovia, estos no han renunciado por ello a sus reivindicaciones relativas a la responsabilidad internacional. Así, en las declaraciones individuales realizadas por los Estados insulares en el momento de la firma del Acuerdo de París y que reiteraron luego en el momento de su ratificación, han puesto en evidencia esta gran carencia del Acuerdo y la falta de voluntad que han encontrado por parte de los Estados desarrollados a la hora de asumir —cualquiera que esta sea— su responsabilidad por este tipo de daños, ya sean presentes o futuros en el marco del acuerdo vinculante. Así, con una formulación que repiten salvo diferencias menores, declaran que:

«Entiende[n] que la ratificación del Acuerdo de París no constituirá en ningún caso una renuncia a sus derechos en virtud del derecho internacional relativo a la responsabilidad de los Estados en relación con los efectos adversos del cambio climático y que ninguna disposición del Acuerdo de París puede interpretarse como una excepción a los principios del derecho internacional general ni a reclamaciones o derechos sobre indemnización y responsabilidad debido a los efectos adversos del cambio climático y la comunicación que deposite el instrumento de ratificación [...] incluirá una declaración a este efecto para su registro internacional; Por otra parte, [los] Gobierno[s] [...] declara[n] que, a la luz de la mejor información y evaluación científicas sobre el cambio climático y sus efectos, considera[n] las obligaciones de reducción de emisiones establecidas en el artículo 3 del Protocolo de Kioto, la Enmienda de Doha y en este Acuerdo que son inadecuadas para prevenir el aumento de la temperatura global de 1,5 gra-

---

<sup>81</sup> La pérdida y el daño abarcan una serie de impactos económicos potenciales, tales como daños a la infraestructura causados por la erosión costera e inundaciones, la disminución de la producción de los cultivos, o la pérdida de recursos pesqueros.

dos centígrados por encima de los niveles preindustriales y, como consecuencia, tendrá graves consecuencias para nuestros intereses nacionales»<sup>82</sup>.

El silencio del Acuerdo obedece a que los Estados desearon evitar confrontar uno de los problemas más importantes del DI del medio ambiente<sup>83</sup>. La gran mayoría de los tratados multilaterales ambientales no abordan el daño causado al Estado lesionado, sino la conducta del Estado que lo causa, imponiendo deberes de comportamiento y de resultado. Y este ha sido el objetivo último de los distintos Proyectos de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), en particular, de su proyecto de artículos sobre Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. La CDI considera, en cualquier caso, que estos proyectos de artículos codifican el DI consuetudinario que se remonta al laudo arbitral dictado en el *Caso de la Fundición de Trail* de 1941, que reconoció que los principios de responsabilidad estatal son aplicables en el campo de la contaminación transfronteriza que cause daños significativos a personas o bienes. Sin embargo, son incontables las dificultades asociadas con la aplicación del principio de responsabilidad en el caso del cambio climático, en especial, las relativas a la atribución retroactiva de la responsabilidad entre los Estados, el reparto de la responsabilidad por daños futuros y la gestión de la incertidumbre científica asociada con tales reclamaciones<sup>84</sup>. A pesar de ello, el Relator James Crawford en su explicación a su proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional de los Estados mencionó con una significativa anticipación el ejemplo del calentamiento de la atmósfera, para señalar que en el caso de «las obligaciones ecológicas contraídas con toda la comunidad internacional», en las que «(n)adie, (ningún Estado) fuese la víctima identificable de la violación, los Estados miembros de la comunidad internacional deberían poder exigir una cesación por lo menos»<sup>85</sup>. Sin embargo, a día de hoy, en el estadio de desarrollo del DI del medio ambiente, no es posible articular esta respues-

---

<sup>82</sup> Véase la Declaración de Micronesia, así como la realizada por las Islas Cook, Islas Marshall, Islas Salomón, Nauru, Niue, Vanuatu, Tuvalu, disponibles en la *web* de la Convención, [http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php) (consultada el 6 de octubre de 2017).

<sup>83</sup> Es necesario lo que recordara sobre la responsabilidad internacional en este campo, José Juste Ruiz: «Las extraordinarias implicaciones económicas que los daños ambientales pueden llegar a presentar y las graves responsabilidades que pueden derivarse de un uso abusivo de los recursos del planeta o de una degradación irreversible del mismo, han llevado a los Estados a bloquear la mayoría de los intentos de desarrollar el Derecho internacional en la materia. Esta actitud escapatoria se ha manifestado en una doble dirección: por una parte, los Estados han mostrado una cierta tendencia a evitar el planteamiento de reclamaciones basadas en perjuicios ambientales y, en todo caso, a canalizar dichas reclamaciones a través de cauces formales de solución de controversias, sobre todo de carácter jurisdiccional. Por otra parte, los Estados han dificultado el avance de la obra de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional en la materia y han bloqueado sistemáticamente la elaboración de los mecanismos específicos de responsabilidad estatal previstos en diversos convenios ambientales», véase JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *La Protección del Medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 103.

<sup>84</sup> Véase OKOWA, Ph., «Responsibility for Environmental Damage», en FITZMAURICE, M., ONG, D. y MERKOURIS, P. (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishers, 2010, p. 303.

<sup>85</sup> Véase el Informe de la CDI en su 52.º periodo de sesiones, AG, 55.º periodo de sesiones, Suplemento 10 A/55/10, p. 91, párr. 352.

ta, a pesar de los numerosos pronunciamientos en los que la obligación de no causar daño al medio ambiente se define como una norma consuetudinaria general o como un principio general del DI como indicó el tribunal arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje en el *Caso del Ferrocarril del Rin de Hierro (Bélgica/Países Bajos)*, laudo de 24 de mayo de 2005, donde señaló que:

«El derecho ambiental y el derecho del desarrollo no constituyen alternativas, sino conceptos integrales que se refuerzan mutuamente, que requieren que cuando el desarrollo pueda causar daños significativos al medio ambiente, exista el deber de prevenir o al menos de mitigar dicho daño»<sup>86</sup>.

En razón de las obligaciones difusas del DI del medio ambiente se le ha considerado como capaz solo de producir un régimen de responsabilidad *soft*<sup>87</sup>, el único tipo de régimen en el que tendrían cabida los conceptos asociados con el régimen para la lucha contra el cambio climático<sup>88</sup>. En este régimen *soft* sí se aceptarían los conceptos de Estado lesionado o el de Estado con un interés en el cumplimiento, donde encajarían, no solo los Estados insulares sino también todos aquellos que puedan sufrir las consecuencias más destructivas del cambio climático, como pueda ser la progresiva desertificación o la degradación e inundación de zonas costeras como ya se prevé que ocurrirá en España y en el resto de los países de la cuenca del Mediterráneo.

En el marco de la lucha contra el cambio climático ya se han presentado recursos ante los tribunales nacionales<sup>89</sup> de Estados Unidos<sup>90</sup>, los Países

<sup>86</sup> Véanse *Reports of International Arbitral Awards-Recueil des Sentences Arbitrales. Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine (Ijzeren Rijn) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of 24 May 2005, vol. XXVII, pp. 35-125, en p. 66.

<sup>87</sup> Alexandre Kiss consideraba que la violación de una norma de *soft law* conllevaba una *soft responsibility*. Véase Kiss, A., *Droit International de l'Environnement*, París, Pedone, 1989, p. 23. En este sentido, José Juste Ruiz lo recordaba, criticando la noción al señalar que: «El Derecho internacional del medio ambiente, que había nacido como un derecho flexible, se configuró también como un derecho sin sanción, dotado únicamente del sucedáneo de lo que el profesor Kiss ha denominado *soft responsibility*: “cabría preguntarse si, a fin de cuentas, no habría que hablar de una *soft responsibility* similar al propio *soft law*, no obligatoria, pero capaz de establecer la línea de conducta que deben seguir los Estados. Tal forma de responsabilidad consiste en buscar dar satisfacción a las víctimas de perjuicios (ecológicos) por medios distintos de los mecanismos rígidos, propios de la práctica internacional de la época clásica: recurso a la negociación, indemnizaciones *ex gratia* que no conllevan reconocimiento alguno de responsabilidad, adopción —en su caso— de una reglamentación de cara al futuro que elimine los daños, o los reduzca a proporciones aceptables»: véase JUSTE RUIZ, J. y CASTILLO DAUDÍ, M., *op. cit.*, nota 83, p. 104.

<sup>88</sup> En este sentido Mar Campins Eritja ya señaló respecto a la CMCC que «en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente no solo se flexibilizan las obligaciones suscritas por las Partes y su cumplimiento, sino que también se produce, sino el descarte completo, si una cierta marginación de los medios clásicos de arreglo de controversias así como de la institución de la responsabilidad internacional»: véase CAMPINS ERITJA, M., «La acción internacional para reducir los efectos del cambio climático: el Convenio Marco y el Protocolo de Kyoto», *ADI*, vol. XV, 1999, p. 12. En el mismo sentido, ya se habían pronunciado KISS, A., «Present limits to the enforcement of state responsibility for environmental damage», en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T., *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, pp. 3-14 y, en esta misma obra colectiva, véase también CONFORTI, B., «Do states really accept responsibility for environmental damage?», pp. 179-180.

<sup>89</sup> Susana Borrás Pentinat señala que estas acciones judiciales que se han denominado *Atmospheric Trust legal actions* están basadas en la doctrina del «*Public Trust*» o del bien común, según la

(Véase nota 90 en página siguiente)

Bajos e India en los que se está conociendo de los recursos presentados por nacionales que cuestionan el nivel de compromiso de sus gobiernos y la asunción de responsabilidades<sup>91</sup>. Cabría considerar que este tipo de solicitudes pudiesen invocar en un futuro el concepto de «justicia climática»<sup>92</sup> que se menciona, aunque sea brevemente, en el Preámbulo del Acuerdo de París<sup>93</sup>. Sin embargo, estos recursos han recibido también una clara crítica advirtiendo de que los jueces legisladores no son la solución a la falta de voluntad de los Estados para asumir su responsabilidad<sup>94</sup>. No obstante, la literatura que

---

cual «es deber del gobierno proteger los recursos naturales que son esenciales para la supervivencia y la prosperidad colectiva. Estos recursos como los ríos, aguas subterráneas, el mar, y en general, el ambiente no pueden ser privatizados o substancialmente deteriorados porque pertenecen a todos por igual, incluso a aquellas generaciones que aún no han nacido. Por tanto, a los gobiernos se les confía la obligación legal de conservar los recursos y gestionarlos, no solo para el beneficio de las empresas, sino en beneficio de todos. En este sentido, el gobierno no puede permitir la privatización de la atmósfera. La doctrina del fideicomiso público está bien establecida, por ejemplo, en la legislación estadounidense y en muchas otras tradiciones jurídicas en otras partes del mundo, por este motivo las acciones legales que han proliferado de acuerdo con esta doctrina, arraigada en la comprensión moderna de la atmósfera, encuentran el suficiente fundamento jurídico como para exigir a los gobiernos que reconozcan y protejan el derecho colectivo a un clima habitable estable»: véase BORRÁS PENTINAT, S., «Movimientos para la justicia climática global: replanteando el escenario internacional del cambio climático», *Relaciones Internacionales*, 2017, núm. 33, pp. 97-119.

<sup>90</sup> En Estados Unidos, la organización no gubernamental *Our Children Trust* invocó esta doctrina con el objetivo de forzar la acción gubernamental de reducir los gases de efecto invernadero en las acciones judiciales que se promovieron a partir de 2011, en más de 50 Estados. Véase ABATE, R. S., «Public nuisance suits for the Climate Justice Movement: The right thing and the right time», *Washington Law Review*, vol. 85, 2010, p. 197.

<sup>91</sup> En el caso *Urgenda*, los tribunales neerlandeses ordenaron al Gobierno que actuase con mayor celeridad ante los efectos del cambio climático y que incrementase sus esfuerzos para ello, dado que las medidas adoptadas no conseguirían el objetivo de luchar adecuadamente contra el cambio climático de acuerdo con las estimaciones del IPPCC y la comunidad científica internacional. Los jueces holandeses estimaron que los objetivos y las acciones adoptadas por el Gobierno solo llevarían a una reducción de un 14 a 17 por 100, en 2020, lo que estaría lejos de alcanzar la reducción del 25 al 40 por 100, considerada como necesaria por la comunidad científica internacional y el IPPCC. Véase *The Urgenda Foundation v. The Netherlands*, Judgment, 24 de junio de 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196, Rechtbank den Haag, disponible en <http://www.urgenda.nl/en/climate-case/> (consultada el 6 de octubre de 2017). Véase sobre este caso BERGKAMP, L., «A Dutch Court's "Revolutionary" Climate Policy Judgment: The Perversion of Judicial Power, the State's Duties of Care, and Science», *Journal of Environmental & Planning Law*, vol. 12, 2015, pp. 239-261; BERGKAMP, L. y HANEKAMP, J. C., «Climate Change Litigation Against States: The Perils of Court-Made Climate Policies», *European Energy and Environmental Law Review*, vol. 24, 2015, pp. 102-114.

<sup>92</sup> Susana Borrás Pentinat considera que «las acciones para implementar el Acuerdo [de París] deberían ser consistentes con las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como establecer sinergias con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada en septiembre de 2015 por las Naciones Unidas. No obstante, más allá del preámbulo, la referencia a la "justicia climática" es tan solo efímera, a pesar de haber sido un término ampliamente reivindicado por las diferentes organizaciones de la sociedad civil». Véase BORRÁS PENTINAT, S., *op. cit.*, nota 89, p. 112. Véase igualmente ESTRIN, D., «Limiting Dangerous Climate Change. The Critical Role of Citizen Suits and Domestic Courts - Despite the Paris Agreement», *CIGI Papers*, 2016, núm. 101, p. 13.

<sup>93</sup> En el Preámbulo del Acuerdo de París se señala que: «Observando la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, y la protección de la biodiversidad, reconocida por algunas culturas como la Madre Tierra, y observando también la importancia que tiene para algunos el concepto de "justicia climática", al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático».

<sup>94</sup> Véase en este sentido BERGKAMP, L. y HANEKAMP, J. C., *op. cit.*, nota 91, p. 102.

caracteriza los problemas ambientales transfronterizos como una cuestión de desigualdad y de injusticia no ha dejado de crecer<sup>95</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

El Acuerdo de París que en su redacción final incorpora todas las contradicciones del DI contemporáneo en tiempos de profunda división económica y social mundial, también aporta las fórmulas flexibles que se necesitan para abordarla. En la Conferencia de París se ejemplificó uno de los rasgos más característicos de los procesos de negociación de las normas medioambientales como es la comunicación de expectativas normativas, que finalmente se han incorporado en un instrumento convencional que aglutina disposiciones de muy diversa intensidad normativa así como mecanismos acordes para promocionar y controlar su aplicación, omitiendo toda referencia a las sanciones y a la responsabilidad que pudiera derivarse de su incumplimiento. En el caso del Acuerdo de París, la más importante expectativa es la de consolidar y aumentar los compromisos de mitigación y adaptación en la lucha contra el cambio climático<sup>96</sup>. Así, en el caso de que los Estados no cumplan o decidan desvincularse del acuerdo en el futuro, las Partes podrán al menos recordar estas expectativas legítimas para presionar en los foros internacionales, ya que el principio de no regresión en la protección del medio ambiente aún no se ha consolidado en el DI del medio ambiente<sup>97</sup>, y en el caso del Acuerdo de París, su art. 4.11 ha estado sujeto a distintas lecturas.

Es necesario esperar que la fórmula del consenso, acusada de postergar las discrepancias al momento de la aplicación, haya sido utilizada para hacer de ese vicio, virtud, haciendo de las contribuciones determinadas a nivel nacional una apuesta crucial para facilitar el cumplimiento. Estas contribuciones determinadas a nivel nacional son la principal aportación del Acuerdo en la medida en que son un compromiso voluntario que permite a las partes modular sus obligaciones en razón de sus circunstancias nacionales, con la esperanza de que las revisen al alza en el futuro, movidas por el éxito de la acción conjunta o, en su caso, tras la dejación de sus responsabilidades por parte de Estados Unidos, movidas por la necesidad de cubrir la cuota de emisiones que no haya podido reducir la Coalición de Estados, ciudades y representantes de la sociedad civil norteamericana que se ha comprometido con el cumplimiento del Acuerdo. Esta Coalición igualmente ha asumido la misión de presentar el informe del cumplimiento de la contribución determinada a nivel nacional, en el caso de que no llegue a realizarlo el Departamento de Estado norteamericano, durante los años en que el Acuerdo seguirá en vigor para Estados Uni-

<sup>95</sup> Véase BECK, U., *op. cit.*, nota 12, p. 119.

<sup>96</sup> Véase BODANSKI, *op. cit.*, nota 64, p. 4.

<sup>97</sup> Sobre este principio, véase PRIEUR, M., «Non-Regression in Environmental Law», *IUCN Commissions*, vol. 5, 2012, núm. 2, p. 1, disponible en Internet en <https://sapiens.revues.org/1405> (consultada el 6 de octubre de 2017).

dos, antes de que se haga efectiva su denuncia. Por ahora, los representantes de la Coalición han pasado a ser los interlocutores no estatales de Estados Unidos ante Naciones Unidas y también ante los nuevos líderes del Acuerdo, Francia y la Unión Europea y China<sup>98</sup>.

Por todo ello, el Acuerdo de París ejemplifica a distintos niveles algunos de los mayores desafíos del DI del siglo XXI, más allá de ser el resultado de uno de los procesos de negociación más mediáticos de la historia, en la medida en que su fin último es movilizar la acción de los Estados parte para que, en su esfera de soberanía doméstica, reformen sus sistemas económicos y aborden la sustitución de las fuentes de energía, evitando así el desastre climático. El futuro del cumplimiento en este caso es incierto como lo es el de toda revolución que exige un cambio a todos los niveles, sin embargo, el fracaso solo puede significar el deterioro del clima y del planeta. Por ello, resultan tan frustrantes los tibios compromisos y la modulación de las obligaciones en función de una voluntad política, no siempre clara, y de unas circunstancias específicas de desarrollo que las condicionan de partida. A pesar de ello, han sido todos estos defectos los que han hecho posible que finalmente se alcanzara un acuerdo global con compromisos individuales que en última instancia deberán alcanzar la reducción de las emisiones que sirva para revertir el proceso de calentamiento global.

## RESUMEN

### EL ACUERDO DE PARÍS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: SUS APORTACIONES AL DESARROLLO PROGRESIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DE LA RETIRADA DE LOS ESTADOS UNIDOS

El Acuerdo de París sobre el cambio climático se valora desde el punto de vista de su contribución al desarrollo progresivo del DI general. Este Acuerdo de París ejemplifica los rasgos característicos del régimen sectorial y el triunfo de la flexibilidad en un sector normativo del DI donde los Estados han de trasladar el cumplimiento de las obligaciones asumidas al marco doméstico, para lo que exigen flexibilidad para concretar sus compromisos y que se consideren sus circunstancias nacionales a la hora de hacerlo. Para ello, este Acuerdo se ha distanciado de los enfoques previos que habían guiado el desarrollo normativo de la Convención Marco sobre el cambio climático: del más rígido del Protocolo de Kyoto y del más *soft* del Acuerdo de Copenhague. El Acuerdo de París desarrolla la Convención Marco apoyándose en disposiciones con distinta intensidad normativa que vinculan por igual a países desarrollados y en desarrollo a través de un mecanismo voluntario de compromisos determinados a nivel nacional que, en última instancia, marca la identidad del Acuerdo. También se valora el impacto que la retirada de Estados Unidos puede tener en el acuerdo.

**Palabras clave:** cambio climático, flexibilidad, *soft law*, compromisos determinados a nivel nacional, Estados Unidos.

---

<sup>98</sup> Véase VOLCOCI, V., «Bloomberg delivers U.S. pledge to continue Paris climate goals to U.N.», *Reuters*, de 5 de junio de 2017, disponible en <http://www.reuters.com/article/us-usa-climate-paris-idUSKBN18W2DQ?il=0> (consultada el 6 de octubre de 2017).

**ABSTRACT****THE PARIS AGREEMENT ON CLIMATE CHANGE AND ITS CONTRIBUTIONS TO PROGRESSIVE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW AND THE CONSEQUENCES ARISING FROM THE WITHDRAWAL OF THE UNITED STATES**

This study examines the contribution of the Paris Agreement to the progressive development of international law. The Paris Agreement exemplifies the characteristic features of a sectoral regime and the triumph of flexibility in a legal sector of international law where States have to implement their international obligations to the domestic framework, for which they require flexibility to fulfill their commitments as well as their national circumstances to be taken into account. To this end, the Paris Agreement has distanced itself from the previous approaches that guided the normative development of the Framework Convention on Climate Change: the most rigid, envisaged in the Kyoto Protocol, and the softer, set forth by the Copenhagen Accord. The Paris Agreement develops the Framework Convention by establishing a set of provisions having a different normative intensity. These provisions are mandatory for both developed and developing countries through a mechanism of voluntary commitments (Intended Nationally Determined Contributions) that ultimately marks the identity of the Agreement. Finally, the study also assesses the impact that the United States' withdrawal may have on the Paris Agreement.

**Keywords:** climate change, flexibility, soft law, determined commitments at the national level, United States.



## EL ACUERDO DE PARÍS DE DICIEMBRE DE 2015: LA SUSTITUCIÓN DEL MULTILATERALISMO POR LA MULTIPOLARIDAD EN LA COOPERACIÓN CLIMÁTICA INTERNACIONAL

Sergio SALINAS ALCEGA\*

**SUMARIO:** 1. NOTA INTRODUCTORIA.—2. EL ESQUEMA DE LA DIPLOMACIA CLIMÁTICA PRE-PARÍS.—2.1. Una gestión (formalmente) multilateral.—2.2. La multilateralidad se transforma en multipolaridad en el desarrollo práctico del modelo.—3. EL ACUERDO DE PARÍS: MOTIVOS PARA LA ESPERANZA EN EL PLANO PROCEDIMENTAL.—3.1. El cambio de rumbo en cuanto al proceso negociador.—3.2. Por fin un texto jurídico-internacional en materia de cambio climático tras dos décadas.—4. EL ACUERDO DE PARÍS: UN CAMBIO DE RUMBO ¿DECEPCIONANTE? EN LO SUSTANTIVO.—4.1. El establecimiento de un modelo de gestión basado en la flexibilidad.—4.2. ¿Flexibilidad o ambigüedad del nuevo esquema de atribución de obligaciones en materia de mitigación?—4.3. El papel del voluntarismo en la contribución al esfuerzo de mitigación.—5. CONCLUSIONES.

### 1. NOTA INTRODUCTORIA

La condición del clima como bien compartido por todos los Estados y su carácter insustituible permiten afirmar que el régimen de lucha contra el calentamiento global reproduce fielmente el dilema de la *tragedia de los comunes*<sup>1</sup>. Esa afirmación se fundamenta en que la naturaleza global del problema exige un modelo de gestión del mismo igualmente global, que encuentra su materialización en la estructura jurídica creada por la Convención Marco de las Naciones Unidas contra el Cambio Climático (CMNUCC)<sup>2</sup>. Sin embargo,

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2015-66045-P financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y en las actividades del Instituto Universitario de Ciencias Ambientales de la Universidad de Zaragoza. Igualmente debe entenderse comprendido dentro de las actividades a que se dedica el Grupo Consolidado de Investigación AGUDEMA, financiado por el Gobierno de Aragón y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Profesor Titular de Derecho internacional público en la Universidad de Zaragoza ([ssalinas@unizar.es](mailto:ssalinas@unizar.es)).

<sup>1</sup> HARDIN, G., «The Tragedy of the Commons», *Science*, vol. 162, 13 de diciembre de 1968, Issue 3859, pp. 1243-1248.

<sup>2</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992, *BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994.

la eficacia de ese modelo resulta severamente dañada por comportamientos individuales que obstaculizan la satisfacción del interés general de reducir un fenómeno con graves consecuencias actuales y futuras. Ello a pesar de que, conforme a los datos que ofrece la ciencia, los *free riders* resultarán también perjudicados por los efectos negativos del calentamiento global.

De hecho, el régimen climático internacional es uno de los ámbitos en los que con más claridad se plantea el obstáculo que para la articulación de modelos de gestión de bienes comunes representa el papel que la soberanía estatal sigue jugando en el Derecho internacional actual. Papel que se traduce en la capacidad de cada Estado de decidir de manera individual sustraerse del imprescindible esfuerzo colectivo, limitando la efectividad del esquema de cooperación global.

El Acuerdo adoptado en la 21.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes (COP), en diciembre de 2015, representa, sin duda, un cambio de rumbo en el modelo de cooperación climática internacional<sup>3</sup>. Nuestro propósito es analizar los cambios operados por ese texto desde la perspectiva del reforzamiento o debilitamiento de su naturaleza multilateral. Con ese fin en primer lugar se estudiará la adecuación del modelo anterior a París a la gestión de un bien público global, no circunscribiéndonos a las claves formales del mismo sino prestando atención, muy especialmente, a las limitaciones resultantes de su puesta en práctica (2). Ese análisis servirá de base para valorar los cambios introducidos por el Acuerdo de París<sup>4</sup> desde la perspectiva apuntada. Para ello se estudiarán las líneas principales del nuevo esquema que surge de la capital francesa, poniendo el acento en aquellos aspectos que implican un cambio respecto del modelo anterior. Ese análisis comenzará por el plano

---

<sup>3</sup> Cuya utilidad era advertida tanto por la doctrina como por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, en sus siglas en inglés) en los análisis comparativos realizados entre ambos modelos, el consagrado en el Acuerdo de París y el anteriormente vigente. En ese sentido, a nivel doctrinal pueden mencionarse a modo de ejemplo: LEAL-ARCAS, R., «Top-Down versus Bottom-Up Approaches for Climate Change Negotiations: An Analysis», *The IUP Journal of Governance and Public Policy*, vol. 6, diciembre de 2011, núm. 4, pp. 7-52; PICKERING, J., «Top-Down Proposals for Sharing the Global Climate Policy Effort Fairly: Lost in Translation in a Bottom-Up World?», en BREAKKEY, H., POPOVSKY, V. y MAGUIRE, R. (eds.), *Ethical Values and the Integrity of the Climate Change Regime*, Nueva York, Routledge, 2016, pp. 8-104. Por su parte, el análisis comparativo en el seno del IPCC se incluye en una fase relativamente temprana pudiendo citar como ejemplo el desarrollo que al respecto se hace en el marco del III Informe de Evaluación. METZ, B., et al. (eds.), *Climate Change 2001: Mitigation. Contribution of the WGIII to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 489-490. En ese mismo sentido, la necesidad del cambio de rumbo es señalada por el Papa Francisco quien, partiendo de la inexistencia de avances significativos con el modelo anterior, que primaba los intereses particulares sobre el bien público global, fijaba como objetivo del nuevo modelo alcanzar un equilibrio entre soberanía y gestión adecuada, e identificaba como líneas de acción la adopción de marcos regulatorios globales que impongan obligaciones y de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos y dotadas de poder para sancionar. Véase *Carta Encíclica Laudatio Si' del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común*, especialmente pp. 127-135, disponible en [http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20150524\\_enciclica-laudatio-si.html](http://w2.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudatio-si.html) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

<sup>4</sup> Acuerdo de París, hecho en París el 12 de diciembre de 2015, *BOE* núm. 28, de 2 de febrero de 2017.

procedimental, lo que incluirá el resultado final del proceso negociador, aunque desde esa perspectiva meramente formal (3). Después entraremos en un análisis sustantivo del citado Acuerdo, valorando hasta qué punto los cambios introducidos permiten esperar que el nuevo esquema de cooperación resulte más efectivo en la reacción contra el calentamiento global (4). El estudio terminará con unas conclusiones que subrayarán los principales aportes y las deficiencias más destacadas de la nueva diplomacia climática (5).

No obstante, el análisis de las distintas dimensiones del régimen jurídico-internacional contra el cambio climático se convierte en algo utópico por las lógicas y razonables exigencias de extensión que debe tener este estudio. Por ese motivo el giro de la diplomacia climática se estudiará centrandolo en la dimensión principal del esfuerzo, la relativa a la mitigación, cuyo carácter principal resulta tanto de su condición de vector primero de reacción contra el calentamiento global como de su influencia sobre la acción en las otras dimensiones —adaptación, financiación, transferencia de tecnología y formación de capacidades— en las que la intensidad en el esfuerzo es inversamente proporcional a los logros obtenidos en el plano de la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI). Cuanto mayores sean estos, menor será la actuación a desarrollar en los demás planos, en especial en el de la adaptación, dado que la menor magnitud del calentamiento global reducirá también el esfuerzo necesario para adaptarse a sus impactos.

## 2. EL ESQUEMA DE LA DIPLOMACIA CLIMÁTICA PRE-PARÍS

Este apartado aborda el estudio del modelo de gestión del clima establecido por la CMNUCC, desarrollada por el Protocolo de Kyoto<sup>5</sup>, prestando atención tanto a lo recogido en los textos como a su aplicación en la práctica.

### 2.1. Una gestión (formalmente) multilateral

Nuestro análisis parte de la consideración de que los textos citados establecen un sistema de diplomacia climática multilateral y con un alcance global, al menos en una perspectiva formal y especialmente por lo que se refiere al primero de ellos, que en principio se adaptaría a las exigencias de la gestión de un bien público global. Esta afirmación se fundamenta en la participación universal en el contexto de la CMNUCC<sup>6</sup>, así como en la identificación de un órgano plenario, la COP, como el órgano supremo del citado modelo<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Protocolo de Kyoto al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Hecho en Kyoto el 11 de diciembre de 1997, *BOE* núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

<sup>6</sup> La CMNUCC, en vigor desde el 21 de marzo de 1994, cuenta con 197 Partes. Véase *Status of Ratification of the Convention*, disponible en [http://unfccc.int/essential\\_background/convention/status\\_of\\_ratification/items/2631.php](http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

<sup>7</sup> Conforme al art. 7.2 de la CMNUCC, lo que se concreta en una serie de competencias recogidas tanto en esa como en otras disposiciones de dicho texto, destacando el art. 17, conforme al cual la COP es la encargada de adoptar Protocolos que desarrollen la Convención.

Sin embargo, ese juicio favorable a la idoneidad del modelo para la gestión de un bien público global se ve aminorado si se atiende al procedimiento decisorio seguido por la COP, cuyo ideal para el objetivo propuesto sería el de un esquema basado en la decisión por mayoría que permitiese una participación de todos los Estados, excluyendo que uno, o varios de ellos que no alcanzasen un umbral mínimo, pudiesen condicionar el funcionamiento del modelo de gestión. La dificultad para el establecimiento de un procedimiento decisorio de esas características resulta en este caso no solo del elevado número de actores concernidos sino también de la complejidad de los intereses en juego en una cuestión con implicaciones de carácter global. La cuestión es que el cumplimiento de la obligación, establecida en el art. 7.3 de la CMNUCC, de que la COP aprobase su propio reglamento en su primer periodo de sesiones, incluyendo los procedimientos para la adopción de decisiones sobre asuntos a los que no se apliquen los establecidos en la propia CMNUCC, encontró precisamente en esta cuestión un serio obstáculo. El resultado fue la decisión, adoptada en su segundo periodo de sesiones, de aplicar el proyecto de Reglamento presentado en la primera sesión sin el art. 42, dedicado precisamente al procedimiento de votación<sup>8</sup>. La única mención expresa a procedimientos de votación en la COP es la que se recoge en el art. 15.3 de la CMNUCC en relación con la adopción de enmiendas a la misma, previéndose el consenso como procedimiento normal y la aprobación por una mayoría cualificada, de tres cuartos de las Partes presentes y votantes en la reunión, como último recurso. El resultado es la configuración de ese órgano, tal como afirma Jutta Brunnée, como el foro en el que las Partes adoptan el Protocolo o enmienda, pero cuyas decisiones no alteran los derechos y obligaciones de cada una de ellas<sup>9</sup>. Así los Estados no pueden vetar las enmiendas adoptadas por la COP, pero tampoco pueden ser obligados por estas ya que su entrada en vigor se

---

<sup>8</sup> Véase *Proyecto de reglamento de la Conferencia de las Partes y sus órganos subsidiarios* (FCCC/CP/1996/2, de 22 de mayo de 1996, párr. 2). Respecto de lo decidido en el primer periodo de sesiones, véase FCCC/CP/1995/7, de 24 de mayo de 1995, párr. 10. Y en cuanto al Proyecto de Reglamento, véase A/AC.237/L.22/Rev.2.

<sup>9</sup> La autora, si bien califica la COP como *focal point* de las actividades legislativas en materia de cambio climático, planteando incluso su evolución hacia una legislatura global en la materia, recuerda la estructura del Derecho de los tratados basada en el consentimiento, afirmando que en cuanto órgano plenario en el que se adoptan las decisiones de aplicación y desarrollo de la CMNUCC, incluidas las que implican asunción de obligaciones por las Partes, representa un híbrido entre una conferencia diplomática sobre una cuestión específica y un órgano permanente de una Organización internacional. En ese sentido el reforzamiento del papel legislativo de la COP conllevaría en opinión de Jutta Brunnée tanto ventajas como inconvenientes, puesto que si bien superaría los límites de la exigencia del consentimiento en Derecho internacional expondría la gobernanza climática a desafíos desde la perspectiva de la legitimidad, además del factor de la ambigüedad existente respecto de la naturaleza jurídica de las decisiones de ese órgano. BRUNNÉE, J., «COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 1-52, esp. pp. 3 y 16-18. Sobre esta cuestión resulta relevante la afirmación de Enrique Martínez en el sentido de que si bien la COP del clima es un órgano supremo y asambleario con capacidad decisoria, el consenso supone, como ya ocurrió en el segundo periodo de sesiones a la hora de aprobar la Declaración Ministerial de Ginebra, que un solo país puede impedir la adopción de decisiones presentando alguna objeción formal. MARTÍNEZ PÉREZ, E. J., «La naturaleza jurídica de las decisiones adoptadas por la Conferencia de las Partes en el Protocolo de Kyoto», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 13, 2007, pp. 1-22, esp. p. 7.

limita, conforme al art. 15.4 y 5 de la CMNUCC, a aquellas Partes que las hayan ratificado.

Además, la adecuación del esquema de cooperación climática a la globalidad del problema se ve menoscabada en mayor medida por el Protocolo de Kyoto, cuyo nivel de participación si bien no está muy alejado en términos de cifras del de la CMNUCC presenta sin embargo ausencias significativas, como la de los Estados Unidos, a la que se aludirá más tarde<sup>10</sup>. Esta circunstancia cobra especial relevancia por la condición del citado Protocolo como el texto que concreta los compromisos de reducción de emisiones de los Estados Parte del sistema.

El resultado es que desde la perspectiva de la aportación efectiva al esfuerzo colectivo la globalidad del esquema de gestión climática establecido en la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto resulta socavada por dos factores: el primero inherente al propio sistema, dado que, conforme a la CMNUCC, especialmente su art. 4.2, tan solo se atribuyen obligaciones de reducción de emisiones de GEI a los países del Anexo I, esencialmente los *países desarrollados*. Eso implica a *sensu contrario* la exclusión del esfuerzo de mitigación de todas las Partes no incluidas en el citado Anexo, identificadas como *países en desarrollo*. La merma del carácter global que resulta de ese sistema de emisiones exentas se agrava desde la perspectiva de la eficacia del mismo como consecuencia de la rápida modificación del mapa de emisiones. Nos referimos en concreto a que algunos de los considerados como países en desarrollo se han instalado entre los emisores principales de GEI. Ese es el caso de los países emergentes, y muy en especial de China, que en un lapso relativamente reducido de tiempo se ha convertido en el principal emisor<sup>11</sup>.

Ese escenario, además de poner en cuestión la concreción dada a uno de los principios vertebradores del esfuerzo colectivo de lucha contra el cambio climático, el de las Responsabilidades Comunes pero Diferenciadas, basado exclusivamente en el criterio de la *responsabilidad histórica*<sup>12</sup>, suponía condenar de forma irremediable al sistema al fracaso, puesto que los beneficios resultantes del cumplimiento de sus compromisos por los países del Anexo I son compensados con creces por el incremento de las emisiones de GEI de los excluidos de la obligación de reducción de las mismas.

---

<sup>10</sup> El Protocolo de Kyoto cuenta con 192 Partes. Véase *Status of Ratification of the Kyoto Protocol*, disponible en [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/status\\_of\\_ratification/items/2613.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

<sup>11</sup> El caso del gigante asiático, que en 2014 doblaba ya en cuanto al volumen de emisiones, con un 30 por 100 del total, al segundo principal emisor, los Estados Unidos, cuya contribución representaba el 14 por 100, es el más relevante pero no el único, puesto que la condición de emisores principales es aplicable a otros países en desarrollo, según la CMNUCC, como India, que con un 7 por 100 de las emisiones totales ocuparía la tercera posición, y en menor medida Brasil, Suráfrica, México o Indonesia situados respectivamente en los lugares 11.º a 14.º Véase al respecto <http://cdiac.ornl.gov/trends/emis/top2014.tot>.

<sup>12</sup> Aproximación descrita como *North first approach* en BOTHE, M., «The United Nations Framework Convention on Climate Change – an Unprecedented Multilevel Regulatory Challenge», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003, pp. 239-254, esp. p. 240.

El segundo factor limitante de la globalidad del sistema es consecuencia del papel ya señalado de la soberanía del Estado en la gestión de un bien público global, traducido en la libre aceptación de los compromisos recogidos en un tratado internacional por cada Estado, conforme al art. 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969<sup>13</sup>. Así, Estados Unidos, en aquel momento el mayor emisor de GEI, firmaba el Protocolo el 12 de noviembre de 1998, pero no procedía a su ratificación, viéndose de esa manera exonerado de obligaciones en materia de mitigación.

La situación empeoraría con ocasión de la adopción de la *Enmienda de Doha*<sup>14</sup>, adoptada el 8 de diciembre de 2012, en la 18.ª COP, y que incluía compromisos de mitigación para un segundo periodo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto entre 2013 y 2020. Con este texto se pretendía resolver el problema del vacío jurídico generado por el resultado de la 15.ª COP, de diciembre de 2009. El carácter político del Acuerdo entonces adoptado, al que se aludirá más tarde, traía como consecuencia que, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso respecto de un texto de naturaleza jurídica, no se asegurase la continuidad de los compromisos de mitigación tras el fin de la vigencia de Kyoto. A eso se añade que el límite ya señalado que el Protocolo de Kyoto representa respecto del carácter todavía multilateral, pero ya no global, del modelo de gestión del clima en lo que respecta a la mitigación se agranda tras la citada Enmienda, que no era ratificada por Estados como Canadá, Japón o Rusia. La consecuencia era que el régimen climático se alejaba mucho más del carácter global, pudiendo identificarse como un modelo prácticamente regional, centrado en los Estados miembros de la Unión Europea, junto a otros países europeos como Noruega o Suiza, y algunos, pocos, de otras partes del mundo, como Australia. La magnitud de esa limitación se percibe en el plano cuantitativo puesto que los compromisos resultantes de ese texto conciernen apenas al 15 por 100 de las emisiones totales de GEI. Y a ello se añade que la Enmienda no ha llegado a entrar en vigor al no reunir el número de ratificaciones necesarias<sup>15</sup>.

## **2.2. La multilateralidad se transforma en multipolaridad en el desarrollo práctico del modelo**

El análisis de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto nos ha mostrado que el juicio inicial acerca de la idoneidad del modelo climático desde la perspec-

---

<sup>13</sup> Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

<sup>14</sup> Decisión 1/CMP.8. *Enmienda al Protocolo de Kyoto de conformidad con su artículo 3, párrafo 9 (Enmienda de Doha)* (FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, 28 de febrero de 2013, p. 2).

<sup>15</sup> La entrada en vigor de la Enmienda de Doha se somete a la ratificación de tres cuartos de las Partes del Protocolo de Kyoto, conforme a sus arts. 20 y 21, lo que supone 144 Partes de este, siendo 94 las que han presentado su aceptación. Sobre el estado de ratificación de la citada Enmienda, véase *United Nations Treaty Collection*, disponible en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq\\_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=_en) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

tiva de la gestión de un bien público global se ve matizado por algunos factores que reducen de forma relevante su alcance, alejándose de la globalidad. No obstante, esos límites se incrementan por el hecho de que el mencionado mecanismo multilateral no ha funcionado como tal en el sentido de una coresponsabilidad en términos igualitarios de todas las partes y, lo que es quizás más relevante, en cuanto al reconocimiento de un nivel de participación similar de todas ellas. Si bien los textos parecían diseñar un sistema que se canalizaba a través de esas vías, su desarrollo práctico parece salirse de las mismas. El mejor ejemplo de esta afirmación es lo ocurrido con ocasión de la ya mencionada COP de Copenhague de 2009. Este había sido el momento fijado para alcanzar un Acuerdo que permitiese prorrogar el régimen de obligaciones de reducción de emisiones de GEI fijado en el Protocolo de Kyoto, que, aunque defectuoso, era evidentemente menos malo que una ausencia absoluta de compromisos en ese sentido, y que concluía su vigencia el 31 de diciembre de 2012, conforme al art. 3.1 de dicho texto.

El resultado alcanzado en la capital danesa era insuficiente tanto en el fondo como en la forma. La insuficiencia formal resulta de que lo único que se lograba en esa ocasión era un *gentlemen's agreement*, por más que la denominación del mismo como «Acuerdo» pudiera inducir a pensar otra cosa. La insuficiencia sustantiva se debía a que el citado texto ni siquiera era el resultado del funcionamiento *normal* del mecanismo previsto en la CMNUCC. Es decir, que el Acuerdo no era fruto del debate multilateral en el marco de la COP, sino que su contenido era negociado fuera de la sala y únicamente por un reducido número de Estados, siendo presentado más tarde al órgano jurídicamente competente que veía reducido su papel al mero endoso del texto puesto sobre la mesa. El multilateralismo formal parecía sustituirse por una suerte de multipolaridad, muy cercana a la concepción china de las relaciones internacionales<sup>16</sup>, fundamentada en una distribución equilibrada de poder entre varios polos que evite opciones unilaterales dominantes, en la que la voluntad individual, especialmente de los actores principales, cobra mucha mayor relevancia<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> A la que se refiere Gustaaf Geeraerts contraponiéndola a la visión multilateral de la Unión Europea y señalando que la cercanía entre ambas aproximaciones no obsta la existencia de diferencias entre ellas de manera que la multipolaridad no es una garantía para el multilateralismo. GEERAERTS, G., «China, the EU, and the New Multipolarity», *European Review*, vol. 19, 2011, núm. 1, pp. 57-67, esp. p. 66. Por otra parte, el cambio de modelo auspiciado por el Acuerdo de París acarrea implicaciones en lo que se refiere al papel de las Naciones Unidas, en concreto en cuanto a la gestión de un nuevo esquema de cooperación descentralizado. A este respecto véase, por ejemplo, BODANSKY, D., BRUNNÉE, J. y RAJAMANI, L., *International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017; o DORSCH, M. J. y FLACHSLAND, Ch., «A Polycentric Approach to Global Climate Governance», *Global Environmental Politics*, vol. 17, mayo de 2017, núm. 2, pp. 45-64.

<sup>17</sup> Ello no impide que en opinión de Sophie Lavalley y Sandrine Maljean la COP de 2009 tuviese algunos aspectos positivos que permiten no calificarla como un fracaso total, ya que sirvió para retomar el proceso de negociación tras un año delicado. LAVALLEY, S. y MALJEAN-DUBOIS, S., «L'Accord de Paris: fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur?», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 1, marzo de 2016, pp. 19-36, esp. p. 25. Así, aunque el Acuerdo no responde al modelo multilateral su contenido es concretado y transformado en operativo por medio de una Decisión COP en la reunión siguiente en Cancún. Véase Decisión 1/CP.10, *Acuerdos de Cancún: resultado de la labor*

Este menoscabo del carácter multilateral del modelo, que se añade al que se apuntó desde una perspectiva formal, trae el resultado conocido por todos de la ineficacia del esquema de cooperación internacional para lograr una reducción del volumen global de emisiones de GEI y por tanto limitar el incremento de temperaturas<sup>18</sup>. La consecuencia inmediata a la hora de diseñar un nuevo esquema, obligado por circunstancias inaplazables como se verá más tarde, es la necesidad de modificar el modelo de gestión climática para que sea global no solo formalmente sino también en lo sustantivo y que por tanto resulte efectivo.

### 3. EL ACUERDO DE PARÍS: MOTIVOS PARA LA ESPERANZA EN EL PLANO PROCEDIMENTAL

La oportunidad del necesario cambio de rumbo del modelo climático se presentaba con la adopción de un texto que remediase el fracaso de Copenhague, apenas matizado por la Enmienda de Doha. La necesidad de articular un esquema eficaz venía como consecuencia de dos realidades difícilmente cuestionables. La primera, de carácter jurídico, era el fin de la vigencia del primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kyoto el 31 de diciembre de 2012, ya señalado anteriormente, y la condición, en el mejor de los casos, de pasarela de lo acordado en Doha; la segunda era la constatación del agravamiento del problema. La primera realidad obligaba a la adopción de un texto jurídico-internacional pero la segunda iba más allá al imponer un contenido para ese Acuerdo que estableciese un nuevo modelo de gestión climática que superase las insuficiencias del anterior. En este apartado nos centraremos en el primer aspecto, dejando el segundo, relativo al fondo del Acuerdo, para el apartado siguiente.

El Acuerdo de París parecería responder plenamente a los retos apuntados, especialmente a tenor de los calificativos con los que era recibida su adopción, sirviendo como botón de muestra la consideración que el periódico británico *The Guardian* hacía de ese texto como el mayor éxito diplomático mundial<sup>19</sup>. Como se puede suponer, con tales expectativas el Acuerdo de

---

del Grupo de Trabajo Especial sobre la cooperación a largo plazo en el marco de la Convención (FCCC/CP/10/7/Add.1, de 15 de marzo de 2011). A eso se añade que en opinión de las autoras el Acuerdo de Copenhague estructura, en el marco de la CMNUCC y junto al Protocolo de Kyoto, el periodo de 2020.

<sup>18</sup> Procede recordar a estos efectos que 2016 se confirmaba como el año más caluroso de los que se tiene registro, con un aumento de la temperatura media global de aproximadamente 1.1 grados centígrados desde el periodo preindustrial. Véase *Organización Meteorológica Mundial. Comunicados de prensa*, disponible en <https://public.wmo.int/es/media/comunicados-de-prensa/la-organización-meteorológica-mundial-confirma-que-2016-es-el-año-más> (consultada el 22 de noviembre de 2017).

<sup>19</sup> *The Guardian, Paris climate change agreement: the world's greatest diplomatic success*, lunes 14 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.theguardian.com/environment/2015/dec/13/paris-climate-deal-cop-diplomacy-developing-united-nations> (consultada el 22 de noviembre de 2017). Una valoración que podría considerarse más realista que la expresada por medios de comunicación y políticos inmediatamente después de la adopción del Acuerdo era la realizada por Lavanya Rajamani al afirmar que se trata del resultado más ambicioso posible en un contexto político profundamente discordante.

París tenía muy difícil hacer honor a lo que se le pedía y en efecto, como veremos más tarde, el examen de su contenido arroja sombras que analizaremos desde la perspectiva de su aportación al cambio de modelo de diplomacia climática, con el objetivo de clarificar su aportación en pos de un esquema ideal de gestión colectiva de un bien público global. Es decir, que lo que surge de la capital francesa supone sin ninguna duda un cambio de rumbo en el modelo de gestión del clima; de lo que se trata es de dilucidar si ese cambio va en el sentido de un reforzamiento de la multilateralidad, y a ser posible de la globalidad, o por el contrario se orienta en otra dirección. A continuación prestaremos atención tanto al desarrollo del propio proceso como a la forma del Acuerdo.

### 3.1. El cambio de rumbo en cuanto al proceso negociador

El necesario cambio de rumbo de la diplomacia climática parecía hacerse realidad en el propio proceso seguido para la adopción del Acuerdo. Frente a lo realizado en Copenhague, cuando los líderes políticos llegaban a la capital danesa con una negociación prácticamente por comenzar, ahora el proceso negociador se iniciaba de forma mucho más temprana y ya en la 17.<sup>a</sup> reunión de la COP, en diciembre de 2011, se creaba el *Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada*, encargado de preparar el citado texto en un plazo determinado<sup>20</sup>. Este hecho no representaba por sí solo un progreso significativo respecto a lo ocurrido anteriormente puesto que también los trabajos que finalmente alumbraron el Acuerdo de Copenhague contaban con la fijación de un plazo de finalización, lo antes posible y a más tardar en 2015.

El verdadero cambio en la manera de proceder se materializaría a lo largo de todo el proceso negociador, que permitió llegar a la 20.<sup>a</sup> COP, celebrada en Lima en diciembre de 2014, con un borrador de texto que, si bien se presentaba todavía muy abierto, quizá demasiado a la vista del elevado número de opciones existentes para cada cuestión, suponía un claro avance respecto al procedimiento seguido para Copenhague.

El cambio de rumbo se trasladaba incluso al plano de la entrada en vigor del Acuerdo. Los problemas que habían rodeado al Protocolo de Kyoto, y que se tradujeron en un lapso de tiempo de más de siete años para su entrada en vigor, desde su adopción el 11 de diciembre de 1997 hasta el 16 de febrero de 2005, no parecían existir en el caso del Acuerdo de París, hasta el punto de que en este aspecto sí que se optó por una de las opciones más avanzadas recogidas en los borradores previos. De esa forma la fecha inicialmente ba-

---

RAJAMANI, L., «Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, abril de 2016, pp. 493-514, esp. p. 494.

<sup>20</sup> Decisión 1/CP.17, *Establecimiento de un Grupo de Trabajo Especial sobre la Plataforma de Durban para una acción reforzada* (FCCC/CP/2011/9/Add.1, 15 de marzo de 2012, p. 2).

rajada de 2020 era sustituida por la de la ratificación por 55 Estados parte en la CMNUCC que reúnan un 55 por 100 del volumen total de emisiones<sup>21</sup>. Esa circunstancia que en un principio podía llevar a pronosticar un retraso de la entrada en vigor del Acuerdo, al sustituir una fecha precisa, que parecía proporcionar una mayor certidumbre, por el cumplimiento de una condición cuyo logro se presenta como más variable en el tiempo, condujo sin embargo a que tras las ratificaciones de Canadá y la Unión Europea, ambas el 5 de octubre de 2016<sup>22</sup>, se alcanzase el umbral exigido para la entrada en vigor del Acuerdo, que se producía el 4 de noviembre, una fecha temprana en función de las expectativas. El motivo puede encontrarse en el cambio de posición de los dos emisores principales de GEI cuyo compromiso condiciona, en este caso y habida cuenta de las circunstancias para bien, el cumplimiento de una condición cualitativa basada precisamente en el volumen de emisiones. Precisamente ese dato está detrás del impacto causado por el Anuncio de la salida de Estados Unidos del Acuerdo de París, si bien sobre esa cuestión volveremos más tarde.

Pero todo tiene sus inconvenientes y esa rápida entrada en vigor ha tenido también al parecer algo de apresurada y ha cogido aparentemente desprevenidos a los gestores del Acuerdo. En este sentido debe tenerse en cuenta que en el texto adoptado en la capital francesa se diseña un sistema que se tiene que desarrollar en el futuro<sup>23</sup>, para lo que debían adoptarse una serie de decisiones de carácter reglamentario, fijadas para la primera y segunda COP posteriores a París<sup>24</sup>, que por el momento, y al menos en la primera ocasión, la que representó la 22.<sup>a</sup> COP en Marrakech en diciembre de 2016, no ha sido debidamente aprovechada, quedando ese desarrollo reglamentario para la 23.<sup>a</sup> COP, que

---

<sup>21</sup> El borrador que se presentó a la COP de Lima planteaba hasta siete opciones distintas, girando varias de ellas en torno a esa fecha de 2020. Véase el Punto 95 del texto *Elements for a draft negotiating text*, anexo a la Decisión 1/CP.20, *Llamado de Lima para la Acción Climática* (FCCC/CP/2014/10/Add.1, 2 de febrero de 2015). Finalmente el texto final, tal como se recoge en el art. 21 del Acuerdo, optaría por la tercera de las opciones incluidas que, sin fijar cifras concretas, establecía que esa entrada en vigor tendría lugar sobre la base de: «*A double threshold that includes both a number of Parties ratifying and a percentage of global emission reductions covered by the ratifying Parties/a minimum of global emissions from Parties*».

<sup>22</sup> Sobre el estado de ratificaciones del Acuerdo de París, véase *Paris Agreement Status of Ratification*, disponible en [http://unfccc.int/paris\\_agreement/items/9444.php](http://unfccc.int/paris_agreement/items/9444.php) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

<sup>23</sup> A ello alude Géraud de Lassus al definir el Acuerdo de París como una suerte de nueva convención marco que enuncia los fundamentos del régimen del clima *post* 2020 sin precisar todos los detalles. Una especie de juego de muñecas rusas con una convención marco —el Acuerdo— dentro de otra convención marco —la CMNUCC—. DE LASSUS ST-GENIÈS, G., «L'Accord de Paris sur le climat: quelques éléments de décryptage», *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 28, 2015, núm. 2, pp. 27-51, esp. p. 34.

<sup>24</sup> Esta cuestión se aborda en la parte III de la Decisión 1/CP.21, relativa precisamente a las *Decisiones para hacer efectivo el Acuerdo*, que incluye peticiones dirigidas al Grupo de Trabajo Especial sobre el Acuerdo de París relativas a la preparación de documentos diversos referidos a todos los planos del régimen climático. Como muestra puede citarse, en relación con la mitigación, la petición de elaboración de orientaciones adicionales sobre las características de las *Contribuciones Determinadas a nivel Nacional* (CDN), para que la COP las examine y apruebe en su primer periodo de sesiones. Véase Decisión 1/CP.21, *Aprobación del Acuerdo de París* (FCCC/CP/2015/10/Add.1, de 29 de enero de 2016, párr. 26).

tendrá lugar en Bonn en diciembre de 2017. Sin esos desarrollos reglamentarios es obvio que el Acuerdo no podrá desplegar todos sus efectos positivos.

### 3.2. Por fin un texto jurídico-internacional en materia de cambio climático tras dos décadas

La constatación de que las cosas parecían haberse hecho de otro modo no se limitaba al desarrollo del proceso negociador, sino que alcanzaba al resultado final del mismo, la adopción de un texto de carácter normativo. Esto, si bien ya no permitía evitar el problema del vacío jurídico experimentado por el retraso en la adopción del texto, que la Enmienda de Doha no ha sido capaz de colmar, al menos cumplía, aunque de forma tardía, con la exigencia de dar continuidad en el futuro al régimen climático internacional. Con la adopción del Acuerdo de París se terminaba con la incapacidad de la comunidad internacional para adoptar un texto internacional de carácter normativo en esta materia, al menos de alcance global, el último de los cuales, el Protocolo de Kyoto, se remontaba a prácticamente dos décadas atrás.

De hecho, ese cambio de rumbo relativo a la forma del resultado final se plasmaba ya en el propio mandato de Durban, que contemplaba la aprobación de un «protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal en el marco de la CMNUCC que sea aplicable a todas las Partes»<sup>25</sup>. Las distintas opciones posibles tenían en común su naturaleza jurídica, condición necesaria teniendo en cuenta que el objetivo era dar continuidad al régimen jurídico-internacional de lucha contra el cambio climático establecido por la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto. Eso alejaba la posibilidad de optar por un texto político, carente de obligatoriedad jurídica, similar al Acuerdo de Copenhague de 2009, cuyo mandato, recogido en el *Plan de Bali*, no resultaba tan preciso en este punto de la naturaleza del resultado final del proceso negociador<sup>26</sup>.

Ese mandato sería cumplido *stricto sensu* por el Acuerdo de París, que, si bien comparte denominación con el alcanzado en Copenhague, es diferente en cuanto a su carácter jurídico frente a la ya mencionada naturaleza política del segundo. Sin embargo, si bien la forma es importante no es lo esencial, sino que se trata de una *conditio sine qua non* cuya aportación al cambio de rumbo exigido para la gestión de un bien público global se ve reducida si no va acompañada del fondo y en este sentido el Acuerdo de París, como se verá más adelante, no presenta un contenido demasiado exigente en cuanto a su nivel obligacional<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Decisión 1/CP.17 (*cit.*, nota 20, párr. 2).

<sup>26</sup> El *Plan de Bali* se limitaba a señalar el inicio de «un proceso global que permita la aplicación plena, eficaz y sostenida de la CMNUCC mediante una cooperación a largo plazo que comience ahora y se prolongue más allá de 2012», incluyendo como única referencia en cuanto a la forma la de «llegar a una conclusión acordada y de adoptar una decisión en su 15.º periodo de sesiones». Decisión 1/CP.13, *Plan de Acción de Bali* (FCCC/CP/2007/6/Add.1, párr. 1).

<sup>27</sup> Esta cuestión es abordada por Daniel Bodansky quien, tras advertir que forma jurídica, obligatoriedad y aceptación doméstica no son necesariamente coincidentes, recuerda que el Acuerdo de

#### 4. EL ACUERDO DE PARÍS: UN CAMBIO DE RUMBO ¿DECEPCIONANTE? EN LO SUSTANTIVO

El optimismo, cuando no la euforia, con que fue recibido el Acuerdo de París, y que como se ha visto podía tener cierto fundamento sobre la base del análisis procedimental, resulta notablemente matizado cuando se aborda su contenido. Este parece presentar el texto surgido de la 21.<sup>a</sup> COP como un paso más pero en ningún caso como el establecimiento definitivo de un modelo adecuado para la gestión del clima<sup>28</sup>. Es decir, que se trata de un nuevo intento de encontrar respuestas eficaces que, como el anterior, sigue descansando en la voluntad unilateral, incluso más que antes si cabe, de los Estados a la hora de contribuir al esfuerzo de mitigación. Es este factor el que conduce a calificar como decepcionante el Acuerdo de París, dada la urgencia del problema al que trata de dar respuesta, si bien dicho adjetivo se presenta entre interrogantes al considerar que pensar otra cosa hubiese pecado de optimismo excesivo dado el *iter* seguido hasta el momento en la negociación climática.

##### 4.1. El establecimiento de un modelo de gestión basado en la flexibilidad

El Acuerdo de París, quizás como reacción al modelo anterior, hace de la flexibilidad su rasgo más característico, impregnando todos los planos del régimen en él establecido<sup>29</sup>, y teniendo un efecto positivo en algunos aspectos

---

París, aunque cumple la exigencia formal, siendo un tratado internacional, contiene un *mix* de previsiones obligatorias y no obligatorias. BODANSKY, D., «The Legal Character of the Paris Agreement», *Review of European, Comparative and International Environmental Law, Special Issue: The Paris Agreement*, vol. 25, julio de 2016, Issue 2, pp. 142-150. En esa misma línea Lavanya Rajamani distingue entre forma jurídica de un texto y naturaleza de sus previsiones, calificando el Acuerdo de París, en base a estas últimas, como un *acuerdo voluntario* o una *declaración de buenas intenciones*. El autor señala la coexistencia de obligaciones *hard* con otras *soft*, que hacen poco más que crear expectativas de buena fe de las Partes. A ello se añaden disposiciones no obligatorias, no usuales en previsiones operacionales de tratados pero que proporcionan un contexto valioso, construyen discursos y ofrecen garantías mutuas. RAJAMANI, L., «The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations», *Journal of Environmental Law*, vol. 28, 2016, pp. 337-358. A este respecto cabe señalar que el peso de las obligaciones *hard*, tanto en mitigación como en financiación, resulta cuestionable como veremos más tarde en relación con la primera de esas dimensiones, mientras que la eventual aportación de las previsiones no obligatorias no parece muy adecuada cuando se afronta un problema que tiene en la urgencia de la respuesta una exigencia ineludible.

<sup>28</sup> Esa aproximación positiva, aunque con matices que eviten la complacencia, es la sostenida por Sophie Lavalle y Sandrine Maljean, quienes destacan a favor de una visión optimista el lanzamiento de una nueva dinámica que rompe con un bloqueo de más de una década de negociaciones y que en el fondo supone un progreso que permite esperar un desarrollo menos caótico de las negociaciones climáticas. Pero advierten que el proceso sigue siendo frágil, por lo que el Acuerdo de París parece marcar el comienzo de una nueva era de diplomacia climática más que una culminación. LAVALLE, S. y MALJEAN-DUBOIS, S., *op. cit.*, nota 17, p. 36.

<sup>29</sup> En relación con este aspecto nos apoyaremos principalmente en el estudio de Marion Lemoine-Schonne: LEMOINE-SCHONNE, M., «La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 41, 2016, núm. 1, pp. 37-55.

tos mientras que en otros parece mutarse en ambigüedad o indefinición. La dimensión positiva sería la *flexibilidad temporal*, rasgo imprescindible para un texto que debe evolucionar de manera paralela al progreso de los conocimientos científicos y de los avances políticos y que por ello ha de ser necesariamente dinámico. De hecho, se trata de un rasgo que de una forma u otra se encuentra presente en los tratados medioambientales que siguen el esquema Convenio marco y protocolos de desarrollo, al que se ajusta el régimen climático<sup>30</sup>.

No tan benéfica resulta la *flexibilidad normativa*. Esta dimensión conduce en este caso en buena medida a desandar el camino que se recorrió con la adopción de un texto jurídico. En efecto el Acuerdo de París es un tratado internacional *stricto sensu*, y por tanto jurídicamente obligatorio, pero los términos empleados para la concreción de las obligaciones impuestas son tan imprecisos o difusos que ese nivel de obligatoriedad se desdibuja por el amplio margen de maniobra dejado a las Partes para el cumplimiento de dichas obligaciones<sup>31</sup>.

El resultado es que, si bien la flexibilidad del texto adoptado en la capital francesa tiene efectos tanto positivos como negativos, en el contexto del fenómeno al que se trata de dar respuesta, los inconvenientes parecen pesar más que las ventajas, impidiendo, o cuando menos retrasando, la puesta en marcha de forma inmediata de un esfuerzo de reducción de emisiones de GEI de intensidad suficiente para lograr el objetivo fijado por el art. 2.1.a) del Acuerdo de una limitación del incremento futuro de las temperaturas a 1,5-2 °C. Esta valoración deriva de que el efecto benéfico de la flexibilidad temporal parece ceder respecto al obstáculo que representa la de carácter normativo, dando como resultado una indefinición excesiva para hacer frente a un problema urgente.

A ello contribuye además el carácter hipotético del efecto beneficioso que en el caso del régimen climático resulta de la flexibilidad temporal. Esta, que como ya se señaló permite al régimen jurídico establecido por los tratados medioambientales evolucionar de forma paralela a los descubrimientos de la ciencia, producirá mejores resultados cuanto más inmediatos sean los progresos políticos respecto a los avances científicos. Pero esta inmediatez no parece existir en lo que respecta al régimen climático internacional, tal como

---

<sup>30</sup> A ello se refiere Alexandre-Charles Kiss al subrayar el papel de la dimensión temporal en el Derecho internacional del medio ambiente como una de las razones de la existencia de este modelo, que permite el escalonamiento en el tiempo de la creación de normas y por tanto su mejor adaptación a la evolución tanto de las situaciones como de los conocimientos. KISS, A.-Ch., «Les traités-cadres: une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement», *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXIX, 1993, pp. 792-797.

<sup>31</sup> Sobre esta paradoja señala Ángel Rodrigo que el Acuerdo de París por una parte presenta la condición de tratado pero por otra contiene un diferente grado de normatividad, siendo especialmente destacable lo relativo a las CDN, concebidas como obligaciones de comportamiento y no de resultado. RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «El acuerdo de París sobre el cambio climático: Entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva», en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 409-431, esp. p. 410.

vuelve a ponerse de manifiesto en el caso del Acuerdo de París, especialmente en relación con una de las manifestaciones de la flexibilidad temporal, la del mecanismo de revisión quinquenal contemplado en el art. 4.9 del Acuerdo, que en un escenario ideal llevaría a una adecuación de los compromisos políticos para responder de forma suficiente a lo que resulte de la observación científica del fenómeno climático. Sin embargo, la flexibilidad normativa que se establece en el Acuerdo de París no garantiza ese paralelismo de forma automática en la medida en que de los términos empleados no puede deducirse una obligación para las Partes de ajustar sus compromisos a los datos que ofrezca la ciencia respecto a la evolución del calentamiento global.

Esa transformación de la flexibilidad en ambigüedad, quizá excesiva, es decir la imposición de la flexibilidad normativa sobre la temporal, se proyecta de manera principal en el plano fundamental del mecanismo de gestión climática, el de la mitigación, alcanzando no solo al citado procedimiento de revisión sino en su conjunto al régimen de asunción de obligaciones asumidas por las Partes desde el primer momento. Es precisamente en este punto en el que nos detendremos para considerar que el cambio de rumbo del modelo de gestión del clima se aleja del multilateralismo para inclinarse de manera definitiva hacia la multipolaridad, a través de una individualización del sistema de asunción de compromisos de reducción de emisiones de GEI por las Partes<sup>32</sup>.

#### 4.2. ¿Flexibilidad o ambigüedad del nuevo esquema de atribución de obligaciones en materia de mitigación?

El nuevo esquema de atribución de obligaciones de reducción de emisiones de GEI, concretado principalmente en los arts. 3 y 4 del Acuerdo, constituye el cambio de rumbo más claro, o cuando menos el más visible, respecto del escenario anterior<sup>33</sup>. El modelo centralizado de asignación de obligaciones del esquema anterior se sustituye por otro que en principio podríamos calificar como descentralizado. El motivo podría encontrarse en las limitaciones ya apuntadas del mecanismo conocido como *top down*, en especial la ineficacia desde la perspectiva de la reacción contra el calentamiento global que la asignación de compromisos por la COP, y por tanto, de naturaleza

---

<sup>32</sup> A ello se refieren Marion Lemoine y Anne-Sophie Tabau al advertir de la sustitución de la lógica bipolar anterior, materializada en la distinción entre países Anexo I y no Anexo I, por otra multipolar, descrita por estas autoras como de *autoidentificación*. LEMOINE, M. y TABAU, A.-S., «La conférence climat de Lima: Aller de l'avant en tirant les enseignements du passé», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, 2015, pp. 301-328, esp. p. 319.

<sup>33</sup> Cambio cuya complejidad queda demostrada por el largo camino seguido para su establecimiento, que tiene su primera manifestación en el Acuerdo de Copenhague, adoptado en la 15.<sup>a</sup> COP (FCCC/CP/2009/11/Add.1, de 30 de marzo de 2010, p. 6, párrs. 4 y ss.) incluyéndose en ese momento en el programa de trabajo que finalmente conduciría a su consagración en el Acuerdo de París, pudiendo citarse de forma especial su mención en el marco de la 19.<sup>a</sup> COP, en Varsovia en 2013. Véase Decisión 1/CP.19, *Intensificación de los trabajos relativos a la Plataforma de Durban* [FCCC/CP/2013/10/Add.1, de 31 de enero de 2014, párr. 2.b)].

multilateral, al menos formalmente, había puesto de manifiesto. A ello contribuían ciertos aspectos también señalados y que ahora simplemente recordamos, por una parte, la existencia de un sistema de *emisiones exentas* —las de los Estados no incluidos en el Anexo I—, a lo que se añadía el juego de la soberanía estatal, materializado en la no participación de Estados Unidos en el Protocolo de Kyoto, a la que se sumaron otros —Rusia, Canadá o Japón— con ocasión del segundo periodo de cumplimiento del mismo establecido en la Enmienda de Doha. A todo eso deben añadirse las deficiencias mostradas en la práctica por ese modelo de gestión, que se apartaba de la lógica multilateral para acercarse más bien a un esquema multipolar, especialmente visible en el proceso de adopción del Acuerdo de Copenhague.

El recordatorio de esos límites debería servir para fijar los vectores del nuevo esquema de diplomacia climática evitando, en la medida de lo posible, esos obstáculos. Es evidente que el relativo al papel de la soberanía estatal resulta de muy difícil elusión en el actual estado de la sociedad internacional, como se ha puesto de manifiesto con el anuncio por Donald Trump de la salida de los Estados Unidos del Acuerdo<sup>34</sup>. Pero los otros inconvenientes del esquema anterior, los relativos a la existencia de emisiones exentas y a un funcionamiento práctico que no se corresponde con una lógica multilateral, sí que parecían susceptibles de corrección en un nuevo modelo de gestión climática.

<sup>34</sup> El anuncio realizado el 31 de mayo por el nuevo presidente de Estados Unidos, seguido el 4 de agosto de 2017 por la comunicación oficial del representante de los Estados Unidos en las Naciones Unidas al Secretario General, en su condición de depositario del Acuerdo (disponible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2017/CN.464.2017-Eng.pdf>; consultada el 22 de noviembre de 2017), no era sino la confirmación de su posición tanto antes como durante la campaña electoral, con el famoso *Chinese hoax* como argumento, y repetido más tarde por ejemplo durante la cumbre del G7 de Taormina, ya como presidente en ejercicio. En todo caso, y aunque sea de forma breve, debe apuntarse que el impacto de esa salida, aun siendo obviamente una muy mala noticia, no parece que pueda equipararse a la paralización de la diplomacia climática ocasionada por el rechazo de ese mismo Estado a la ratificación del Protocolo de Kyoto. A esa conclusión conducen diversos factores, tanto de carácter doméstico como externos a ese país. Entre los primeros merecen destacarse el esfuerzo de mitigación que se viene desarrollando desde ciertos Estados, entre los que cabe destacar el caso de California, y ciudades como, por ejemplo, Los Ángeles o Washington. A ello se suma la postura de la industria, incluyendo el sector de los combustibles, manifestada con ocasión del anuncio de salida por el Presidente, considerada por empresas como *Exxon Mobil*, *Chevron* o *General Electric*, entre otros, como una mala decisión que no toma en cuenta la inversión ya realizada en tecnologías bajas en carbono ni las oportunidades que se abren en el ámbito energético, en concreto en lo que respecta a la inversión en energías renovables, que la economía norteamericana no parece dispuesta a dejar pasar sin más. En el plano externo el cambio es aún más evidente dado que la desaparición del esquema bipolar de obligaciones anterior hace desaparecer el argumento utilizado por la Administración Bush para el rechazo a ratificar Kyoto. A eso se suma que China, por razones que van desde su propia necesidad hasta la oportunidad de reforzar su liderazgo en la diplomacia climática, pasando por el intento de aprovechar los beneficios económicos de dedicar esfuerzos a sectores como el de las energías renovables, ha hecho saber que mantiene su compromiso con el nuevo régimen de lucha contra las emisiones de GEI. Esa diferencia en el contexto internacional se materializaba en la cerrada defensa del Acuerdo con ocasión de la 22.ª COP, coincidiendo con las elecciones que auparon a Trump a la Presidencia, llegando en la *Marrakech Action Proclamation for our Climate Change and Sustainable Development* a calificarse como irreversible el impulso recibido por la lucha contra el cambio climático. A este respecto véase, por ejemplo, WAGNER, G. y KEITH, D., «Cop22 after Trump. The Good and Bad News for Climate Change», *Foreign Affairs*, 2016, pp. 1-9 (disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/2016-11-21/cop22-after-trump>; consultada el 22 de noviembre de 2017).

El Acuerdo de París responde al primero de esos aspectos operando una desaparición del sistema de emisiones exentas en la medida en que, conforme a su art. 3, las obligaciones ya no se circunscriben a las Partes del Anexo I. Con ello se termina con la lógica simplista que antes presidía el esquema de atribución de obligaciones de reducción de emisiones de GEI que, como ya se apuntó, estaba en la base de la ineficacia misma del modelo de gestión del clima. Pero curiosamente esa desaparición de emisiones exentas no se traduce en un reforzamiento del multilateralismo sino, tal como se apuntó con anterioridad, de la multipolaridad. Ello además de que la inexistencia de países liberados *per se* del esfuerzo de mitigación no supone una desaparición total de la división bipolar entre países desarrollados y en desarrollo, que de alguna manera permanece presente en el régimen climático internacional<sup>35</sup>.

En realidad, la persistencia de esa distinción entre países desarrollados y en desarrollo no es en sí misma algo perjudicial, ni su eliminación constituye un objetivo primordial, siempre que la misma no se proyecte al esfuerzo de mitigación, implicando la existencia de un permiso para seguir emitiendo GEI a algunas de las Partes. Y esto si bien no se recoge de forma expresa como en el esquema anterior, no deja de tener ciertas referencias indirectas, especialmente en la mención del art. 4.1 a que los países en desarrollo tardarán más en alcanzar su punto máximo de emisiones, de donde resulta implícitamente la posibilidad de seguir incrementando estas hasta ese momento<sup>36</sup>.

El grado de respuesta es incluso menor en el otro aspecto que debería ser objeto de modificación en el nuevo régimen climático, impidiendo que el multilateralismo formal, aunque con las limitaciones apuntadas en ese plano, no devenga en multipolarismo como consecuencia de su aplicación práctica. El Acuerdo de París afronta ese desafío mediante la instauración de una lógica descentralizada en cuanto al mecanismo de asunción de compromisos

---

<sup>35</sup> A ello se refiere Géraud de Lassus advirtiendo que el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas no desaparece, sino que se transforma. Así ese Principio sigue estando presente de forma expresa en el Acuerdo, pudiendo citar con carácter horizontal la mención del art. 2.2, pero se modifica mediante una diferenciación del lenguaje, que obliga a los países desarrollados y anima a los países en desarrollo. En este sentido es de destacar la diferencia que se recoge en el art. 4.4 entre la mención a que los primeros «deberían seguir encabezando los esfuerzos, adoptando metas absolutas de reducción de emisiones para el conjunto de la economía» y la que se refiere a que los países en desarrollo «deberían seguir aumentando sus esfuerzos de mitigación», alentando a esos países a que, «con el tiempo, adopten metas de reducción o limitación de las emisiones para el conjunto de la economía, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales». DE LASSUS ST-GENIÈS, G., *op. cit.*, nota 23, pp. 44 y ss. En esa misma línea Lavanya Rajamani distingue las referencias a los países desarrollados en términos de mandato y las dirigidas a los países en desarrollo concebidas más como esperanza que como obligación. RAJAMANI, L., *op. cit.*, nota 19, pp. 507 y ss.

<sup>36</sup> Sobre ese particular afirma Alejandro Lago que el principal elemento de quiebra respecto del Protocolo de Kyoto, la no participación de los países emergentes, se ha resuelto en falso, puesto que no está claro que se pueda determinar de forma precisa el momento en que la obligación de reducción de emisiones se aplique para algunos países, al menos para los emergentes. El resultado es que la limitada incorporación de los países en desarrollo se ha llevado a cabo a costa de eliminar cualquier objetivo cuantitativo agregado y menoscabando incluso los objetivos previos al no establecer siquiera un año determinado de referencia. LAGO CANDEIRA, A., «El Acuerdo de París. ¿Solución al cambio climático o el principio del fin del actual multilateralismo ambiental?», *Ambienta. La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, vol. 114, 2016, pp. 20-32, esp. p. 31.

en materia de mitigación. El problema es que en el nuevo sistema *bottom up* el multilateralismo incluso formal se reduce de manera que las obligaciones ya no son asignadas por la COP, rasgo sobre el que se apoyaba la naturaleza multilateral del esquema anterior, sino que son los propios Estados los que, a través de las CDN, asumen el protagonismo de una manera muy pronunciada<sup>37</sup>.

De este simple hecho, y a salvo de precisiones que posteriormente se realizarán, podemos ya concluir que el cambio de rumbo del nuevo modelo aleja a este del carácter multilateral para acercarlo más bien a un esquema individualizado<sup>38</sup>.

Desde la perspectiva de la eficacia del nuevo modelo para articular una reacción adecuada al calentamiento global destaca la falta de coherencia que exhibe el Acuerdo que por una parte consagra una ambición, limitada, de lograr el objetivo antes señalado de reducir a 1,5 °C el incremento de temperaturas mientras que por otra no fija un plazo para el logro del objetivo. En este punto la flexibilidad normativa opera de manera perversa puesto que el Acuerdo de París ni siquiera contempla la vuelta a una senda de reducción de emisiones de GEI de forma inmediata, sino que, conforme al art. 4.1, lo fija en un futuro indefinido tal como resulta del objetivo de que las emisiones de GEI «alcancen su punto máximo lo antes posible». Indefinición en cuanto a la fijación de plazos que solo se reduce, y no demasiado, al señalar la pretensión de alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros «en la segunda mitad del siglo».

La conclusión es que se abre la puerta de forma todavía de manera más acusada, en cuanto que se produce dentro del propio sistema, es decir de manera legal, a comportamientos de *free rider* o polizón. Ahora los Estados que quieran beneficiarse de un comportamiento de esa naturaleza, éticamente reprobable pero perfectamente legal como ya se ha dicho, basta que se autoimpongan compromisos limitados de reducción de emisiones, haciendo recaer el peso de la gestión común sobre las espaldas de los demás Estados, y obteniendo de ello una doble ventaja, la que resulta del progreso en la reacción contra el calentamiento global, del que también ellos se benefician aunque no hayan aportado su contribución, y la de los menores costes a afrontar como consecuencia de su limitada ambición.

Pero el margen de libertad que se reconoce a los Estados en el nuevo sistema no se limita a la autoasignación de compromisos vía las respectivas CDN, sino que se amplía por la inexistencia de auténticos límites a esa flexibilidad

---

<sup>37</sup> Aspecto subrayado por Géraud de Lassus al recordar la gran deferencia que el Acuerdo de París observa hacia las elecciones de los miembros del régimen climático internacional, dejando a estos un amplio margen de maniobra que se concreta tanto en la determinación de sus niveles de esfuerzo de mitigación, a través del mecanismo de la CDN, como en la identificación del tipo de medidas a adoptar para esa atenuación. DE LASSUS ST-GENIÈS, G., *op. cit.*, nota 23, pp. 41 y ss.

<sup>38</sup> Sobre la naturaleza ambivalente de los compromisos asociados a las CDN, recuerda Ángel Rodrigo que se trata de obligaciones formalmente multilaterales, en cuanto aplicables a todos conforme al art. 3, pero de determinación unilateral. RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., *op. cit.*, nota 31, p. 420.

en el sentido de fijar algún tipo de suelo en cuanto a la ambición de los Estados. La flexibilidad normativa se hace sentir de nuevo de forma negativa limitándose el art. 4.3 del Acuerdo a señalar que la cuota de contribución al esfuerzo colectivo consagrada en la correspondiente CDN representará la «mayor ambición posible».

Y en ese mismo sentido pueden mencionarse otras manifestaciones del inconveniente que para la eficacia del sistema resultan de la citada flexibilidad normativa, que incrementan su impacto en la naturaleza multilateral del mismo, orientándolo más bien hacia una individualización de la asunción de compromisos en materia de mitigación, a través del esquema de autoasignación ya apuntado. Especialmente relevante en este sentido es lo que se refiere al establecimiento de lo que podríamos calificar como un sistema de *armonización contable* de las CDN, clave para medir hasta qué punto la suma de los esfuerzos libremente determinados a nivel nacional, en la que ahora se traduce el esfuerzo global, es suficiente para responder eficazmente al fenómeno que se trata de contrarrestar.

En ese sentido el art. 4.8 del Acuerdo de París establece que cada CDN deberá ir acompañada de «la información necesaria a los fines de la claridad, la transparencia y la comprensión, con arreglo a lo dispuesto en la Decisión 1/CP.21 y en toda decisión pertinente que adopte la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el presente Acuerdo». Lo que se completa en la citada Decisión 1/CP.21, si bien el lenguaje empleado, de nuevo la flexibilidad normativa, no parece imponer obligaciones en este sentido<sup>39</sup>. Eso supone que el amplio margen de acción reconocido a las Partes se extiende a cuestiones como, por ejemplo, la fijación del año de base para medir la reducción de emisiones autoasignada, lo que repercute en la magnitud del esfuerzo asumido por cada Estado, puesto que cuanto más tardío sea el año elegido menor será la reducción de las emisiones de GEI, que se han ido incrementando progresivamente, enmascarando así el esfuerzo reducido que un Estado decida llevar a cabo, al dificultar la comparación con el llevado a cabo por otros. De hecho, ese margen de libertad se ha materializado en la práctica en las distintas CDN, pudiendo distinguir casos como los de la Unión Europea

---

<sup>39</sup> La Decisión 1/CP.21 señala que: «*Conviene* en que la información que comuniquen las Partes al presentar sus contribuciones determinadas a nivel nacional, a fin de facilitar la claridad, la transparencia y la comprensión, *podrá incluir*, entre otras cosas y según proceda, información cuantificable sobre el punto de referencia (con indicación, si corresponde, de un año de base), los plazos y/o periodos para la aplicación, el alcance y la cobertura, los procesos de planificación, los supuestos y los enfoques metodológicos, incluidos los utilizados para estimar y contabilizar las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero y, en su caso, las absorciones antropógenas, y una explicación de los motivos por los que la Parte considera que su contribución determinada a nivel nacional es justa y ambiciosa, a la luz de sus circunstancias nacionales, y de la forma en que contribuye a la consecución del objetivo de la Convención enunciado en su art. 2». Decisión 1/CP.21 (*cit.*, nota 24, párr. 27). La cursiva incluida por nosotros pone de manifiesto la proyección de la flexibilidad normativa en este punto. La obligación de información que deben suministrar las Partes se completa con lo recogido en el art. 13.7 del Acuerdo, especialmente en su párrafo *b*) que recoge que cada Parte deberá proporcionar «la información necesaria para hacer un seguimiento de los progresos alcanzados en la aplicación y el cumplimiento de su contribución determinada a nivel nacional en virtud del art. 4».

o Rusia, que establecen 1990, frente a otros como los de los dos emisores de GEI principales, Estados Unidos y China que optan por 2005 como año de referencia para medir su reducción de emisiones.

Las consecuencias negativas resultantes de la ambigüedad normativa se extienden al mecanismo de revisión, uno de los instrumentos incluidos en el Acuerdo que reflejan la influencia positiva de la flexibilidad temporal con la que se pretende una mejor adaptabilidad del régimen jurídico tanto a los avances científicos como a la voluntad política. Como ya se dijo anteriormente el problema es que la evolución de esa voluntad no guarda el debido paralelismo con lo que la ciencia nos va ofreciendo acerca del fenómeno del calentamiento global. Si eso fuera así debería preverse, a la luz del agravamiento constante del problema, que las Partes modificasen al alza, y de manera sustancial, sus compromisos en futuras revisiones de sus CDN, pero también aquí la flexibilidad, o de manera más precisa la ambigüedad, normativa juega en sentido negativo, extendiendo también en este plano un margen de acción a las Partes que no garantiza que esa intensificación futura vaya a producirse. No obstante, para no hacer un ejercicio de adivinación habrá que esperar para ver si ese pronóstico se cumple, siendo el primer momento el diálogo facilitador previsto para 2018<sup>40</sup>, y posteriormente el primer balance mundial que llevará a cabo la COP y que conforme al art. 14.2 tendrá lugar en 2023. La duda es si teniendo en cuenta la evolución del calentamiento global no se habrá perdido un tiempo precioso para articular una respuesta que reduzca sus efectos negativos<sup>41</sup>.

La afirmación de que el mecanismo de revisión periódica de las CDN no garantiza una evolución de la voluntad de los Estados paralela a las exigencias que resultan de la observación científica se apoya en que también aquí se reproduce el efecto negativo de la ausencia de una exigencia mínima respecto del nivel de esfuerzo de los Estados en posteriores adaptaciones de sus correspondientes CDN. Así el art. 4.3 del Acuerdo señala como única condición que las posteriores CDN representen «una progresión» con respecto a la que esté vigente para esa Parte. Con esa exigencia se garantiza la progresividad en cuanto a la intensidad del esfuerzo de cada Parte en la reducción de sus emisiones de GEI pero puede tener como efecto perverso incentivar una minoración del esfuerzo inicial, logrando con ello un margen mayor de manio-

---

<sup>40</sup> Cuando las Partes harán un balance de sus esfuerzos colectivos y se determinará el avance del objetivo en el largo plazo, orientando de esa forma la preparación de las CDN futuras. Véase Decisión 1/CP.21 (*cit.*, nota 24, párr. 20).

<sup>41</sup> A ello se refieren Sophie Lavalle y Sandrine Maljean recordando que, conforme al Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 2015, para tener posibilidades, una sobre dos, de limitar el calentamiento a 1,5 °C en 2100 solo deberían emitirse 450 billones de toneladas de CO<sub>2</sub>, pero los compromisos de los Estados en sus CDN llevan a que ese volumen se haya emitido ya en 2024, lo que deja muy poco margen salvo un golpe drástico de timón. LAVALLE, S. y MALJEAN-DUBOIS, S., *op. cit.*, nota 17, p. 30. La tendencia insuficiente del esfuerzo global de mitigación es también advertida por la Decisión 1/CP.21 que observa con preocupación la insuficiencia del esfuerzo agregado al que conducen las CDN presentadas para alcanzar el objetivo de aumento de la temperatura media mundial por debajo de los 2 °C, que en palabras de la COP «requerirá un esfuerzo de reducción de emisiones mucho mayor que el que suponen las CDN». Decisión 1/CP.21 (*cit.*, nota 24, párr. 17).

bra en posteriores revisiones de cada una de las contribuciones nacionales al esfuerzo de mitigación.

#### **4.3. El papel del voluntarismo en la contribución al esfuerzo de mitigación**

De lo dicho hasta ahora se deduce que el cambio de rumbo operado en el modelo de gestión climática no parece garantizar la superación de uno de los problemas esenciales del esquema anterior, el del condicionamiento de su eficacia en último término a la voluntad de los Estados de cumplir con unas obligaciones cuyo contenido les concedía la posibilidad de optar por grados o formas distintas de observancia. El obstáculo que de ello resulta para la gestión de un bien público global como es el clima se mantiene, incluso si cabe con mayor relevancia<sup>42</sup>. En efecto, el nuevo modelo basado en la asunción de compromisos de mitigación de manera individual por cada Estado se somete en cuanto condición de eficacia a que el esfuerzo agregado de reducción de emisiones de GEI sea suficiente para alcanzar el umbral de incremento de las temperaturas por debajo de los 1,5 o 2 °C, reflejado en el Acuerdo de París. Y eso solo es posible si los Estados usan el amplio margen de libertad que se les concede teniendo en mente la necesidad de alcanzar ese umbral colectivo y se autoimponen unas obligaciones de reducción de emisiones lo suficientemente significativas, especialmente los mayores emisores.

Es decir, que en este punto parece haberse operado un giro de 360°, volviendo al punto de partida en la medida en que la eficacia del esquema de cooperación climática sigue dependiendo en último término de la voluntad de las Partes. Y ello con un agravante respecto al modelo anterior, en el que el papel de esa voluntad estatal resultaba, en el caso de las Partes del Anexo I, de la insuficiencia de mecanismos de sanción en caso de incumplimiento de las obligaciones que se les habían asignado de forma centralizada; mientras que, en el caso de los países no Anexo I, el papel de esa conciencia climática era todavía más acusado, ya que sus esfuerzos de reducción de emisiones tenían un carácter puramente voluntario al no estar sometidos a ningún tipo de obligación jurídica al respecto. Por su parte, el nuevo modelo parece extender el panorama señalado para los países no Anexo I, siguiendo la terminología del modelo anterior; puesto que en el nuevo esquema de

---

<sup>42</sup> El papel clave del factor de la voluntad política en el nuevo esquema de cooperación es subrayado por Alejandro Lago, advirtiendo incluso su mayor trascendencia respecto del modelo previo. Para este autor si tras el fracaso de Copenhague se consideraba que se había perdido una década completa (2010-2020) a nivel internacional en materia de cambio climático, la adopción del Acuerdo de París parece certificar que se da por perdida ya no la siguiente década —lo cual parece seguro con las CDN presentadas por las Partes— sino la primera mitad del siglo XXI. El Acuerdo supone, en su opinión, la consagración del mínimo común denominador absoluto en materia de cambio climático: que cada uno haga lo que buenamente pueda, o lo que es peor, añadimos nosotros, lo que cada uno quiera o mejor se adapte a su estrategia. Ello lleva al autor a una conclusión pesimista respecto a la aportación del cambio de rumbo sobre el multilateralismo climático, que con este Acuerdo parece haber tocado fondo. LAGO CANDEIRA, A., *op. cit.*, nota 36, p. 31.

autoasignación de las obligaciones de reducción de emisiones nada impide que los Estados exhiban una ambición limitada en su contribución al esfuerzo colectivo, que difícilmente podrá considerarse vulnerando los mandatos vagos y difusos recogidos al respecto en el Acuerdo y a los que se ha hecho mención con anterioridad. De hecho, esa parece ser de momento la realidad, tal como se reconoce en el propio Acuerdo y por la COP cuando advierten de la insuficiencia del esfuerzo agregado de reducción de emisiones de GEI que resulta de las CDN presentadas hasta el momento por los Estados, que se sitúan en una trayectoria alejada de esa limitación del aumento de las temperaturas de 2 °C<sup>43</sup>.

El papel de la voluntad política de cumplir con los compromisos autoasignados resulta reforzado por la existencia de un mecanismo débil de sanción de un posible incumplimiento. En realidad, este aspecto se encontraba ya presente en el esquema anterior, pero lo cierto es que no puede decirse que el Acuerdo de París haya mejorado la situación.

Debe reconocerse que no se trata de un escollo fácil de salvar y que, de manera más o menos aguda, es un lugar común en el ámbito de la gestión de los bienes comunes. La interdependencia existente en cuanto al disfrute de esos bienes conduce a que el objetivo primero en casos de incumplimiento de las respectivas obligaciones sea el de la terminación de esa situación, que repercute de forma negativa en los demás usuarios de dicho bien, quedando la dimensión sancionadora en un segundo plano en la medida en que no aporta necesariamente una mejora inmediata en cuanto al disfrute del bien por los demás usuarios del mismo sino *simplemente* el castigo al incumplidor. A ello se añade que, en el contexto de una sociedad descentralizada como es la sociedad internacional, los Estados son particularmente reacios al establecimiento de mecanismos sancionadores muy exigentes a los que ellos mismos han de someterse. La aplicación de esa lógica al régimen climático supone que cualquier incumplimiento de las obligaciones de reducción de emisiones de GEI tiene como principal consecuencia negativa una reducción de los efectos de la reacción global frente a ese fenómeno.

Volviendo a la conclusión de que el actual esquema descentralizado no supone una mejora de la situación respecto al anterior mecanismo centralizado en lo relativo al procedimiento de sanción de los incumplimientos<sup>44</sup>, debe

---

<sup>43</sup> La COP advierte que el actual escenario conduce a un nivel de emisiones de 55 gigatoneladas en 2030 lo que supera claramente el límite de 40 gigatoneladas que permitiría mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo de los 2 °C. Véase Decisión 1/CP.21 (*cit.*, nota 24, párr. 17).

<sup>44</sup> La CMNUCC y el Protocolo de Kyoto contienen mecanismos débiles de exigencia de responsabilidades por incumplimiento cuyo objetivo, de conformidad con lo apuntado en relación con la gestión de bienes públicos globales, es incitar al Estado incumplidor a corregir el incumplimiento de sus compromisos. Para ello se establece un Grupo de facilitación, que asume funciones de asesoramiento a las Partes en la aplicación del Protocolo, y otro Grupo de control del cumplimiento, en principio encargado de la reacción frente a posibles fallas en el mismo, para lo que tiene a su disposición un abanico de medidas correctivas que en el plano de la mitigación incluyen la deducción de la cantidad atribuida a esa Parte para el segundo periodo de compromiso, de un número de toneladas igual a 1,3 veces la cantidad en toneladas de las emisiones excedentarias, así como la elaboración de un Plan de

señalarse que el Acuerdo de París opta por la alternativa menos exigente de todas las incluidas en el texto objeto de negociación<sup>45</sup>. El resultado es que el art. 15 del Acuerdo consagra un mecanismo de aplicación poco constrictivo señalándose que el comité encargado de esta tarea estará compuesto por expertos y tendrá un carácter facilitador, funcionando de manera transparente, *no contenciosa y no punitiva*.

## 5. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva general puede concluirse que el Acuerdo adoptado en la COP de París presenta un balance desigual que incluye luces y sombras. La valoración final del mismo está como es obvio sujeta a que la aproximación se haga desde una perspectiva optimista o pesimista, si bien dada la urgencia del problema, que resulta de los datos científicos y que puede preverse que será confirmada por el próximo Informe del Panel Intergubernamental para el Cambio Climático, no puede ocultarse que en este caso la segunda aproximación parece más ajustada a la realidad del fenómeno que la primera. Podría decirse que mientras el esquema de cooperación climática sigue una progresión aritmética el agravamiento del fenómeno del calentamiento global lo hace en una progresión geométrica, lo que da como consecuencia que si bien puede aceptarse que seguimos avanzando no lo hacemos al ritmo necesario, por lo que el objetivo fijado parece alejarse progresivamente. Es decir, que el Acuerdo de París es un paso más que como aporte principal presenta el mantenimiento del esfuerzo de mitigación. No puede negarse que eso es un avance dado el estadio de esa cooperación climática en los últimos años, especialmente la incapacidad para adoptar textos jurídicos. Pero lo que resulta en términos de obligaciones del contenido del Acuerdo no puede justificar la más mínima complacencia, dado que el margen de maniobra concedido a las Partes no garantiza una intensidad en el esfuerzo colectivo coherente con la limitación del

---

acción para el cumplimiento y la suspensión del derecho a hacer transferencias en virtud del art. 17 del Protocolo hasta que se restablezca el derecho de esa Parte. Véase Decisión 24/CP.7, *Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto* (FCCC/CP/2001/13/Add.3, 21 de enero de 2002, pp. 72 y ss.) y Decisión 27/CMP.7, *Procedimientos y mecanismos relativos al cumplimiento previstos en el Protocolo de Kyoto* (FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, 30 de marzo de 2006, pp. 112 y ss.). La misma conclusión resulta en el plano del arreglo de controversias en el que el art. 14.2 de la CMNUCC, al que remite el art. 19 del Protocolo de Kyoto, exige el acuerdo de las dos Partes en la controversia, lo que en el supuesto de un bien de interés general plantea el problema de la identificación del potencial demandante, dado que el perjuicio resultante del incumplimiento tiene un carácter general que en principio haría de esa reducción de emisiones una suerte de obligación *erga omnes* que legitimaría a cualquier otro Estado a solicitar la responsabilidad del incumplidor.

<sup>45</sup> El texto surgido de la reunión de junio del Grupo de trabajo incluía seis propuestas que iban en orden decreciente de intensidad desde el establecimiento de un tribunal internacional de justicia climática para supervisar, controlar y sancionar posibles incumplimientos de las obligaciones que resultan de este Acuerdo y de la CMNUCC hasta la referencia a que no se requieren provisiones específicas al respecto. Véase *Streamlined and consolidated text. Version of 11 June 2015. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Second session, part nine, 1-11 June 2015, Bonn, Germany*, pp. 77 y ss. Disponible en [http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp2-9\\_i3\\_11jun2015t1630\\_np.pdf](http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp2-9_i3_11jun2015t1630_np.pdf) (consultada el 22 de noviembre de 2017).

aumento de temperaturas globales en los umbrales fijados en el propio Acuerdo para que los efectos negativos del problema no sean demasiado graves.

La conclusión es más desalentadora en relación con la cuestión objetivo de estudio. El nuevo esquema *bottom up* no refuerza el multilateralismo del sistema climático, considerado como el esquema ideal para la gestión de un bien público global. En lugar de eso el Acuerdo de París establece un esquema individualizado, propio como se ha dicho de una aproximación multipolar más que multilateral. La amplia libertad de la que disfrutaban los Estados para fijar metas de reducción de emisiones de GEI, sumada a factores como la inexistencia de mecanismos de sanción en caso de incumplimiento, permite afirmar que el texto surgido de la 21.<sup>a</sup> COP contempla un modelo de gestión en el que el esquema multilateral no pasa de asumir la función de impulso y coordinación de los respectivos compromisos individuales, y en ese contexto la efectividad de la reacción frente al problema está más condicionada si cabe por la voluntad política de los Estados, lo que como la experiencia ha demostrado, incluso muy recientemente, no parece suficiente para garantizar el cumplimiento de los objetivos.

## RESUMEN

### EL ACUERDO DE PARÍS DE DICIEMBRE DE 2015: LA SUSTITUCIÓN DEL MULTILATERALISMO POR LA MULTIPOLARIDAD EN LA COOPERACIÓN CLIMÁTICA INTERNACIONAL

El Acuerdo de París rompe la dinámica perversa en que había entrado la cooperación climática internacional tras los intentos fallidos de Copenhague y Doha. Esta circunstancia es la única que justifica el entusiasmo con el que fue recibido. Sin embargo, la lectura detenida del texto arroja incertidumbres respecto de la magnitud de su aportación. Especialmente el análisis de su contenido permite concluir que el nuevo modelo de gestión del clima no se ajusta como debiera a lo que parece conveniente en el caso de un bien público global. La sustitución del esquema *top down* por el de *bottom up* no acerca al esquema hacia un modelo multilateral sino hacia otro multipolar, a través de la individualización del mecanismo de atribución de las obligaciones de reducción de emisiones. La consecuencia es que nos encontramos tan sometidos como antes, o incluso más, a la voluntad política de los Estados. Deberán ser estos los que, sin excesivas presiones al respecto en el nuevo Acuerdo, establezcan compromisos lo suficientemente ambiciosos para que el esfuerzo agregado permita pensar en una reacción efectiva al calentamiento global. Y eso no parece suficiente, en especial dado el ritmo de agravamiento de un problema que nos amenaza a todos.

**Palabras clave:** cambio climático, Convención Marco de las Naciones Unidas, Protocolo de Kyoto, Acuerdo de París, multilateralismo, multipolaridad.

## ABSTRACT

### THE PARIS AGREEMENT OF DECEMBER 2015: THE REPLACEMENT OF MULTILATERALISM BY MULTIPOLARITY IN INTERNATIONAL CLIMATE COOPERATION

The Paris Agreement breaks the perverse dynamic of international climate cooperation after the failed attempts in Copenhagen and Doha. This circumstance is the only one

that justifies the enthusiasm with which it was received. However, the careful analysis of the text brings uncertainties regarding the magnitude of its contribution. Especially the analysis of its content allows to conclude that the new model of climate management does not fit as it should to what seems appropriate in the case of a global public good. The substitution of the top down for the bottom up approach does not bring the schema closer to a multilateral model but to a multipolar one, through the individualization of the mechanism for the attribution of emission reduction obligations. The consequence is that we are as subject as before, or even more, to the political will of the States. These should be those that, without a strong pressure on the issue in the new agreement, make commitments ambitious enough for the aggregate effort to think of an effective response to global warming. And this does not seem to be enough, given the pace of aggravation of a problem that threatens us all.

**Keywords:** Climate Change, United Nations Framework Convention on Climate Change, Kyoto Protocol, Paris Agreement, multilateralism, multipolarity.

## SOBRE LA DOCTRINA «UNWILLING OR UNABLE STATE» (¿PODRÍA EL FIN JUSTIFICAR LOS MEDIOS?)

María José CERVELL HORTAL \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. USAR LA FUERZA CONTRA ESTADOS QUE NO QUIEREN O NO PUEDEN CONTROLAR A GRUPOS TERRORISTAS EN SU TERRITORIO.—2.1. Contenido de la teoría que la defiende.—2.2. Pero una cosa es exigir al Estado que reprima y prevenga el terrorismo [...].—2.3. Y otra, usar la fuerza en legítima defensa cuando no sea capaz de hacerlo.—2.3.1. La legítima defensa es posible, sí, parece, frente a actores no estatales.—2.3.2. ¿Pero es el Estado también responsable por actividades que no puede o (en particular) no quiere controlar?—3. SU APLICACIÓN AL CONFLICTO DE SIRIA.—4. UNA TEORÍA DUDOSA.—4.1. Que no es generalmente aceptada.—4.2. Y para la que podrían existir alternativas.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El avance de la amenaza terrorista en los últimos años ha obligado a los Estados a replantearse algunos de los cimientos normativos del uso de la fuerza en Derecho internacional. *A grandes males, grandes remedios*, parece haber sido la reflexión subyacente para defenderse del terrorismo yihadista.

2. La posibilidad de que un Estado emplee la fuerza en territorio de otro, sin su consentimiento, por su incapacidad o falta de voluntad de frenar a grupos terroristas que desde allí atacan a otros, conocida en terminología anglosajona como la *teoría unwilling or unable to act* (teoría del Estado que *no quiere o no puede*), ha sido probablemente uno de los intentos más arriesgados. En ella se basaba Estados Unidos para, en septiembre de 2014, justificar sus ataques en territorio sirio con el fin de frenar al Estado Islámico (también conocido como Daesh). Aunque los primeros ecos de este argumento habían surgido unos años antes, parte de la doctrina (no mayoritaria, como se señalará) comenzó entonces a apoyar su propagación, y ciertos Estados (no tan

---

\* El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto Der 2015-64205-R, MINECO/FEDER (IP1: Cesáreo Gutiérrez Espada, IP2: María José Cervell Hortal). María José Cervell Hortal es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia ([cervell@um.es](mailto:cervell@um.es)). Todas las páginas *web* de referencia se consultaron por última vez el 15 octubre de 2017.

numerosos como algunos pretenden) se sintieron también tentados a recurrir a ella para justificar sus (re)acciones armadas.

3. A lo largo de los siguientes apartados se analizará el contenido y la base jurídica de la teoría, así como la posibilidad de que se esté haciendo un hueco para ella en el Derecho internacional. Se intentará, también, encontrar alternativas a la misma que permitan hacer frente al terrorismo en Estados que poco hacen para controlarlo.

## **2. USAR LA FUERZA CONTRA ESTADOS QUE NO QUIEREN O NO PUEDEN CONTROLAR A GRUPOS TERRORISTAS EN SU TERRITORIO**

### **2.1. Contenido de la teoría que la defiende**

4. La posibilidad de intervenir, de ser necesario incluso por la fuerza, en el territorio de otro Estado cuando este no quiera o no sea capaz de frenar la amenaza terrorista, ha sido invocada por algunos en los últimos años, sobre todo en la lucha contra el Daesh en Siria. Su argumento principal gira en torno a la idea de que todo Estado es el responsable máximo de controlar su territorio y evitar que en él se produzcan actos de terrorismo o que desde él se preparen y organicen atentados en otros Estados, de manera que, cuando no lo haga, el Estado víctima podría suplirlo en ese papel y emprender acciones directas (armadas, incluso) contra esos grupos<sup>1</sup>.

5. La teoría se ha empleado en la mayoría de casos vinculada directamente a la legítima defensa. La consolidación del terrorismo yihadista como amenaza global y la dificultad de combatirlo con los métodos clásicos han forzado a los Estados a moverse en *arenas movedizas*, buscando para defenderse diferentes opciones. Flexibilizar los requisitos de la legítima defensa ha sido una de las salidas más recurrentes, por ser la única (junto con la acción colectiva del Consejo de Seguridad) que permite a los Estados emplear la fuerza en el marco del Derecho, pero la teoría del Estado que *no quiere o no puede* pretende incluso, parece, ir más allá.

6. Cuando Estados Unidos anunciaba, en septiembre de 2014, que estaba dispuesto a atender la solicitud que Irak, al amparo de la legítima defensa (colectiva), le había formulado para acabar con el Daesh, declaró que el territorio sirio también sería su objetivo, pues de allí provenían gran parte de las acciones que ese Gobierno (el sirio) no podía o no quería impedir. Así puede

---

<sup>1</sup> Las intervenciones solicitadas o consentidas por un Estado no serán objeto de análisis en este artículo, aunque sí sea conveniente, acaso, reseñar que el avance del terrorismo internacional ha favorecido que algunos las hayan permitido para contenerlo. Al respecto, CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., *La legítima defensa en el Derecho internacional contemporáneo (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 34-35, y VAN STEENBERGHE, R., «Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Première partie: fondements juridiques», *AFDI*, vol. LXI, 2015, pp. 145-198, esp. pp. 148-161.

constatarse en la carta enviada al secretario general y al presidente del Consejo de Seguridad, el 23 de septiembre de 2014:

«Iraq has made clear that it is facing a serious threat of continuing attacks from the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) coming out of safe havens in Syria. [...] States must be able to defend themselves, in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, as reflected in Article 51 of the Charter of the United Nations, when, as is the case here, the government of the State where the threat is located is unwilling or unable to prevent the use of its territory for such attacks»<sup>2</sup> (redonda añadida).

¿Qué base tenía la teoría que Estados Unidos alegaba? No aparece en tratado alguno, ni la jurisprudencia la ha acogido, con lo que, de momento y como las páginas siguientes reafirmarán, no puede calificarse sino de propuesta, defendida por algunos Estados y un sector doctrinal que busca revestir de legalidad acciones armadas que de acuerdo con el estricto Derecho internacional en vigor no está claro que la tengan.

7. En realidad, el argumento no es tan novedoso, y aunque han sido varios los partidarios de la *fórmula*, acaso la referencia obligada entre los iusinternacionalistas sea la del artículo publicado por la Profesora Ashley Deeks en 2012<sup>3</sup>, que lleva a cabo un detallado repaso de las ocasiones en las que, a su entender, se ha empleado la teoría, sus funciones y su metodología<sup>4</sup>. El artículo originó no pocas críticas que diferentes publicaciones, tanto en revistas como en red, se encargaron de recoger<sup>5</sup>. Daniel Bethlehem, ese mismo año, esta vez en el *American Journal of International Law*, proponía 16 principios aplicables a la legítima defensa frente a actores no

<sup>2</sup> Doc. S/2014/695, 23 de septiembre de 2014.

<sup>3</sup> DEEKS, A., «Unwilling or unable: toward a normative framework for extraterritorial self-defence», *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, 2012, núm. 3, pp. 482-550.

<sup>4</sup> Se incluyen cinco elementos que deberían considerarse antes de emprender una acción armada de estas características: 1) priorizar el consentimiento o la cooperación con el Estado territorial antes de recurrir unilateralmente a la fuerza; 2) solicitar al Estado territorial que se enfrente a la amenaza y darle tiempo adecuado para responder; 3) evaluar el control y capacidad del Estado territorial en esa región; 4) evaluar los medios propuestos por el Estado territorial para eliminar la amenaza, y 5) evaluar las interacciones previas que se hayan hecho con ese Estado (DEEKS, A., *op. cit.*, nota 3, pp. 490 y 519 y ss.).

<sup>5</sup> Véase por ejemplo, AHMED, D. I., «Defending weak States against the unwilling or unable doctrine of self-defence», *Journal of International Law and International Relations*, vol. 9, 2013, pp. 1-13 (p. 4: los académicos que han reflexionado sobre la doctrina, afirma, lo han hecho apartándose de la realidad de que los Estados víctimas a menudo suelen ser poderosos y los que son atacados en su nombre, Estados débiles que no siempre pueden responder con una legítima defensa). También CORTEN, O., «The unwilling or unable test: has it been, and could it be, accepted?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, pp. 777-799, esp. pp. 779-780, y TLADI, D., «The non consenting innocent State: the problems with Bethlehem's Principle 12», *AJIL*, vol. 107, 2013, pp. 570-576. Especialmente crítico se ha mostrado KEVIN J. HELLER en el blog *Opinio Juris* (<http://opiniojuris.org/>); véanse las entradas «The unwilling or unable standard for self-defence», de 17 de septiembre de 2011; «Ashley Deeks problematic defense of the Unwilling or Unable test», de 15 de diciembre de 2011, y «The absence of practice supporting the Unwilling or Unable Test», de 17 de febrero de 2015. Otros autores, aunque no tan abiertamente críticos, son también cautos a la hora de aceptar que estemos ante una teoría consolidada (HAKIMI, M., «Defensive force against non-State actors: the state of play», *International Legal Studies*, vol. 91, 2015, pp. 1-31, esp. p. 31).

estatales y, aunque el número 10 era contrario a las intervenciones no consentidas en terceros Estados<sup>6</sup>, los dos siguientes recogían excepciones al respecto: cuando el Estado conspire con el actor no estatal o no sea *contrario* a sus acciones (principio 11) y cuando sea *incapaz* de frenarlas (principio 12).

8. En sus orígenes más *remotos*, la teoría estuvo también directamente vinculada al fenómeno terrorista. Fue, en particular, la inactividad del Gobierno ugandés uno de los argumentos esgrimidos por Israel, en 1976, para penetrar en su territorio y liberar a los pasajeros (israelíes) de un avión secuestrado por terroristas palestinos<sup>7</sup>.

Después de esa fecha, hubo más ocasiones en las que los Estados usaron puntualmente la fuerza contra grupos armados o terroristas en territorio de otros a los que se acusaba de apoyar o cobijar movimientos de esta naturaleza. Estados Unidos ha sido, como se reafirmará en las páginas siguientes, el principal adalid de la teoría, que ha vinculado además precisamente con la figura de la legítima defensa, en un intento de revestirla de mayor legalidad. De hecho, ya en 1984, un memorando del Presidente Ronald Reagan declaraba que los Estados víctimas de terrorismo tienen derecho a actuar en legítima defensa y que el uso de la fuerza no consensuado era justificable si el Estado que cobijaba a los terroristas era «*unable or unwilling to take effective action*»<sup>8</sup>. Esa ha sido también la postura mantenida tras la irrupción de Al Qaeda en 2001 y, después (2014), del Daesh.

9. Otros Estados han recurrido de manera puntual a argumentos similares para justificar acciones armadas en territorio de otros: Turquía en 1996 en sus incursiones en el norte de Irak contra terroristas kurdos<sup>9</sup>; Rusia en 2002 al atacar bases chechenas en territorio de Georgia<sup>10</sup>; Israel en sus incursiones en el Líbano contra Hezbolá en 2006<sup>11</sup>; Colombia al invadir en 2008 territorio de Ecuador persiguiendo rebeldes de las FARC<sup>12</sup>; o Kenia en sus incursiones

<sup>6</sup> BETHLEHEM, D., «Notes and comments. Principles relevant to the scope of a State's right of self-defense against an imminent or actual armed attack by nonstate actors», *AJIL*, vol. 106, 2012, pp. 1-8, esp. p. 7.

<sup>7</sup> Doc. S/PV.1939, de 9 de julio de 1976. El representante israelí denunció la falta de seguridad del aeropuerto (párr. 70) y la colaboración de las autoridades ugandesas con los terroristas, defendiendo su actuación en el derecho inherente de defensa propia (párr. 101).

<sup>8</sup> Memorandum for Edwin Meese III, 15 de agosto de 1984 (apartado «The use of force against terrorist acts»). El archivo, confidencial durante un tiempo, puede hoy consultarse en <http://www.washingtondecoded.com/files/nsdd.pdf>. Al respecto, REINOLD, T., «State weakness, irregular warfare and the right of self-defense post-9/11», *AJIL*, vol. 105, 2011, núm. 2, pp. 244-286, esp. p. 251.

<sup>9</sup> Doc. S/1996/479, de 2 de julio de 1996. Sobre la cuestión, RUYS, T., «*Quo vadit jus ad bellum?* A legal analysis of Turkey's military operations against the PKK in Northern Iraq», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 9, 2008, núm. 2, pp. 334-364.

<sup>10</sup> Doc. S/2002/1012, de 12 de septiembre de 2002 (Carta del Representante de Rusia) y la respuesta de Georgia (Doc. S/2002/1035, de 16 de septiembre).

<sup>11</sup> Israel alegó, de hecho, que respondía «a un acto de guerra» y fueron no pocos los Estados que la apoyaron (Doc. S/PV. 5489, de 14 de julio de 2006, p. 6).

<sup>12</sup> Colombia alegó expresamente legítima defensa (véase Doc. S/2008/146), aunque Ecuador y Venezuela hablaron de agresión para calificar las actuaciones colombianas. La OEA condenó la actuación [Doc. CP/Res 930 (1631/08), de 5 de marzo de 2008], pero Estados Unidos la apoyó.

de 2011 en territorio somalí<sup>13</sup>. Y, por supuesto, otros encontraron en la guerra contra el Daesh la ocasión perfecta para, ante la falta de éxito del gobierno sirio de acabar con el grupo terrorista, invocar la posibilidad de actuar contra él (véase *infra* párrs. 26 y ss.).

10. La teoría encontró eco también en determinadas instituciones. En 2005, la Chatham House británica publicaba los *Principios de Derecho internacional sobre el uso de la fuerza por los Estados en legítima defensa*<sup>14</sup>, que partiendo (principio 6) de la aceptación de la legítima defensa para ataques de actores no estatales, concretaba que si ese derecho se ejercía en el territorio de otro Estado «debe ser evidente que ese Estado no puede o no quiere lidiar con los propios actores no estatales». Se afirma, asimismo, que si bien el Estado no es responsable de los actos de los terroristas, sí lo es por no tomar las medidas necesarias «para prevenir el uso de su territorio como una base para los ataques de otros Estados».

11. Dos puntualizaciones son necesarias respecto de los casos de la práctica mencionados: en primer lugar, todos ellos tienen como telón de fondo el terrorismo y se aprecia cierta *dejadez* de los Gobiernos implicados en reprimirlo; en segundo lugar, salvo en la lucha contra el Daesh, en la mayoría de supuestos se ha tratado de incursiones puntuales, a veces con un uso mínimo de la fuerza o en zonas totalmente fuera de control del Estado.

Pero la teoría del *Estado que no quiere o no puede* pretende, a la luz de lo que afirman sus defensores en los últimos tiempos, ir más allá, y permitir, de ser necesario, el uso de la fuerza contra grupos terroristas de manera continuada, *incluso*, en el territorio de Estados que hayan *intentado, pero no conseguido*, reprimir esos actos; podrá *verse* con más claridad en los desarrollos sucesivos. Las voces que pedían, desde 2001 y ante el crecimiento continuado de la amenaza terrorista, una legítima defensa más amplia y más flexible para poder reaccionar de manera adecuada, han visto en esta teoría una manera más de apuntalar sus argumentos.

## 2.2. Pero una cosa es exigir al Estado que reprima y prevenga el terrorismo [...]

12. Es norma consolidada en Derecho internacional que todo Estado tiene la obligación de no permitir que se emplee su territorio para fines contrarios a los derechos de otros Estados<sup>15</sup>. Pero una cosa es la obligación de

<sup>13</sup> LUBELL, N., *Extraterritorial use of force against non state actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 31 y ss., y TRAPP, K. N., «Back to basics: necessity, proportionality, and the right of self-defence against non-state terrorist actors», *ICLQ*, vol. 56, 2007, núm. 1, pp. 141-156.

<sup>14</sup> Entre cuyos autores puede encontrarse a internacionalistas británicos de renombre (Doc. NP ILP WP 05/01, p. 6, disponible en <https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106> y en *ICLQ*, vol. 55, 2006, núm. 4, pp. 963-972). La intención perseguida al formular esos principios era, como se afirma desde la propia institución, «aclarar las normas del Derecho internacional que regulan el uso de la fuerza por los Estados en legítima defensa».

<sup>15</sup> En sede arbitral, resulta obligada la referencia al asunto *Trail Smelter* (Sentencia arbitral de 11 de marzo de 1941), entre Estados Unidos y Canadá (*RIAA*, vol. III, pp. 1905-1982, esp. p. 1963). Como

frenar el terrorismo y otra, como pretende la teoría del Estado que *no quiere o no puede*, llevarlo a sus últimas consecuencias y permitir, incluso, usar la fuerza en su territorio y sin su consentimiento.

Los Estados, en efecto, están obligados a reprimir y prevenir las acciones de grupos terroristas. El desarrollo de esta obligación se ha visto impulsado por la emergencia del fenómeno en los últimos años y su origen es doble, pues emana tanto de tratados internacionales como de resoluciones del Consejo de Seguridad. Son, en efecto, numerosos los convenios que de manera expresa contemplan la prevención, sanción y castigo del terrorismo<sup>16</sup>, pero al ser de naturaleza sectorial (centrados en problemas concretos como acciones llevadas a cabo en aeronaves, ataques contra personas internacionalmente protegidas, toma de rehenes, atentados terroristas con bombas, financiación del terrorismo...) solo ofrecen soluciones parciales, a lo que se une el hecho de que no todos cuentan con la misma participación (en cuanto al número de Estados parte).

Por otro lado, la actividad del Consejo de Seguridad en lo que a terrorismo se refiere ha sido especialmente intensa desde 2001, estableciendo muchas de sus resoluciones obligaciones concretas para castigar, extraditar, perseguir o prevenir las acciones de grupos terroristas en territorio de los Estados<sup>17</sup>; algunas de las cuales, por lo demás, han planteado para un sector doctrinal dudas sobre si el alcance y generalidad de su contenido serían conformes con las competencias del Consejo. La irrupción del Daesh en 2014 desataba una nueva *fiebre* sancionadora del Consejo<sup>18</sup>.

---

afirmara la CIJ en el *asunto del estrecho de Corfú*, se trata de un principio general bien reconocido (Sentencia de 9 de abril de 1949, *ICJ Reports 1949*, p. 4, p. 22). La referencia al principio surgiría también en el *asunto sobre el personal diplomático y consultar en Teherán* (Sentencia de 24 de mayo de 1980, *ICJ Reports 1980*, p. 3, pp. 32-33). Véase PISILLO MAZZESCHI, R., «The due diligence rule and the nature of International Responsibility of States», *GYIL*, vol. 35, 1993, pp. 9-51.

<sup>16</sup> 19 de alcance universal (un listado de ellos en <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>). Sobre esos tratados, *ad ex.*, SALINAS DE FRÍAS, A. M., «Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 2, pp. 229-252.

<sup>17</sup> La Resolución 1368 (2001), de 12 de septiembre, *instaba* a los Estados a colaborar para «someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores» de esos ataques, recalando además que «los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos» deberían rendir cuentas. Pero es sin duda la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre, la que, en virtud del Capítulo VII, compromete realmente a los Estados en la lucha contra el terrorismo, *obligándoles* ya a una larga lista de acciones incluidas en el párr. 2. Años más tarde, la Resolución 2133 (2014), de 27 de enero, reafirmaba todas las obligaciones impuestas por la Resolución 1373. Sobre medidas adoptadas por el Consejo contra el terrorismo, ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «La guerra contra el terrorismo: ¿una OPA hostil al derecho de la comunidad internacional?», *REDI*, vol. 53, 2001, núms. 1 y 2, pp. 289-302, esp. pp. 298-301; BLANC ALTEMIR, A., «La respuesta de la Organización de las Naciones Unidas al terrorismo internacional», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.) y CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J. (coord.), *Derecho Internacional, Alianza de Civilizaciones y terrorismo global*, Murcia, Diego Marín Libro Editor, 2011, pp. 49-90, esp. pp. 73-89, y DÍAZ BARRADO, C. M., «El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo», en *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Grupo de Trabajo núm. 6/04, *Cuadernos de Estrategia*, vol. 133, 2006, Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 51-77, esp. pp. 63-68.

<sup>18</sup> Principalmente, la Resolución 2178 (2014) sobre combatientes terroristas extranjeros, la Resolución 2199 (2015), sobre medidas de prohibición de comercio y la Resolución 2253 (2015) para

13. Un Estado que, en definitiva, incumpliera alguna de estas obligaciones (por ejemplo, que no desarrollara la legislación adecuada para reprimir acciones terroristas o no acatará alguna de las disposiciones de los convenios en los que fuera parte) cometería un hecho ilícito internacional contra el que podrían adoptarse las medidas pertinentes pero, ¿y si las acciones terroristas que la inacción del Estado permite son de tal calibre que pueden equipararse a un uso de la fuerza e, incluso, a un ataque armado? ¿Sería posible entonces, recurrir a un uso defensivo de la fuerza en ese Estado pese a que no existiera una vinculación directa del grupo terrorista con él? Lo iremos viendo en las páginas que siguen.

### 2.3. Y otra, usar la fuerza en legítima defensa cuando no sea capaz de hacerlo

14. El art. 2.4 prohíbe el uso o la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado. La Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, que recoge la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional declara, además, expresamente:

«todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en *actos de terrorismo* en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, cuando los actos a que se hace referencia en el presente párrafo impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza» (cursiva añadida).

Y unos años después, la Resolución 42/22 de la Asamblea General, de 18 de noviembre de 1987, y su Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales reiteraba esa prohibición en su apartado 1.6.

15. Un Estado que organice, instigue, ayude, participe o consienta actos de terrorismo que impliquen un uso de la fuerza viola la prohibición del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas. Comete, por tanto, un hecho ilícito internacional<sup>19</sup> y abre así la puerta a otras respuestas de Estados que entendieran que esas acciones eran alentadas de alguna manera por el Estado

---

ampliar al Daesh las sanciones que hasta esa fecha se aplicaban a Al Qaeda. También la Resolución 2249 (que exhortaba a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y reprimir los actos terroristas en territorio bajo el control de Daesh en Irak y Siria) reiteraba en su Preámbulo la Resolución 1373. Sobre las acciones del Consejo de Seguridad respecto del Daesh, CERVELL HORTAL, M.<sup>3</sup> J., «El Derecho Internacional: ¿una herramienta eficaz en la lucha contra el Daesh?», en CERVELL HORTAL, M.<sup>3</sup> J. (dir.), *Estado Islámico, Naciones Unidas, Derecho Internacional y Unión Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 42-57, y GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Choque de civilizaciones (el autoproclamado Estado Islámico). Respuesta de la Comunidad Internacional. ¿Una Alianza de Civilizaciones contra el Estado Islámico?», en SOROETA LICERAS, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 111-214, esp. pp. 122 y ss. y 178 y ss.

<sup>19</sup> Como confirmara la CIJ en el *asunto sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, *ICJ Reports 1986*, p. 14, párr. 195 de la sentencia.

desde donde actúa el grupo terrorista<sup>20</sup>. Y si esos actos fueran de la entidad suficiente como para ser considerados un ataque armado, podría incluso invocarse la legítima defensa prevista en el art. 51 de la Carta. Pero la teoría del Estado que *no quiere o no puede* cruzar esa línea: la legítima defensa puede activarse, no solo *contra* y *en* el territorio del Estado que organice, instigue, ayude o participe en esos actos de terrorismo, sino también contra grupos terroristas en el territorio del Estado que permanezca *inactivo* o que, pese a haber adoptado medidas para refrenarlos, no haya tenido *éxito*. Es decir, en el caso de un Estado *pasivo* o *incapaz* y si las acciones terroristas fueran de la entidad y gravedad suficientes como para ser consideradas un ataque armado, otros podrían invocar la legítima defensa y ejercerla, no contra el Estado mismo (por decirlo así), pero sí *en su territorio* y *sin su consentimiento*.

La teoría plantea problemas respecto de dos cuestiones desde el punto de vista jurídico: de un lado, parte del convencimiento de que la legítima defensa es también posible frente a acciones de actores no estatales y, de otro, rompe en cierto modo con las reglas tradicionales de la atribución de responsabilidad, al no ser necesaria la existencia de un vínculo claro entre grupo terrorista y Estado desde el que actúa, para poder llevar a cabo *en el territorio de ese Estado* y *aun sin su consentimiento* un uso de la fuerza contra los terroristas.

### 2.3.1. *La legítima defensa es posible, sí, parece, frente a actores no estatales*

16. La teoría que aboga por usar la fuerza contra el Estado que no quiere o no puede frenar las acciones de grupos terroristas en su territorio supone llevar al extremo, como se ha señalado, la concepción actual de la legítima defensa, al tiempo que da por sentadas algunas premisas previas aún no consolidadas de manera generalizada en Derecho internacional. En concreto, parte de la idea de una legítima defensa ejercida directamente *contra actores no estatales* (por más que se lleve a cabo en el territorio de un Estado tercero).

17. Ha sido esta cuestión, junto con la de inminencia, uno de los aspectos más debatidos de la figura de la legítima defensa en los últimos años<sup>21</sup>. ¿Es posible alegarla también cuando sean entidades distintas a los Estados quienes lleven a cabo ataques armados? No lo prohíbe expresamente el art. 51,

<sup>20</sup> Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1989, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1990, pp. 185-310, esp. pp. 292-293.

<sup>21</sup> Véase IDI, 10.<sup>a</sup> Resolución, 27 de octubre de 2007, 10ème Commission, *Problèmes actuels du recours à la force en droit International*, IDI, Sesión de Santiago, 2007, párr. 3; ILA, *Report on Aggression and the Use of Force*, International Law Association, Johannesburg Conference, 2016, pp. 10-11. Entre la doctrina, puede citarse ARMSTRONG, A., «The past and future of the claim of preemptive self-defense», *AJIL*, vol. 100, 2006, núm. 3, pp. 525-550; ROSCINI, M., «Threats of armed force and contemporary International Law», *NILR*, vol. 54, 2007, pp. 229-277, y SZABÓ, K. T., *Anticipatory action in self-defence. Essence and limits under International Law*, La Haya, TMC Asser Press, 2011.

pero en cuanto se concibió como una excepción al art. 2.4 de la Carta, que prohíbe el uso de la fuerza a los *Estados*, pudiera pensarse que solo a estos afecta. Así se pensaba, en efecto, una vez redactada, pero la realidad terminaría probando que también actores no estatales podían recurrir a la fuerza, a veces incluso en iguales o muy parecidas condiciones que los Estados. La Resolución 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, empieza a tenerlo en cuenta, aunque fuera a los efectos de atribuir a un Estado los actos armados físicamente cometidos por grupos armados que no formaban parte de su sistema orgánico institucional [art. 3.g): un acto de *agresión* también puede ser cometido (físicamente) por bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que un Estado envía o que participa sustancialmente en los mismos]. Esta posibilidad, perfectamente comprensible en una sociedad cambiante, empieza a ser insuficiente cuando se trata de grupos armados que no son dirigidos por ningún Estado ni enviados por él, pero que cometen actos armados de gravedad equiparable al ataque armado, lo que se manifiesta de manera especial desde el 11 de septiembre de 2001 con el terrorismo yihadista. Los criterios de imputación al Estado no resultan claros en algunos casos (Al Qaeda en Afganistán) y en otros ni siquiera existen (Daesh), pero estos grupos actúan desde territorios de Estados que no son capaces de *gestionarlos*.

18. Dos resoluciones ya mencionadas del Consejo de Seguridad (Resoluciones 1368 y 1373, ambas de 2001) fueron las que, tras el ataque de Estados Unidos contra Afganistán, sin suponer un beneplácito significativamente claro (la referencia a la legítima defensa como respuesta a los atentados del 11-S se hace en el preámbulo de la Resolución 1373), demostraron una actitud más comprensiva hacia la legítima defensa contra actores no estatales, algo que también se advierte tanto en la doctrina<sup>22</sup> como en la práctica. Estados

<sup>22</sup> Son muchos quienes la defienden. Entre otros, BETHLEHEM, D., «Self-defence against an imminent or actual armed attack by nonstate actors», *AJIL*, vol. 106, 2012, núm. 4, pp. 769-777; BERMEJO GARCÍA, R., «El Derecho Internacional frente al terrorismo: ¿nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre?», *ADI*, vol. 17, 2001, pp. 5-24, esp. pp. 23 y 24; *id.*, «La legítima defensa y el Derecho Internacional en los albores del siglo XXI», *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2003, núm. 7, pp. 127-141, esp. p. 138, y «La paz y seguridad internacionales en el sistema de Naciones Unidas: algunas reflexiones en torno al uso de la fuerza y evolución en su septuagésimo aniversario», en PONS RAFOLS, X. (dir.), *Las Naciones Unidas desde España, 70 Aniversario de las Naciones Unidas, 60 Aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Barcelona, ANUE, 2015, pp. 169-192; CASSESE, A., «Article 51», en COT, J. P., PELLET, W. y FORTEAU, M. (dirs.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, París, Económica, 3.<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 1329-1360, esp. p. 1352 (si son ataques masivos y de gravedad considerable, matiza); DINSTEIN, Y., *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 4.<sup>a</sup> ed., 2005, pp. 204-208; FRANCK, T. M., «Terrorism and the right of self-defence», *AJIL*, vol. 95, 2001, pp. 839-843, esp. p. 840; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre la prohibición del uso de la fuerza armada en los últimos sesenta años (1945-2015)», en PONS RAFOLS, X. (dir.), *Las Naciones Unidas desde España, 70 Aniversario de las Naciones Unidas, 60 Aniversario del ingreso de España en las Naciones Unidas*, Barcelona, ANUE, 2015, pp. 125-150, esp. pp. 138-139; KRETZMER, D., «The inherent right to self-defence and proportionality in Jus ad bellum», *EJIL*, vol. 24, 2013, núm. 1, pp. 235-282, esp. pp. 246-250; MURPHY, S., «Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: an *ipse dixit* from the ICJ?», *AJIL*, vol. 99, 2005, núm. 1, pp. 62-76; *id.*, «Terrorism and the concept of armed attack in article 51 of the UN Charter», *Harvard Journal of International Law*, vol. 43, 2002, núm. 1, pp. 42-51, esp. p. 51, y RANDELZHOFFER, A., «Article 51», en SIMMA, B., MOSLER, H., RANDELZHOFFER, A., TOMUSCHAT, C. y WOLFRUM, R. (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford

Unidos aboga claramente por su aceptación<sup>23</sup>, secundado por otros (Israel, Rusia, Turquía<sup>24</sup>,...), cuya lista se ampliaba tras la irrupción del terrorismo del Daesh (véase *infra* párr. 19).

También otros indicadores revelan que puede que algo esté cambiando respecto de esa nueva concepción en la legítima defensa: si el IDI (Instituto de Derecho Internacional) en 2007 aceptaba aún tímidamente la posibilidad en su resolución de Santiago de Chile<sup>25</sup>, menos reparos encontraba nueve años después la ILA (International Law Association), que ya reconocía «un creciente reconocimiento, incluida la práctica estatal, de que hay determinadas circunstancias en las que un Estado podría ejercer el derecho de legítima defensa contra actores no estatales que operen fuera de sus fronteras»<sup>26</sup>. Reflexiones aún más recientes sobre el uso de la fuerza y la legítima defensa lo confirman (Manual de Tallín sobre Ciberguerra de 2013, revisado en 2017)<sup>27</sup>.

19. El Daesh ha influido, qué duda cabe, respecto de la posible consolidación de la norma que permitiría la legítima defensa contra actores no estatales. Las reacciones de los Estados parecen afirmar que, al menos, ya hay un grupo de Estados (los más de 60 que conforman la Coalición Internacional que contra él lucha) convencidos, pues no en vano esa legítima defensa es la base para sus actuaciones en Irak y en Siria. Alguno de ellos ha llegado incluso a alegar la legítima defensa de carácter individual (ya no colectiva en ayuda de Irak) cuando el Daesh lo ha puesto directamente en su punto de mira. Lo hacía, por ejemplo, Egipto tras la decapitación pública y televisada en una playa de Libia de varios de sus nacionales (febrero de 2015), Rusia después del derribo de un avión sobre la península del Sinaí con varios compatriotas a bordo (octubre de 2015), Francia tras los atentados de París de 13 de noviembre de 2015 o Turquía para defender su frontera con Siria de la amenaza terrorista. Incluso los Estados miembros de la Unión Europea pa-

---

University Press, 2002, pp. 788-806, esp. p. 802, y TAMS, C. J., «The use of force against terrorists», *EJIL*, vol. 20, 2009, núm. 2, pp. 359-397.

<sup>23</sup> Estrategias de Seguridad Nacional estadounidenses de 2002 (p. 5), 2006 (p. 8), 2010 (p. 20) y 2015 (p. 7), disponibles en <http://nssarchive.us/>. También el Informe sobre los parámetros jurídicos del empleo de la fuerza por Estados Unidos de diciembre de 2016 declara que «el derecho inmanente de legítima defensa no se restringe a amenazas que emanen de Estados» (*Report on the legal and policy frameworks guiding the United States' use of military force and related national security operations*, diciembre de 2016, [https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Legal\\_Policy\\_Report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Legal_Policy_Report.pdf), p. 9).

<sup>24</sup> Véase *supra* párr. 9.

<sup>25</sup> Da por sentada una interpretación más amplia del art. 51, al aceptar que este, «tal y como ha sido completado por el Derecho internacional consuetudinario» pueda aplicarse en caso de ataque armado de un «actor no estatal», concretando que es factible cuando uno de esos ataques se lance «desde el espacio fuera de la jurisdicción de cualquier Estado» (Resolución de 27 de octubre de 2007, *op. cit.*, nota 21, párr. 10).

<sup>26</sup> Sesión de Johannesburgo (ILA, *Report on Aggression and the Use of Force*, *op. cit.*, nota 21, p. 11).

<sup>27</sup> Elaborado a instancias del Centro de Excelencia de ciberdefensa cooperativa de la OTAN y cuyas reflexiones y conclusiones, aunque con el ciberespacio como marco de referencia, son aplicables al uso de la fuerza en general: *Tallinn Manual on the International Law applicable to cyberwarfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 58-59, párr. 16, norma 13 y *Tallinn Manual 2.0 on the International Law applicable to cyberoperations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 345, párr. 18, norma 18.

recen partidarios de abrazar la nueva tendencia ¿no es, acaso, lo que puede deducirse del apoyo prestado a Francia después de que esta invocase la cláusula de defensa mutua del art. 42.7 del TUE tras los atentados de París?<sup>28</sup>. ¿Ha sido el Daesh solo una excepción o hay futuro para la legítima defensa frente a actores no estatales? Tal y como la sociedad internacional evoluciona y cómo se comportan sus actores, quizá no sea descabellado pensar que esa opción ha llegado para quedarse.

20. No ha comulgado aún la Corte Internacional de Justicia (CIJ), sin embargo, con esta tendencia, y en los últimos asuntos en los que tuvo que pronunciarse sobre la cuestión se mantuvo fiel a una concepción tradicional de la legítima defensa<sup>29</sup>, si bien es cierto que ya son bastantes los años transcurridos desde entonces y diferentes las circunstancias de fondo. ¿Se mostraría más comprensiva si tuviera que hacerlo hoy? Sería deseable, sí, que aclarara la cuestión y, probablemente, que reconociera asimismo lo que ya no pocos ven con buenos ojos.

### 2.3.2. *¿Pero es el Estado también responsable por actividades que no puede o (en particular) no quiere controlar?*

21. Las intervenciones y el uso de la fuerza en el territorio de Estados desde los que operan grupos terroristas y que no han podido o sabido atajarlos cuestionan algunos de los planteamientos tradicionales de la atribución de responsabilidad. La teoría implica (aunque sea de algún modo) responsabilizar al Estado por lo que esos grupos terroristas hacen en o desde su territorio (*ad ex.* planificar atentados terroristas en otro Estado) y por no defender la activación de las acciones pertinentes (uso de la fuerza en legítima defensa). Y por más que se alegue que ese uso de la fuerza no es *contra* el Estado en sí, sino que simplemente se desarrolla *en su territorio*, las consecuencias prácticas no varían significativamente (se emplea la fuerza y se viola la integridad territorial del Estado). Aunque esta posibilidad haya sido sobre todo una respuesta necesaria a una amenaza de gran calibre (el terrorismo yihadista y, sobre todo, el del Daesh), acogerla en su generalidad sería seguramente peligroso.

<sup>28</sup> Véase *Outcome of the Council Meeting 3426th, Council Meeting Foreign Affairs*, Bruselas, 16 y 17 de noviembre de 2015, Doc. 14120/15 (OR. en) PRESSE 69 PR CO 61. Sobre el mecanismo del artículo, GOUTTEFARDE, F., «L'invocation de l'article 42.7 TUE ou la solidarité militaire européenne à l'épreuve de la guerre contre le terrorisme», *RGDIP*, vol. 120, 2016, núm. 1, pp. 51-67, y GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «¿Daños jurídicos colaterales? La invocación del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el terrorismo internacional», *REEI*, vol. 32, 2016, pp. 1-23.

<sup>29</sup> *Opinión Consultiva en el asunto sobre la construcción de un muro en territorio de Palestina (ICJ Reports 2004*, p. 136): Israel no convenció a la Corte respecto de la existencia de un derecho de legítima defensa (párr. 139 de la Opinión, que contó, todo sea dicho, con las críticas de tres de sus jueces, Kooijmans, Higgins y Buergenthal; párrs. 35, 33 y 6 de sus Opiniones, respectivamente). Tampoco va más lejos en el *asunto sobre actividades armadas en territorio del Congo (2005) (ICJ Reports 2005*, p. 168; párr. 148 de la sentencia, también cuestionado por los Jueces Simma en los párrs. 28 y 29 de su Opinión y Kooijmans en el párr. 12 de la suya).

Es cierto que, de momento, su aceptación ha sido limitada (véase *infra* párrs. 26 y ss.), pero ¿quién asegura que en el futuro no se pretenderá su aplicación a nuevos casos vinculados a otros grupos terroristas o, incluso, frente a otras amenazas? La posibilidad puede parecer aún hoy remota, o no... En septiembre de 2017, la convocatoria de un referéndum en el Kurdistán, un territorio al norte de Irak que no controla *de facto*, para determinar la posible independencia de la región movía al Gobierno de Turquía a declararse dispuesto a una intervención militar en la zona si el proceso de libre determinación proseguía, «ante el temor de que las votaciones fomenten las ideas secesionistas kurdas en Turquía», entendiéndose que se trataba de «una amenaza para la seguridad nacional del país»<sup>30</sup>.

22. Conforme a las reglas generales que rigen la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de un hecho ilícito, recogidas por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su Proyecto de 2001<sup>31</sup>, y consideradas en gran medida Derecho consuetudinario, un Estado sería responsable de actos cometidos por particulares (grupos o bandas armadas), siempre y cuando actúen por sus *instrucciones* o bajo su *dirección y control* (art. 8). De esta forma, para exigir responsabilidades a un Estado y, en su caso, llevar a cabo las acciones pertinentes, sería necesaria la existencia de unos vínculos con el grupo terrorista que, como sabido es, ha dado lugar a discusiones acerca de si bastaría con un control *efectivo* (de acuerdo con la CIJ en su sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, de 27 de junio de 1986)<sup>32</sup> o *general* (según el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el asunto *Tadic*)<sup>33</sup>, decantándose finalmente tanto la CIJ como la CDI por la primera<sup>34</sup>.

23. Bastaría, pues, determinar quién ejerce el control de esos grupos y atribuir la responsabilidad pertinente. Y, sin embargo, tras los atentados contra Estados Unidos en 2001 comienza a abrirse paso la posibilidad de *imputar* cierta responsabilidad (y, en su caso, actuar en legítima defensa) al Estado

<sup>30</sup> Diario *ABC*, 24 de septiembre de 2017 y *The New York Times*, 25 de septiembre de 2017.

<sup>31</sup> Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones (23 de abril a 1 de junio de 2001 y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2.ª parte, pp. 20-153.

<sup>32</sup> *ICJ Reports 1986*, p. 14, párr. 86 de la sentencia.

<sup>33</sup> *Prosecutor v. Dushko Tadic*, Appeals Chamber, caso núm. IT-94-1-1, *Judgement*, 15 de julio de 1999, párrs. 90-145. Lo defendió también en otros asuntos: *Trial Chamber, Prosecutor v. Ivica Rajuc A/k/a Victor Andric, Review of the indictment pursuant to rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, caso núm. IT-95-12, 13 de septiembre de 1996, párrs. 9-32, 24 y ss.; *Trial Chamber, Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Sentencia de 3 de marzo de 2000, caso núm. IT-95-14, párrs. 73-123, y *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Sentencia de 24 de marzo de 2000, caso núm. IT-95-14/1. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Loizidou c. Turquía*, aplicación núm. 15318/89, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrs. 49-57).

<sup>34</sup> La CIJ en el asunto *sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, *ICJ Reports 2007*, p. 43, párrs. 377-415 y 425 y ss. de la sentencia y la CDI en Proyecto sobre Responsabilidad internacional de los Estados (véanse los comentarios al art. 8 del Proyecto, *op. cit.*, nota 31, pp. 49-51; véase también CRAWFORD, J., *State responsibility. The general part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 156).

que no dirige o controla al grupo terrorista, pero cuya presencia sí *tolera* en su territorio. Ese fue, de hecho, el argumento empleado por el Gobierno estadounidense en la intervención en Afganistán en 2001<sup>35</sup>, Estado en donde Al Qaeda actuaba sin muchas trabas gubernamentales y que, como se indicó, el Consejo de Seguridad indirectamente también pareció aceptar (Resoluciones 1368 y 1373 de 2001).

El terrorismo comenzaba, por tanto, a *relajar* las reglas del juego, pero la CIJ seguía firme en sus argumentos: cuando en 2005 se pronunció, en el *asunto de las actividades armadas en territorio de la República Democrática del Congo*, sobre la pretensión ugandesa de que el Gobierno congoleño había incumplido su deber de vigilancia para impedir que grupos irregulares atacaran su territorio, consideró que ese deber no supone una obligación de resultado, sino que dependía de las circunstancias y, sobre todo, de las condiciones y medios que tuviera el Estado en cuestión para hacerles frente, precisando además que no podía concluirse que la ausencia de acción del Gobierno congoleño fuera equivalente a tolerar o consentir sus actividades<sup>36</sup>. Dos jueces defendieron, sin embargo, que las actividades de bandas armadas podrían ser consideradas un ataque armado incluso si no hubieran sido enviadas o controladas por Estado alguno<sup>37</sup>.

24. El que la mera *tolerancia* de grupos irregulares pueda traducirse, si llevan a cabo un ataque armado, en legítima defensa contra ellos pero en el territorio de un Estado y sin su consentimiento, es, creo, y por más que algunos Estados lo hayan aplicado, aún discutible a la luz del Derecho internacional<sup>38</sup>. Y pretender, yendo más allá de la mera tolerancia, que incluso el hecho de *no poder hacerles frente* sea argumento suficiente para el empleo de la fuerza resulta, si cabe, aún más arriesgado. Otras serán las responsabilidades que puedan surgir para ese Estado, pero permitir que contra su voluntad se use la fuerza armada en su territorio violenta, a mi entender, la situación actual de la cuestión. Es cierto que el Daesh ha sido en gran medida el culpable de forzar aún más el argumento (reaccionar contra al Estado que no quiere o no puede) pero, como he señalado, acaso no deba ser considerado más que una solución extrema para un caso concreto que no debiera generalizarse.

25. El Estado tiene obligaciones respecto del terrorismo, pero son obligaciones de comportamiento, no de resultado, con lo que un Estado que ha mostrado una *diligencia debida* en la lucha contra el terrorismo no debiera

<sup>35</sup> Véase la Declaración de 18 de septiembre de su Presidente George W. Bush (<https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010918-10.html>).

<sup>36</sup> Véanse párrs. 276, 301 y 303 de la sentencia. A este respecto, GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.<sup>a</sup> J., «La prohibición del uso de la fuerza en la sentencia de la CIJ de 19 de diciembre de 2005 (asunto sobre las actividades armadas en el territorio del Congo, *República Democrática del Congo c. Uganda*)», *REDI*, vol. 58, 2006, núm. 1, pp. 239-256, esp. p. 25, y OKOWA, P. N., «Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)», *ICLQ*, vol. 55, 2006, núm. 3, pp. 742-753, esp. p. 749.

<sup>37</sup> Parr. 27 de la opinión individual del Juez Kooijmans y párrs. 8 y 12 de la del Juez Simma.

<sup>38</sup> CORTEN, O., *Le droit contre la guerre. La interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, París, Pédone, 2014, p. 718.

considerarse que incumple sus obligaciones ni tampoco, desde luego, tener que soportar una respuesta armada de otros en violación de su soberanía territorial por no hacerlo. De otro modo, estaríamos admitiendo en la práctica algo que ni el art. 51 ni la Resolución 3314 (1974) contemplan: que el concepto de ataque armado puede incluir conductas de grupos armados ajenos a él (al Estado) que, pese a haberlo intentado, no ha podido reprimir<sup>39</sup>.

Cosa distinta sería, claro está, la otra opción que la teoría proclama: que un Estado *no quiera* contener las actividades del grupo terrorista, pues no parece ya en este caso darse excusa razonable que justifique su pasividad.

Es, con todo, difícil cuestión, puesto que si así planteada resulta lógica, la realidad (en particular la impuesta por el Daesh, sin líneas rojas en cuanto a los actos terroristas se refiere y con el objetivo declarado de persistir hasta alcanzar la meta del Califato universal) ha desbordado todos los razonamientos posibles: actuar como se ha hecho puede haber sido la única manera de hacerle frente. Las dudas que, pese a todo, la intervención suscitaba, pesaron seguramente en la decisión de los Estados que han actuado contra esa organización terrorista de dejar claro que no lo hacían *contra* Siria, sino *en* territorio de Siria, y que sus objetivos se seleccionaban de manera cuidadosa, intentando limitarlos solo a bases militares o campos de entrenamiento de la organización (se aceptará en todo caso que, cuando un grupo terrorista adquiere tal poder que es capaz de, incluso, controlar ciudades y a su población, la elección cuidadosa de objetivos no siempre será fácil...).

### 3. SU APLICACIÓN AL CONFLICTO DE SIRIA

26. Es en Siria donde se desencadena el flujo doctrinal sobre esta doctrina que se ha llamado la del «Estado que no quiere o no puede». La guerra contra el Daesh que se empezó a librar allí (además de en Irak) a partir de septiembre de 2014, ha sacado con fuerza a relucir la posibilidad de intervenir en un Estado (Siria) que no lograba poner coto al terrorismo transaccional, global, de organizaciones yihadistas radicales. La situación era, en este caso, especialmente complicada, pues aunque la sociedad internacional ya había tenido que enfrentarse a los actos de Al Qaeda en los últimos años, los métodos empleados por el Daesh para sembrar el terror, su proclamación como

---

<sup>39</sup> PISSILLO-MAZZECCHI, R., *op. cit.*, nota 15, pp. 41-42: «A State's failure to act diligently to comply with its positive obligations, such as the duty to prevent terrorism is not an act of aggression, but only a breach of the autonomous rule of customary law which binds the State to prevent, in its territory, the organization of acts of force against foreign States». Poco partidario también de exigir una obligación de resultado a los Estados es CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002: las obligaciones de prevención «are usually construed as best efforts obligations requiring States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occurring, but without warranting that the event will not occur» (p. 140) y PROULX, V.-J., «Babysitting terrorists: should States be strictly liable for failing to prevent transborder attacks», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, núm. 3, pp. 615-668. También en esa línea, CORTEN, O., *op. cit.*, nota 5, p. 795.

Califato con el objetivo, estratégicamente publicitado por las estrategias del que llegó a ser un *proto-Estado*, de expandirse e imponer su particular versión del Islam y su conquista del territorio de otros Estados lo hacía, si cabe, más peligroso.

Estados Unidos (*supra* párr. 6) atendía la petición de ayuda de Irak, invocando la legítima defensa (pese a que en su carta, el Gobierno iraquí no lo había hecho formalmente) y anunciando que también desplegaría sus acciones en Siria, por la incapacidad de su Gobierno en hacer frente al Daesh. Las acciones en suelo sirio se llevaban a cabo, además, bajo el paraguas de la Coalición Global contra el Daesh<sup>40</sup>, liderada por Estados Unidos.

27. El argumento de usar la fuerza contra un Estado que ha dejado patente su incapacidad o poca voluntad para luchar contra el terrorismo encontraba, en definitiva, en Siria, su máxima expresión, pero Estados Unidos no ha cesado desde entonces en insistir en su legalidad. En abril de 2016, ante miembros de la American Society of International Law, Brian Egan (ex-asesor jurídico del Departamento de Estado estadounidense) declaraba:

«*The U.S.'s use of force in self-defense (including defense of Iraq) is necessary because Syria is "unable" to adequately deal with the threat from ISIL*»<sup>41</sup>.

28. Por su parte, el *Informe sobre los parámetros políticos y jurídicos de Estados Unidos sobre el uso de la fuerza*, que describía las pautas seguidas por la Administración Obama a la hora de usar la fuerza más allá de sus fronteras, de diciembre de 2016, la abrazaba sin rodeos<sup>42</sup> y ya no en relación a la necesidad de actuar contra el Daesh, sino de manera general.

29. Cuando Estados Unidos anunció su intención de actuar en Irak y Siria, algunos Estados compartieron el argumento de la legítima defensa (recordemos, ejercida contra un actor no estatal), pero no todos comulgaron con que la razón fuera la incapacidad del Gobierno sirio. La legítima defensa se invocaba, sí, no solo por el Gobierno estadounidense, sino también por Canadá, Australia, Turquía, Francia, Alemania, Dinamarca, Países Bajos y Bélgica<sup>43</sup>, pero solo los tres primeros mencionaban expresamente la doctrina del Estado que *no quiere o no puede* para justificarla. Reino Unido se incorporaba a la lista en noviembre de 2015<sup>44</sup> y, aunque en su momento lo hizo solo

<sup>40</sup> <http://theglobalcoalition.org/en/partners/>.

<sup>41</sup> El video de su conferencia puede consultarse en <https://www.youtube.com/watch?v=4o18Fz-ShaY> (Keynoteaddress: Brian Egan).

<sup>42</sup> *Op. cit.*, nota 23, pp. 9 y 10, [https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Legal\\_Policy\\_Report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Legal_Policy_Report.pdf): en algunos supuestos, se afirma en él, «el Derecho internacional no exige a un Estado que obtenga el consentimiento del Estado en cuyo territorio se usará la fuerza contra un grupo armado no estatal», porque los Estados deben defenderse si «el gobierno del Estado del que emana la amenaza es incapaz o renuente de prevenir el uso de su territorio por un actor no estatales para esos ataques».

<sup>43</sup> Docs. S/2015/221 (Canadá), S/2014/695 (Estados Unidos), S/2015/693 (Australia) y S/2015/563 (Turquía).

<sup>44</sup> Lo hacía su entonces Primer Ministro, David Cameron, ante el Parlamento, justificando las acciones británicas porque «el régimen de Assad no quiere y/o no puede tomar acciones necesarias para prevenir los continuos ataques del ISIS en Irak» (véase la sesión ante la Cámara de los Comunes de

respecto de la guerra contra el Daesh, en enero de 2017, el fiscal general del Estado británico, en un discurso en el Instituto Internacional de Estudios Estratégicos, bajo el título «El Derecho actual de la legítima defensa», declaraba que para derrotar al terrorismo no basta con desarrollar una serie de normas que lo persigan, sobre todo «cuando los ataques se planean desde fuera de nuestro territorio y el Estado que los acoge no puede o no quiere actuar»<sup>45</sup>.

30. Otros, cierto es, pese a no acogerla expresamente, tampoco la criticaron<sup>46</sup>. Alemania y Bélgica, aunque no tan claramente, dejaron entrever en sus declaraciones que el Estado sirio no tenía el control efectivo de su territorio, que era de donde provenían los ataques<sup>47</sup>.

31. El representante sirio denunció ante el Consejo de Seguridad que las conductas de la Coalición no respetaban su integridad territorial, que eran fruto de una lectura «distorsionada» del art. 51 y que su país había hecho no pocos esfuerzos para combatir el terrorismo islamista<sup>48</sup>. Pero demoró el hacerlo prácticamente un año desde que se iniciaran las incursiones en su territorio (mientras que en ocasiones anteriores de injerencias de Estados terceros sus protestas fueron prácticamente inmediatas)<sup>49</sup>. Esa tardanza, así como ciertas declaraciones de dirigentes sirios que dejaban entrever que algunos de los primeros ataques fueron notificados a su Gobierno, ha llevado a algunos a afirmar que hubo un consentimiento, al menos implícito, a los ataques anteriores a septiembre de 2015<sup>50</sup>.

---

26 de noviembre de 2015, Column 1467, en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmhansrd/cm151126/debtext/151126-0001.htm>.

<sup>45</sup> El discurso puede consultarse en <https://www.gov.uk/government/speeches/attorney-generals-speech-at-the-international-institute-for-strategic-studies>. Afirma, además, que un número de Estados ha confirmado esta posibilidad, si bien es cierto que toma como fuente para ello el artículo de CHACHKO, E. y DEEKS, A. («Who is on board with “Unwilling or Unable”?»), publicado por Lawfare, 10 de octubre de 2016 (<https://www.lawfareblog.com/who-board-unwilling-or-unable>) en el que el listado (en algunos casos discutible) de Estados que han aceptado sin duda alguna la teoría incluye solo a 10 (véase *infra* nota 53).

<sup>46</sup> De hecho, respecto de Francia, la declaración enviada al Consejo de Seguridad cuando este Estado comenzó sus ataques sobre Siria, deja abiertas muchas cuestiones respecto de su fundamentación. Tras recordar la petición de ayuda hecha por Irak en legítima defensa colectiva en septiembre de 2014, declara que, «de acuerdo el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, Francia ha tomado acciones relativas a la participación de aviones militares en respuesta a los ataques llevados a cabo por el Daesh desde el territorio de la República Árabe Siria». No se alude a la incapacidad o renuencia directamente del Estado sirio para paralizar los ataques, pero sí parece aceptarse la justificación dada por Estados Unidos (véase *Identical letters dated 8 September 2015 from the Permanent Representative of France to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council*, Doc. S/2015/745, de 9 de septiembre de 2015).

<sup>47</sup> Docs. S/2015/221, de 31 de marzo; S/2015/693, de 9 de septiembre; S/2015/745, de 8 de septiembre; S/2015/946, de 10 de diciembre; S/2016/34, de 13 de enero, y S/2016/523, de 9 de junio, respectivamente.

<sup>48</sup> Doc. S/2015/719, de 21 de septiembre de 2015, y Doc. A/70/385-S/2015/727, de 22 de septiembre de 2015.

<sup>49</sup> Contra Israel (Doc. S/2014/885, 15 de diciembre de 2014) o Turquía (Doc. S/2015/132, de 23 de febrero), por citar dos ejemplos.

<sup>50</sup> Al respecto, BANNELIER-CHRISTAKIS, K., «Military interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the legal basis of consent», *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, pp. 743-775, esp. pp. 770-771; CORTEN, O. y VERDEBOUT, A., «Les interventions militaires récentes en territoire étran-

32. No ha habido, por otro lado, bien por razones políticas, bien porque se consideraba que el fin justificaba en este caso los medios, condena oficial del secretario general de las Naciones Unidas que, en una declaración del 23 de septiembre de 2014, quitaba hierro al asunto, matizando que pese a no haber existido petición previa, sí se había informado al Gobierno sirio de que los ataques tendrían lugar<sup>51</sup>. Las palabras del secretario general, por lo demás, pudieran plantearnos otra cuestión: ¿desde cuándo es la (mera) notificación una justificación válida para atacar en un Estado soberano?

33. Ha sido, en suma, en Siria, la legítima defensa el argumento aceptado para intervenir, por los Estados, por la Coalición contra el Daesh e incluso por la Unión Europea, cuyos miembros respondían a la invocación por Francia de la cláusula de defensa mutua del art. 42.7 del TUE tras los atentados de París de noviembre de 2015 (véase *supra* párr. 19). No hubo, sin embargo, una clara aceptación de llevar la legítima defensa al extremo ni se afirmó expresamente que se actuaba porque el Estado era incapaz de frenar la amenaza terrorista; ¿cuáles fueron las razones?

Sin duda, resulta aún, esta, una teoría con sombras y no acabada de asentar del todo en la legalidad internacional. Hubo Estados que optaron entonces por una concepción más amplia de la legítima defensa, sin duda, porque la guerra de Siria y el avance del Daesh han generado una situación excepcional que, como tal, necesitaba también de respuestas excepcionales. De ahí que la Resolución 2249 (2015) del Consejo de Seguridad, que *exhortaba* a los Estados miembros a «adoptar todas las medidas necesarias» (párr. 5), por más que su lenguaje fuera conscientemente ambiguo y no invocara el Capítulo VII de la Carta, se consideró tan necesaria: ¿había que dotar de una aparente cobertura a acciones estatales cuya justificación jurídica no estaba clara y permitir así que los Estados *limpiaran* sus conciencias?<sup>52</sup>.

## 4. UNA TEORÍA DUDOSA

### 4.1. Que no es generalmente aceptada

34. La teoría del Estado que «no quiere o no puede» ha logrado suscitar cierto interés como una posible salida frente a casos en los que, como Siria

---

ger: vers une remise en cause du Jus contra bellum?», *AFDI*, vol. LX, 2014, pp. 135-169, esp. p. 153, y VAN STEENBERGHE, R., *op. cit.*, nota 1, p. 160.

<sup>51</sup> «I am aware that today's strikes were not carried out at the direct request of the Syrian Government, but I note that the Government was informed beforehand. I also note that the strikes took place in areas no longer under the effective control of that Government», *Remarks at the Climate Summit press conference (including comments on Syria) Secretary-General Ban Ki-moon*, 23 de septiembre de 2014, United Nations News Center, <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2014-09-23/remarks-climate-summit-press-conference-including-comments-syria>.

<sup>52</sup> Véase *ad ex*, además de la doctrina citada en la nota 18, POZO SERRANO, P., «El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica», *AEDI*, vol. 32, 2016, pp. 141-188, esp. pp. 179 y ss.

y el Daesh, resultaba difícil luchar conforme a la legalidad vigente contra un grupo terrorista que operaba desde un Estado concreto. Su empuje resultó favorecido por una corriente doctrinal dispuesta a defenderla y por un grupo de Estados que la incorporaban a sus parámetros de actuación.

Ha sido, sin embargo, o eso me parece, más el ruido que las nueces. Frente a lo que sus (no tan numerosos) defensores declaran, no puede hablarse de una clara *opinio iuris* como la chispa capaz de inflamar el estallido de una norma consuetudinaria en formación. Estados de cierto peso (Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Turquía) la han apoyado, pero podrían hacerse dos matices. *En primer lugar*, todos menos Estados Unidos y Reino Unido lo han hecho solo en el contexto de la guerra contra el Daesh, es decir, en una situación sin precedentes similares y, *en segundo lugar*, el número de quienes la defienden sigue siendo minoritario<sup>53</sup>. Ya en 2006, la Liga de Estados Árabes, a la que se unieron China, Irán, Cuba y Venezuela, rechazaron la teoría cuando Israel la planteó como argumento para sus ataques contra Hezbollah en Líbano<sup>54</sup>. Y no son pocos Estados los que forman parte de la Coalición contra el Daesh que no la han acogido de manera expresa, como ya he señalado.

35. No existe, por otro lado, apoyo jurisprudencial alegable. En el asunto de las actividades armadas en territorio del Congo, recuérdese, la CIJ no fue partidaria de admitir que la ausencia de acción del gobierno congoleño fuera equivalente a tolerar o consentir las actividades de los grupos que actuaban en su territorio<sup>55</sup>. Y si bien es cierto que ha llovido mucho desde entonces y, de llegar el caso, la Corte podría ahora mostrarse más comprensiva respecto de este tipo de planteamientos, resulta con todo, en mi opinión, difícilmente concebible que aceptara una teoría como la del *Estado que no quiere o no puede* actuar contra grupos terroristas.

36. Instituciones de peso y renombre en la esfera internacional (más allá de los mencionados en su momento) tampoco lo han tenido claro. El IDI, en su sesión de Chile (2007), no consideró siquiera oportuno plantear la cuestión de qué ocurriría en el caso de una intervención en el territorio de un Estado incapaz de frenar la amenaza terrorista. La ILA en 2016 sí admitía ya, como sabemos, la legítima defensa contra actores son estatales, pero mostraba su preocupación por la posibilidad de ir más lejos, de manera que matizó que cuando estos grupos operen dentro de las fronteras de un Estado, «el Estado víctima puede tener un derecho de legítima defensa contra el grupo

---

<sup>53</sup> CHACHKO, E. y DEEKS, E. (*op. cit.*, nota 45), hacen un listado de Estados (basándose en declaraciones oficiales de sus Gobiernos) organizado en cuatro categorías: I, apoyo explícito; II, apoyo implícito; III, casos ambiguos y IV, objetores. Dentro de la categoría I, ya se apuntó, solo aparecen diez Estados, lo que refuerza la idea de que la existencia de una *opinio iuris* es más que discutible.

<sup>54</sup> Véanse los Docs. S/PV.5493 y S/PV.5493 (reanudación) de 21 de julio de 2006. Israel había justificado su ataque en legítima defensa en la inacción del Gobierno libanés (UN Doc. A/60/937-S/2006/515, de 12 de julio: «La ineptitud y pasividad del Gobierno del Líbano han permitido que se genere esta situación de no ejercicio de la jurisdicción en su propio territorio»).

<sup>55</sup> Véase nota 36.

armado, pero no contra el Estado», con lo que debería afinar bien el ataque para que en modo alguno afectara a las instituciones gubernamentales y/o a los nacionales de ese Estado. Que tamaña precisión sea posible es algo que no puede garantizarse, y la ILA afirmaba que de no ser así, se violaría, en efecto, el art. 2.4 de la Carta<sup>56</sup>.

Fue, probablemente, también esta teoría la que movió a un grupo de profesores de Derecho internacional de la Universidad Libre de Bruselas a poner en circulación una *Declaración contra la invocación abusiva de la legítima defensa contra el terrorismo*, afirmando expresamente que «el simple hecho de que un Estado sea, a pesar de sus esfuerzos, incapaz de dar término a los actos terroristas en su territorio, no puede ser suficiente para justificar el bombardeo del mismo sin su consentimiento»<sup>57</sup>. Pero... ¿y si no quisiera? Ni el Manifiesto ni la ILA lo aclararon, ¿quizá porque este era un caso distinto a aquel que *no puede*?

37. Son, pues, numerosos los problemas que plantea la teoría del Estado que *no quiere o no puede*. No solo porque la mayoría de Estados haya optado por no pronunciarse expresamente al respecto, sino porque presenta además puntos débiles desde el punto de vista jurídico. Permitiría emplear la fuerza evaluando parámetros de política interna y de seguridad de los Estados (si es o no capaz de controlar esos grupos y sus actividades) y obligaría incluso a quienes hubieran mostrado diligencia en la lucha contra el terrorismo a afrontar graves consecuencias (sufrir intervenciones de terceros y el uso de la fuerza en su territorio), algo que, hoy por hoy, no encuentra apoyo en el Derecho internacional en vigor<sup>58</sup>. Falla, además, al obviar el hecho de que, en realidad, en la mayoría de casos, los Estados hacen todo cuanto les resulta posible para librar a su territorio de la lacra del terrorismo (son ellos los primeros interesados) y que incluso en ciertos casos no dudan en pedir ayuda a terceros Estados a tal fin. Pero, incluso si diéramos por sentado que un Estado es incapaz de hacerlo..., ¿cómo valorar esa incapacidad?<sup>59</sup>. Es, en suma, quizá pronto para asumir y aceptar, en lo que se refiere a acciones de control del terrorismo, la conversión automática de una obligación de conducta de un Estado en una obligación de resultado<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> *Op. cit.*, nota 21, pp. 12 y 13. Esas medidas tendrían que ser «proporcionadas y limitarse a aquellas estrictamente necesarias en el contexto de legítima defensa contra el actor no estatal» (p. 13).

<sup>57</sup> En <http://cdi.ulb.ac.be/contre-invocation-abusive-de-legitime-defense-faire-face-defi-terrorisme/>.

<sup>58</sup> TSAGOURIAS, N., «Self-Defence against non-State actors: the interaction between self defence as a primary rule and self defence as a secondary rule», *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, núm. 3, pp. 801-822, esp. p. 812.

<sup>59</sup> Es, en efecto, difícil determinar el concepto de diligencia debida. La CIJ en el *asunto sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio* afirmó que depende de varios parámetros, aplicables o no según las circunstancias de cada caso (*ICJ Reports 2007*, p. 43, párr. 430 de la sentencia). A conclusión similar llegaba el grupo de trabajo sobre la cuestión (diligencia debida) de la ILA (ILA Study Group on Due Diligence in International Law Second Report, julio de 2016, p. 47, disponible en <http://www.ila-hq.org/>).

<sup>60</sup> O. Corten va incluso más lejos, afirmando que con la teoría el art. 2.4 (y la Resolución 2625) pasarían de ser obligaciones de conducta a obligaciones de resultado (CORTEN, O., *op. cit.*, nota 5, p. 792).

En definitiva, hay argumentos que militan en contra de la aceptación de esta construcción teórica, que en todo caso parece hecha a medida de una situación tan particular como la de Siria y el Daesh<sup>61</sup>, en la que la dificultad de colaborar con el régimen sirio forzó otro tipo de respuestas. Generalizarla para situaciones futuras resulta, *entonces*, injustificado.

#### 4.2. Y para la que podrían existir alternativas

38. ¿Hubiera sido posible alcanzar los mismos objetivos (contener la amenaza) en el caso de la guerra contra el Daesh en Siria con otros argumentos? Tres alternativas podrían, *a priori*, barajarse.

39. *Primera*. Como ha afirmado un sector doctrinal<sup>62</sup>, la teoría *unable/unwilling* no tiene en realidad una existencia autónoma, sino que podría considerarse la reformulación del criterio de *necesidad* que, junto a la *inmediatez* y la *proporcionalidad*, debe guiar toda decisión de actuar en legítima defensa<sup>63</sup> y que exige que esa respuesta (armada) sea el único medio que el Estado que ha sufrido el ataque tiene a su alcance<sup>64</sup>. Ahora bien, la rigidez y exigencia conforme a los cuales se concibió el criterio hacen difícil aplicarlo en la práctica, de manera que hasta la propia CIJ ha mostrado cierta relajación en cuanto a su interpretación cuando ha tenido que lidiar con él<sup>65</sup>. Debe enten-

<sup>61</sup> Hasta lo más críticos lo han reconocido. Afirma la ILA lo siguiente: «*The military operations on Syrian territory against the so-called Islamic State have, in particular, demonstrated the readiness of a number of states to invoke Article 51 in the context of operations against a non-state actor*» (p. 11), mientras que el Manifiesto de la Universidad belga declara: «Sin oponernos por principio al uso de la fuerza contra los grupos terroristas —particularmente en el actual contexto de la lucha contra Daesh— nosotros, profesores e investigadores en Derecho internacional, estimamos que dicha invocación creciente del derecho de legítima defensa es objetable». Por otro lado, un tanto aventurada me parece aún la afirmación de que aunque no se pueda hablar de la teoría de la incapacidad o renuencia como una norma consuetudinaria, sí que lo sucedido en Siria puede calificarse de catalizador que ha alimentado el desarrollo de dicha teoría (FLASCH, O., «The exercise of self-defence against ISIL in Syria: new insights on the extraterritorial use of force against non-state actors», *Journal on the use of force and International Law*, vol. 3, 2016, núm. 1, pp. 37-69, esp. p. 64).

<sup>62</sup> VAN STEENBERGHE, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 192-197.

<sup>63</sup> Recuérdese que no son parámetros incluidos en la letra de la Carta sino elementos de naturaleza consuetudinaria cuyo origen data de 1837, fecha del asunto *Caroline* ([http://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/br-1842d.asp](http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp)). Véase JENNINGS, R., «The Caroline and McLeod cases», *AJIL*, vol. 32, 1938, pp. 82-99, y SOFAER, A. D., «On the necessity of pre-emption», *EJIL*, vol. 14, 2003, núm. 2, pp. 209-226, esp. pp. 214-220.

<sup>64</sup> Véase Adición al 8.º informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago [El hecho internacionalmente ilícito del Estado como fuente de responsabilidad internacional (conclusión), Doc. A/CN.4/318/Add.5 a 7, *Anuario de la CDI*, 1980, vol. II, 1.ª parte, pp. 15-74, esp. p. 72, párr. 120]. También CORTEN, O., «La nécessité et le Jus ad Bellum», *La nécessité en Droit International. Colloque de Grenoble, Société Française pour le Droit International*, París, Pédone, 2007, pp. 127-150.

<sup>65</sup> En el asunto *Nicaragua* (1986), la Corte evalúa la necesidad, no en el sentido de sopesar todas las opciones pacíficas antes de pasar a la solución militar, sino más bien en el de considerar que esas medidas eran realmente «necesarias» (*convenientes, adecuadas*) cuando se adoptaron para responder a una acción que ya había desplegado sus efectos (*op. cit.*, nota 19, párr. 237). En el asunto *de las plataformas petrolíferas* (Sentencia de 12 de diciembre de 2003, *ICJ Reports 2003*, p. 161) rechaza la legítima defensa alegada por Estados Unidos por no considerarla necesaria al haberse dirigido contra determinados objetivos que la CIJ no consideró adecuados (la destrucción de las plataformas) (párr. 76), argumento

derse por tanto la *necesidad* en el sentido, no tanto de ser la única alternativa, sino de que sean esas medidas las más *adecuadas o convenientes* para repeler el ataque armado previo<sup>66</sup>, como en su día defendiera también el Relator de la CDI, Roberto Ago<sup>67</sup>. Aplicada a la amenaza terrorista, la respuesta armada no sería más que una defensa (frente a acciones de actores no estatales, eso sí, con lo que parte de la aceptación de la posibilidad) que se activa porque otras posibilidades son imposibles ante la gravedad de la situación. Sería necesario, en todo caso, que el Estado víctima intentara que el Estado territorial adoptara antes todas las acciones posibles para frenar al actor no estatal; de no ser así, estaría colocando al Estado que sufre los ataques (ahora sí), en un callejón sin salida que podría justificar la *necesidad* de actuar en legítima defensa.

40. *Segunda.* Relajar, dentro de unos límites precisos, la prohibición del uso de la fuerza y, en particular, permitir la aplicación de ciertas causas de exclusión de la ilicitud de manera más flexible (para que la ilegalidad del uso de la fuerza desapareciera en determinadas circunstancias), evitaría tener que recurrir a soluciones como la teoría discutida. Valga un ejemplo: el *estado de necesidad* como causa de exclusión de ilicitud se contempla en el art. 25 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados en el caso de que se pretenda salvar un interés esencial de un peligro grave e inminente, siempre y cuando sea este el único medio de atajarlo y el peligro (amenaza terrorista) fuera el único medio de contrarrestarlo. Pero la figura se configuró como una excepción, sometida por tanto a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso<sup>68</sup>, con lo que no debería invocarse con alegría.

El Proyecto impide, de hecho, su invocación en dos casos: cuando resulte gravemente afectado un interés esencial de otro Estado [art. 25.1.b)] y cuando la obligación que se pretende incumplir dimanase de una norma imperativa de Derecho internacional (art. 26)<sup>69</sup>, lo que directamente descarta que un

---

que volvió a repetir en el *asunto del Congo* (2005) al entender que las medidas adoptadas en legítima defensa deben suponer, para respetar el criterio de necesidad, una ventaja militar claramente justificada (*op. cit.*, nota 29, párr. 147). Partidarios de una interpretación más flexible, CORTEN, O., *op. cit.*, nota 38, pp. 775-777, y GARDAM, J., *Necessity, proportionality and the use of force by States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 149 y 153.

<sup>66</sup> Esa interpretación ha sido también defendida por la Comisión nombrada para el conflicto de Georgia (Independent International Fact-Finding Mission on the conflict of Georgia: Report, vol. II, 2009, p. 248, [http://www.mpil.de/en/pub/publications/archive/independent\\_international\\_fact.cfm](http://www.mpil.de/en/pub/publications/archive/independent_international_fact.cfm)) o por los expertos que han elaborado el Manual de Tallín sobre la ciberguerra, que dedica no pocas páginas a la legítima defensa en general (*Tallinn Manual 2.0, op. cit.*, nota 27, pp. 348-349, norma 72). También es la opción preferida en los *Principios Chatham* (*op. cit.*, nota 14, p. 7).

<sup>67</sup> *Op. cit.*, nota 64, párr. 119.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, nota 31, p. 85.

<sup>69</sup> Son estos, además, requisitos de carácter consuetudinario, como la propia CIJ declaraba en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* (Sentencia de 25 de septiembre de 1997, *ICJ Reports 1997*, p. 7, párr. 51). No es el momento de entrar en un análisis exhaustivo de la figura, sobre la que puede consultarse: CASSELLA, S., *La nécessité en Droit international*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2011 (en particular, pp. 60 y ss.); GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El estado de necesidad y el uso de la fuerza*, Madrid, Tecnos, 1987; *id.*, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 149 y ss.; *id.*, «El estado de necesidad cabalga de nuevo», *REDI*, vol. 56, 2004, núm. 2, pp. 669-704.

Estado pretenda borrar la ilegalidad de una acción armada alegando estado de necesidad. No siempre estuvo, empero, tan clara la cuestión durante el proceso de redacción del Proyecto: el Relator Roberto Ago ya dejó en su día entrever (1980) que, aunque no era posible alegar el estado de necesidad en casos de agresión contra otros Estados, acaso no pudiera decirse lo mismo (al menos, no con tanta rotundidad), si el uso de la fuerza fuera más bien de carácter limitado<sup>70</sup>. De hecho, mencionaba expresamente como ejemplos la necesidad de paralizar las amenazas de fuerzas o grupos hostiles de extenderse a su territorio y en incursiones en el territorio de un Estado extranjero para impedir la acción de bandas o grupos armados cuando el Estado en el que se encuentran no pueda controlarlas<sup>71</sup>. Más allá de lo delicado del concepto (estado de necesidad) y de la imposibilidad de abordar aquí y ahora todas sus aristas, ¿tan descabellado sería volver a debatir la posibilidad?

41. *Tercera*. Siempre quedará al jurista internacional la posibilidad de conjurar al Consejo de Seguridad, una vez más y siempre y cuando a estas alturas aún le queden fuerzas para ello, y confiar en que cumpla de una vez con sus funciones ante amenazas graves como el terrorismo; a fin de cuentas (lo recordaba entre líneas en el párr. 5 *supra* de este Estudio) él es el principal responsable del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Probablemente, como ya se ha apuntado, la Resolución 2249 (2015) con la que en cierta medida respaldó las actuaciones de la Coalición contra el Daesh en Siria fue una manera de afrontar el problema, pero su ambiguo contenido y abstracto lenguaje (en un intento de contentar a todos sus miembros permanentes y evitar el veto), deslució sus buenas intenciones. ¿Habrà que conformarse con resoluciones como esta en ocasiones futuras?

## 5. CONCLUSIONES

La posibilidad de usar la fuerza contra Estados que *no quieren o no pueden* controlar las acciones de grupos terroristas dentro de su territorio ha irrumpido en la escena internacional en un intento de amparar actuaciones cuya legalidad internacional era dudosa. El Daesh y los ataques contra territorio sirio han alimentado aún más esta tendencia como única salida posible para cortar las alas a ese grupo terrorista.

Es, sin embargo, una teoría que excede los límites de la legalidad, no solo porque tergiversa la concepción actual de la legítima defensa, sino también porque, al justificar el empleo de la fuerza contra un Estado por no ser capaz de controlar a grupos terroristas en su territorio, termina a la postre haciéndolo responsable de acciones de grupos terroristas que, sí, es incapaz de controlar, pero con los que no existe ninguna vinculación formal. Resulta

---

<sup>70</sup> Adición al octavo informe sobre la responsabilidad..., *op. cit.*, nota 64, p. 47, párrs. 65-66, y p. 41, párr. 55 *in fine*. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *op. cit.*, nota 20, pp. 283-295; *id.*, «El estado de necesidad cabalga...», *op. cit.*, nota 69, pp. 682-691.

<sup>71</sup> *Op. cit.* nota 64, pp. 41-42, párr. 56.

excesivo, a la luz de la regulación actual, dejar que un Estado se vea obligado a soportar tal carga en contra de su voluntad.

Es cierto que la teoría encierra una lectura hacia la cual puede mostrarse cierta comprensión: si un Estado no puede frenar las acciones de grupos terroristas en su territorio que suponen una amenaza para la paz y seguridad internacionales y tampoco nada se hace desde el Consejo de Seguridad, ¿habremos de cruzarnos de brazos y dejar que sigan actuando sin mayores trabas? No parece lo más sensato, no, pero tampoco debe perderse de vista la prudencia a la hora de reaccionar contra este tipo de conductas. Usar la fuerza debería seguir siendo algo excepcional y argumentos que, como este, caminan por el filo de la navaja, no deberían alimentarse con ligereza. Coincidió, pues, con lo que declarara Kevin Jon Heller al cuestionarse si la doctrina del Estado *que no quiere o no puede* era correcta: quizá lo es, «pero esa postura tiene que ser el final del análisis y no el principio»<sup>72</sup>.

La teoría, ciertamente, no ha recibido aún apoyo suficiente como para que podamos hablar de una tendencia que empieza a ser aceptada por una generalidad de Estados y ni siquiera una amenaza como el terrorismo debería justificarla. Debieran sopesarse tal vez otras alternativas, pero lo que cada vez parece más claro es que el conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza y la legítima defensa necesitan una revisión urgente que permita ofrecer a los Estados la posibilidad de respuestas eficaces para garantizar su seguridad.

## RESUMEN

### SOBRE LA DOCTRINA «UNWILLING OR UNABLE STATE» (¿PODRÍA EL FIN JUSTIFICAR LOS MEDIOS?)

Se aborda en este artículo la doctrina que propugna la posibilidad de que un Estado emplee la fuerza en el territorio de otro que haya demostrado que *no quiere o no puede* hacer frente a grupos terroristas que desde allí atacan a otros. Se analiza, en concreto, su contenido, su base jurídica y si, pese a lo peligroso de sus planteamientos, puede hablarse de una tendencia creciente a aceptarla, sobre todo a la luz de su aplicación reciente en la lucha contra el Daesh en Siria. Exponer alternativas que permitirían, en su caso, a los Estados afrontar la amenaza terrorista desde otra perspectiva es otro de los objetivos que estas páginas persiguen.

**Palabras clave:** uso de la fuerza, legítima defensa, terrorismo, Estado que *no quiere o no puede*, actores no estatales, Daesh.

## ABSTRACT

### ABOUT THE «UNWILLING OR UNABLE DOCTRINE» (COULD THE END JUSTIFY THE MEANS?)

This article addresses the doctrine that defends the possibility that the States use the force within the territory of another which is unwilling or unable to face terrorist groups

<sup>72</sup> HELLER, K. J., «The unwilling or unable standard for...», *op. cit.*, nota 5.

using that territory to attack others. In particular, it reflects on this doctrine's contents, legal basis and its application to the fight against ISIS in Syria. It also evaluates the existence of a growing tendency to accept it and defends alternatives which could help to face the terrorist threat.

**Keywords:** use of force, self defence, terrorism, unable/unwilling State, non-state actors, Daesh.

## LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS\*

Pilar JIMÉNEZ BLANCO \*\*

**SUMARIO:** 1. EL CONTEXTO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA.—2. EL PRESUPUESTO DE LA FUERZA EJECUTIVA EN ORIGEN.—2.1. Extensión de los efectos y fuerza ejecutiva en origen.—2.2. La caducidad de la acción ejecutiva.—3. COMPETENCIA E INICIO DE LA EJECUCIÓN.—3.1. Juez competente para la ejecución.—3.2. Requisitos documentales.—3.2.1. Función de los certificados.—3.2.2. Requisitos de traducción.—3.2.3. Notificaciones y despacho de ejecución.—3.3. Régimen de las medidas cautelares.—3.3.1. Medidas cautelares dictadas por el tribunal de origen.—3.3.2. Medidas cautelares dictadas por el tribunal de ejecución.—4. OPOSICIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN.—4.1. Impugnación del título en el Estado de origen e incidencia en la ejecución.—4.2. Impugnación del título en el Estado de la ejecución.—4.3. La oposición a la ejecución.—5. CONCLUSIONES.

### 1. EL CONTEXTO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

1. La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales está vinculada al principio de territorialidad que impide, por razones de soberanía, que un Estado pueda realizar actos de coerción dentro de otro Estado, criterio reforzado por la competencia exclusiva existente en esta materia<sup>1</sup>. Así, la adopción de actos ejecutivos concretos en otro Estado requiere su reconocimiento y ejecución en el mismo, eligiendo el demandante acreedor el *locis executionis*<sup>2</sup>

---

\* Este trabajo se adscribe al Proyecto de Investigación I+D+I del MINECO Ref. DER2017-86107-R, del que son Investigadores Principales ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. y JIMÉNEZ BLANCO, P., de la Universidad de Oviedo.

\*\* Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo ([pilarj@uniovi.es](mailto:pilarj@uniovi.es)).

<sup>1</sup> Véase el art. 22.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985, en adelante, LOPJ) y el art. 24.5 del Reglamento (UE), núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012) (a partir de aquí, Bruselas I bis).

<sup>2</sup> Cfr. GEMIER, R. y SCHÜTZE, R. A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 432.

en función de la localización de los bienes o de la actividad sobre la que recae la condena<sup>3</sup>.

En el marco del Derecho europeo vigente, el procedimiento de ejecución forzosa sigue siendo esencialmente nacional<sup>4</sup> y se mueve entre dos principios: la extensión de los efectos de la decisión de origen al Estado de la ejecución<sup>5</sup> y la asimilación a las decisiones nacionales en cuanto al procedimiento y las condiciones de la ejecución<sup>6</sup>.

2. Los instrumentos europeos parten de dos grandes modelos para establecer cuándo existe un título ejecutivo en el Estado de la ejecución: el de la declaración de fuerza ejecutiva o exequátur<sup>7</sup> o el de la fuerza ejecutiva directa de la resolución sin ese procedimiento intermedio. Dentro de este último, son identificables, a su vez, tres submodelos de fuerza ejecutiva inmediata: la basada en un certificado europeo que difiere de la resolución de origen, sin posibilidad de impugnación del título en el Estado requerido (modelo del título ejecutivo europeo)<sup>8</sup>; la basada en la resolución nacional de origen, pero con posibilidad de impugnación del título en el Estado de la ejecución (modelo de Bruselas I *bis*)<sup>9</sup>; y la basada en la resolución nacional de origen sin posibilidad de impugnación del título en el Estado de la ejecución (modelo del Reglamento de alimentos para resoluciones dictadas por Estados vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007)<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. REMIEN, O., *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, pp. 301-302; STADLER, A., «Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung», *IPRax*, 2003, pp. 430 y ss., esp. p. 432. La ejecución directa debe distinguirse de la indirecta, es decir, cuando ante el incumplimiento de una resolución, el órgano que la dictó adopta determinadas medidas para intentar asegurar y compeler a ese cumplimiento sin que esas medidas supongan, de manera inmediata, la realización de actos ejecutivos (por ejemplo, de multas coercitivas).

<sup>4</sup> Véase en esta clave el art. 41 de Bruselas I *bis* en relación con la regla 3.<sup>a</sup> del apartado 2 de la disposición final (DF) 25 LEC; el art. 47 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DO L* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003) (a partir de aquí, Bruselas II *bis*); el art. 20 del Reglamento (CE) núm. 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*ibid.* L núm. 143, de 30 de abril de 2004); el art. 41 del Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*ibid.* L núm. 7, de 10 de enero de 2009).

<sup>5</sup> Cfr. STJCE en el asunto C267/97 (*Coursier*, ECLI:EU:C:1999:213, apdo. 23); y STJUE en el asunto C-139/10 (*Prism Investments*, ECLI:EU:C:2011:653, apdo. 38).

<sup>6</sup> Véase el considerando 26 de Bruselas I *bis*; NUYTS, A., «La refonte du règlement Bruxelles I», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, pp. 21 y ss., esp. p. 102, apartado 15.

<sup>7</sup> Modelo presente en el art. 26 del Reglamento núm. 4/2009, art. 43 del Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO L* núm. 201, de 27 de junio de 2012) y art. 28 del Reglamento Bruselas II *bis*. No obstante, debe tenerse en cuenta la Propuesta de revisión de este último, que elimina también el exequátur para las decisiones sobre responsabilidad parental, véase Documento COM(2016) 411 final.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) núm. 805/2004 y arts. 41 y 42 de Bruselas II *bis*.

<sup>9</sup> Este es también el modelo que pretende introducirse en la reforma de Bruselas II *bis*; véase el Documento COM (2016) 411 final.

(Véase nota 10 en página siguiente)

En este contexto, los Reglamentos europeos, además de compartir conceptos y ciertos presupuestos comunes<sup>11</sup>, introducen una armonización mínima en materia de ejecución forzosa que debe ser respetada, sin que quepa la aplicación de los Derechos nacionales en términos de norma más favorable o *favor executionis*<sup>12</sup>. No obstante, ese «cuerpo común» de la ejecución transfronteriza presenta en ocasiones diferencias poco compatibles con el establecimiento de unos estándares europeos mínimos. Siendo cierto que el deudor ejecutado no debería verse beneficiado del mismo grado de tutela que el demandado en el proceso declarativo<sup>13</sup>, ello no justifica ciertas diferencias en el régimen de protección de sus derechos de defensa. A identificar las pautas comunes entre los instrumentos europeos y las diferencias no justificadas se dedicarán las líneas que siguen.

## 2. EL PRESUPUESTO DE LA FUERZA EJECUTIVA EN ORIGEN

### 2.1. Extensión de los efectos y fuerza ejecutiva en origen

3. La aplicación práctica más importante de la extensión de los efectos se constata en la fuerza ejecutiva de la resolución en origen como presupuesto para su ejecución. La fuerza ejecutiva en origen debe ser un requisito controlable de oficio por parte del juez encargado de la ejecución y, en su caso, la falta de fuerza ejecutiva también podrá hacerse valer por el deudor ejecutado, al amparo del art. 559.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>14</sup> (en adelante, LEC)<sup>15</sup>. La fuerza ejecutiva se ha interpretado, en el contexto del Reglamento Bruselas I, «en términos formales», de modo que no abarca los supuestos que pueden impedir, *a posteriori*, la ejecución de una sentencia (como, por ejemplo, el pago)<sup>16</sup>. Esta interpretación del TJUE deberá extenderse al resto de los Reglamentos europeos. Desde la perspectiva procedimental, ello supone que la oposición a la ejecución en el caso concreto no puede hacerse valer en la fase de exequátur (de existir esta) sino en la fase de ejecución forzosa<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Art. 17 del Reglamento núm. 4/2009. También es el modelo seguido en los procedimientos europeos recogidos en el Reglamento (CE) núm. 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establece un proceso monitorio europeo (*DO* núm. L 399, de 30 de diciembre de 2006) y en el Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*ibid.* L núm. 199, de 31 de julio de 2007).

<sup>11</sup> Véase la idea de transponer interpretaciones en REQUEJO ISIDRO, M., «La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I *bis*, Capítulo III», *REDI*, vol. 67, 2015-2, pp. 49 y ss., esp. pp. 69-71.

<sup>12</sup> Ello puede matizarse en algún punto. Se ha defendido, por ejemplo, la posible aplicación de los Derechos nacionales como más favorables si permiten la ejecución de medidas provisionales dictadas *inaudita parte*, véase NUYTS, A., *op. cit.*, nota 6, pp. 43-44.

<sup>13</sup> Véase REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 66, nota 64.

<sup>14</sup> *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>15</sup> Véase párr. 29.

<sup>16</sup> Véase la STJCE en el asunto C-267/97 (*Coursier*), en relación con la invocación de una inmunidad del deudor en el Estado de origen derivada de una declaración de quiebra.

<sup>17</sup> Véase la STJCE en el asunto C-139/10 (*Prism Investments*).

Desde la perspectiva de la ley aplicable, significa que las causas que pueden impedir la ejecución en el caso concreto dependen de la ley del Estado requerido, sin que puedan acumularse los motivos de la ley de origen<sup>18</sup>.

Todos los instrumentos europeos desactivan el art. 525 LEC para la ejecución transfronteriza, posibilitando la ejecución provisional de resoluciones no firmes: en unos casos, si así lo permite la ley del Estado de origen de la resolución; en otros casos, como una imposición directa de la propia normativa europea, al margen del Derecho nacional de origen<sup>19</sup>.

4. El presupuesto de la fuerza ejecutiva puede verse comprometido si, una vez iniciado el procedimiento de ejecución en el Estado requerido (o el exequátur, si este resulta exigible) se suspendiera o limitara dicha fuerza ejecutiva en el Estado de origen<sup>20</sup>. En coherencia, una suspensión de la fuerza ejecutiva en origen debería determinar, de manera preceptiva, una suspensión de la ejecución en el Estado requerido<sup>21</sup>. En este contexto, el principio de la extensión de los efectos es una pauta hermenéutica útil para derivar esta suspensión de la fuerza ejecutiva aunque algún instrumento, como ocurre de Bruselas II *bis*, no lo establezca expresamente<sup>22</sup> y así se recoge en su Propuesta de reforma<sup>23</sup>. En todo caso, la construcción de la

<sup>18</sup> MANKOWSKI, P., «Art. 44 Brüssel Ia-VO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 1063 y ss., esp. p. 1073.

<sup>19</sup> Véanse el considerando 22 y el art. 39 del Reglamento núm. 4/2009; art. 41.1 de Bruselas II *bis*; art. 18 del Reglamento núm. 1896/2006 y art. 15 del Reglamento núm. 861/2007.

<sup>20</sup> No todo recurso en el Estado de origen equivale a una suspensión de la fuerza ejecutiva. Esta podría producirse, por ejemplo, por la pendencia de un recurso de rescisión de una sentencia en rebelía (véanse, para el Derecho español, los arts. 505 y 566 LEC).

<sup>21</sup> Esta es la solución expresamente prevista en el Reglamento Bruselas I *bis* (art. 44.2 en relación con la DF 25 LEC, apdo. 4, regla 3.<sup>a</sup>). Véase CUNIBERTI, G. y RUEDA, I., «Article 44», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law (ECPIL), Brussels I bis Regulation*, vol. I, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 859 y ss., esp. pp. 862-863, que lo ven como un verdadero derecho del deudor [véase también FRANZINA, P., KRAMER, X. y FITCHEN, J., «The Recognition and Enforcement of Member State Judgments», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 373 y ss., esp. p. 431; y MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 18, pp. 1072-1073]. En el mismo sentido, los arts. 21.2 y 35 del Reglamento de alimentos [ANDRAE, M. y SCHIMRICK, M., «Art. 21 EG-UntVO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2015, pp. 647 y ss., esp. p. 655]; también el art. 53 del Reglamento núm. 650/2012; el art. 52 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*ibid.* L núm. 183, de 8 de julio de 2016); y art. 52 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (*ibid.*).

<sup>22</sup> En relación con el art. 28 del Reglamento Bruselas II *bis*, véase McLEAN, D., «Article 28», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, Brussels II bis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, pp. 293 y ss., esp. p. 294. El art. 35 de Bruselas II *bis* solo prevé una suspensión potestativa para los casos de recurso (o posibilidad de recurso) de la decisión en el Estado de origen, lo que no equivale necesariamente a una suspensión de la fuerza ejecutiva en origen si el recurso no produjera tal efecto en aquel Estado.

<sup>23</sup> El art. 36 de la Propuesta de reforma de este Reglamento [Documento COM(2016) 411 final] ya incorpora esta suspensión de manera imperativa.

extensión de los efectos se encuentra limitada en la práctica, dada la imposibilidad de que el juez encargado de la ejecución pueda conocer las vicisitudes de la resolución en origen, debiendo ser siempre invocada por el deudor ejecutado<sup>24</sup>.

## 2.2. La caducidad de la acción ejecutiva

5. Problemas diferentes plantea la caducidad de la acción ejecutiva. Los Reglamentos europeos, salvo el de alimentos, no se pronuncian expresamente al respecto<sup>25</sup>. La determinación de la ley aplicable a la caducidad de la acción ejecutiva no es una cuestión pacífica, existiendo argumentos tanto a favor de la aplicación de la ley del Estado de origen como de la ley del Estado de la ejecución, pudiendo además plantearse la cuestión de si el plazo es de prescripción o de caducidad<sup>26</sup>.

Una solución basada en la aplicación indiscriminada del art. 518 LEC, como ley del Estado de la ejecución, a la caducidad de la acción ejecutiva de una resolución extranjera resulta criticable. Por una parte, es una solución poco acorde con la dilación de las ejecuciones transfronterizas, que generalmente serán subsidiarias respecto de la ejecución nacional y tendrán más vicisitudes procesales si requieren exequátur previo. Además, la determinación del *locus executionis* por parte del acreedor introduciría un elemento de inseguridad para el deudor sobre la vigencia de su obligación. Por otra parte, deben considerarse los desajustes que podrían producirse si el plazo establecido en la ley española difiere del de la ley del Estado de origen, que abocaría a soluciones no conformes con la extensión de los efectos de la resolución extranjera: si el plazo del Derecho español es más largo, se dotaría de eficacia ejecutiva a una decisión extranjera que ya no la tiene; si el plazo del Derecho español es más corto, se privaría de eficacia a una resolución plenamente ejecutiva en el Estado de origen. Tampoco el establecimiento de un plazo de caducidad específico, aplicado a resoluciones extranjeras, sería una buena solución, en la medida en que podrían seguir existiendo desajustes con la ley de origen.

En consecuencia, la única solución coherente con la extensión de los efectos de la resolución extranjera sería la aplicación de la ley del Estado de origen para determinar el plazo de caducidad (o de prescripción) de la misma. Sería irrelevante si la resolución de origen requiere exequátur o es ejecutiva directamente, dado que el presupuesto de la fuerza ejecutiva es el mismo y, en

<sup>24</sup> ANDRAE, M. y SCHIMRICK, M., *op. cit.*, nota 21, p. 654.

<sup>25</sup> La aplicación de la ley del Estado de origen es la solución también defendida para el título ejecutivo europeo; véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El título ejecutivo europeo*, Navarra, Thomson/Civitas, 2006, pp. 119-120; y GASCÓN INCHAUSTI, F., *El título Ejecutivo Europeo para Créditos No Impugnados*, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2005, p. 109.

<sup>26</sup> A favor de la ley del origen, estaría entender que se trata de una cuestión vinculada al carácter ejecutable del título; a favor de la *lex fori*, considerar que solo el exequátur dota de fuerza ejecutiva a la resolución en el foro (REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 67).

todos los casos, el *dies a quo* para el cómputo del plazo será el de la firmeza de la decisión<sup>27</sup>.

6. La regla general de la aplicación de la ley de origen requiere una matización para las resoluciones de alimentos que tienen fuerza ejecutiva directa, para las que el art. 21.2 del Reglamento de alimentos prevé la aplicación de la ley del Estado de ejecución si establece un plazo más largo de prescripción (*sic*), lo que, en clave *favor creditoris*, permitiría ejecutar una decisión que ya no tiene carácter ejecutivo en origen. Es significativo que esa finalidad tuitiva del acreedor solo se manifieste respecto de resoluciones procedentes de Estados parte del Protocolo de La Haya de 2007, permaneciendo la regla general sobre fuerza ejecutiva en el resto de los casos en los que dicha orientación material no está presente.

### 3. COMPETENCIA E INICIO DE LA EJECUCIÓN

#### 3.1. Juez competente para la ejecución

7. Los Reglamentos europeos ni establecen ni prejuzgan las reglas de competencia nacionales sobre el procedimiento de ejecución forzosa, ni siquiera que dicha competencia, con carácter general, tenga que estar atribuida a un órgano jurisdiccional<sup>28</sup>; solo se han fijado reglas de competencia territorial para el exequátur<sup>29</sup>.

Para las resoluciones que requieran exequátur, la competencia para ejecutar debería entenderse atribuida al mismo Juzgado competente para decidir sobre el exequátur. Si ambas pretensiones se presentan conjuntamente, conforme al art. 545 LEC, el mismo tribunal competente para el exequátur lo será también para iniciar el procedimiento de ejecución forzosa<sup>30</sup>. A la

<sup>27</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 16 de octubre de 2014 (RJ 2014/5813). En otros sistemas, es la fecha del exequátur el *dies a quo*, véase en REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 67.

<sup>28</sup> Existe, en este punto, una libertad de autoorganización de los Estados [MANKOWSKI, P., «Art. 41 Brüssel Ia-VO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 1024 y ss., esp. pp. 1026-1027]; véase una perspectiva de Derecho comparado sobre ejecución en HESS, B., «Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures», 2004, [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf). Cuestión distinta es que se reserven a los órganos jurisdiccionales la decisión sobre determinados extremos: por ejemplo, la denegación de la ejecución en el art. 47 de Bruselas I *bis*.

<sup>29</sup> El domicilio de la parte contra la que se solicita ejecución o el lugar de ejecución estaban en el art. 39.2 del Reglamento Bruselas I [Reglamento (CE) núm. 44/2001] y son los vigentes en el art. 27.2 del Reglamento núm. 4/2009, art. 45 del Reglamento núm. 650/2012, art. 44.2 del Reglamento núm. 2016/1003 y art. 44.2 del Reglamento núm. 2016/1104. Por su parte, el art. 29.2 de Bruselas II *bis* parte de la subsidiariedad entre estos dos criterios, de modo que el lugar de ejecución solo opera si la persona frente a la que se solicita la ejecución, o los menores, no tienen su residencia habitual en el Estado de la ejecución.

<sup>30</sup> Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, 2015, núm. 2, pp. 158 y ss., esp. p. 172.

misma solución cabe llegar aunque la demanda de ejecución no se haya acumulado a la solicitud de exequátur<sup>31</sup>, descartando la aplicación en este caso del art. 545.3 LEC<sup>32</sup>. Además, esta competencia por conexidad del juez que conoció del exequátur permite una mejor adaptación a la ejecución, considerando que pueden ser procesos paralelos (cuando el exequátur no sea aún firme) y que puede ser conveniente que sea el mismo juez el que valore las causas de denegación del exequátur y de oposición a la ejecución.

Respecto a la competencia objetiva, los mismos argumentos antes expuestos para la competencia territorial servirían para defender la competencia por conexidad para la ejecución a los Juzgados de Primera Instancia o los Juzgados de lo Mercantil que hubieran conocido del exequátur, conforme al art. 86.ter LOPJ. Evitando, entre otras cuestiones la distorsión de mantener la declaración de fuerza ejecutiva en los Juzgados de Primera Instancia y la ejecución propiamente dicha en los Juzgados de lo Mercantil<sup>33</sup>.

8. En el caso de las resoluciones judiciales de ejecución directa, la inexistencia de «contacto» previo con algún órgano jurisdiccional español excluye la aplicación del art. 545.1 LEC respecto a la competencia territorial. En estos casos, las resoluciones ejecutivas dictadas por tribunales de otros Estados UE podrían encajar en la ejecución de «títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores» del art. 545.3 LEC y será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar determinado por los arts. 50 y 51 de la LEC o, a elección del ejecutante, del lugar de cumplimiento de la obligación o de situación de los bienes. No obstante, la aplicación de este art. 545.3 LEC plantea dos tipos de problemas. El primero, es que este precepto abre la opción a la ejecución en el domicilio del actor, si el demandado no está ni ha estado domiciliado ni ha residido en España, criterio cuestionable y sin precedentes en el ámbito de la ejecución de los litigios transfronterizos<sup>34</sup>. El segundo, es un problema de falta de homogeneidad entre este art. 545.3 LEC con las reglas de competencia territorial especiales dictadas en las disposiciones finales de la LEC para la ejecución del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (que parten de la alternatividad del domicilio del demandado o del lugar de ejecución)<sup>35</sup> y con las dictadas para el monitorio europeo y de un proceso europeo de escasa cuantía (que parten exclusivamente del criterio del domicilio del demandado, sin mencionar el lugar de ejecución)<sup>36</sup>. Resultan injustificadas estas diferencias, por lo que tales criterios no deberían entenderse excluyentes del art. 545.3 LEC.

<sup>31</sup> En esta clave, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson, 2007, p. 691.

<sup>32</sup> Defienden la aplicación del art. 545.3 LEC, GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 30, pp. 172-173; REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 74, nota 98.

<sup>33</sup> Véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «Ejecución de sentencia extranjera. Comentario a la Sent. Aud. Prov. de Cádiz (Sección 7.ª) de 12 de julio de 2007», *REDI*, vol. LX, 2008, núm. 1, pp. 236 y ss.

<sup>34</sup> En todo caso, también hay que considerar que la exorbitancia de la competencia no ha de medirse de la misma manera en el proceso declarativo que en la fase de ejecución forzosa.

<sup>35</sup> Cfr. la DF 21, apartado 5 LEC.

<sup>36</sup> Cfr. las DDF 23 y 24 LEC.

Respecto a la competencia objetiva, las disposiciones finales de la LEC mantienen también, sorprendentemente, soluciones diversas: para el monitorio europeo se establece la competencia «exclusiva y excluyente» de los Juzgados de Primera Instancia (fase declarativa) que luego se extiende a la ejecución; para la escasa cuantía se establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia o de lo mercantil (fase declarativa), en función del objeto de la reclamación, pero para la ejecución solo se refiere a Juzgado de Primera Instancia<sup>37</sup>. Por su parte, para Bruselas I *bis*, la DF 25 LEC atribuye la competencia, para la denegación de la ejecución, al mismo juzgado que estuviera conociendo de la ejecución (sin predeterminedar la competencia objetiva); sin embargo, el órgano que se ha comunicado en el marco del art. 75 de Bruselas I *bis* para denegar la ejecución es el «Juzgado de Primera Instancia», lo que parece excluir una eventual competencia de los Juzgados de lo mercantil<sup>38</sup>. La coherencia interna del sistema (sin inconvenientes en contra) obligaría a entender aplicables los mismos criterios para la competencia declarativa y la ejecutiva y sin discriminación entre títulos nacionales y títulos extranjeros<sup>39</sup>.

### 3.2. Requisitos documentales

#### 3.2.1. Función de los certificados

9. La documentación que debe acompañar la demanda ejecutiva es la resolución judicial de origen y el certificado previsto en los diferentes Reglamentos, que, no obstante, tienen características y alcance diverso.

10. En los modelos de exequátur, en el ámbito de familia y sucesiones, el certificado tiene un carácter meramente probatorio, siendo un documento subsanable por otros medios de prueba y carente de verdadero valor vinculante, en cuanto a su contenido, para los órganos del Estado de la ejecución<sup>40</sup>. Salvo prueba en contra, dicho documento permite acreditar la fuerza ejecutiva de la resolución en origen y la notificación en los procesos en rebeldía.

11. En todos los modelos de fuerza ejecutiva directa, el certificado es preceptivo e insustituible, sin que en ningún caso pueda apelarse al Derecho nacional en clave de *favor executionis* para flexibilizar tal exigencia<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Véanse DDF 23, apartados 1 y 13, y 24, apartados 1 y 7 LEC.

<sup>38</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_brussels\\_i\\_regulation\\_recast-350-es-es.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es-es.do?member=1) (consultada el 30 de octubre de 2017).

<sup>39</sup> Lo mismo se ha defendido para el ámbito concursal, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La ¿inocente? Actualización del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, pp. 529 y ss., esp. p. 532.

<sup>40</sup> Es el modelo de Bruselas II *bis* (arts. 37 y 39), del Reglamento núm. 650/2012 (arts. 46 y 47), de las resoluciones de alimentos que requieren exequátur (art. 29 del Reglamento núm. 4/2009); y de los Reglamentos núms. 2016/1103 y 2016/1104 (arts. 45.3 y 46).

<sup>41</sup> Es decir, no cabría en estos casos invocar la mayor flexibilidad probatoria permitida por el art. 54.4.c) de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (*BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015).

No obstante, también aquí cabe identificar diferentes características. El certificado asume un carácter claramente constitutivo para el título jurídico europeo, que se expide después de haber superado el control de condiciones en el Estado de origen, y que difiere del título o resolución nacional, siendo precisamente ese certificado el que «europeiza» la decisión y la dota de la fuerza ejecutiva necesaria para desplegar la eficacia en el Estado requerido<sup>42</sup>. Entran aquí el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y los relativos a derecho de visita y restitución de menores de Bruselas II *bis*. Estos certificados tienen un valor vinculante pleno para las autoridades del Estado requerido, pudiendo ser solo atacados ante las autoridades del Estado de origen por las vías previstas *ad hoc* en el Estado de origen<sup>43</sup>.

En Bruselas I *bis* y en las resoluciones de alimentos con fuerza ejecutiva directa, el certificado es preceptivo pero no constitutivo, dado que el título sigue siendo exclusivamente la resolución de origen<sup>44</sup>. Su función es habilitante para la ejecución, pero meramente probatoria en cuanto a su contenido, careciendo de fuerza vinculante. Ese mismo carácter no vinculante, afirmado en *Trade Agency* (asunto C-619/10) respecto de Bruselas I<sup>45</sup>, puede ser trasladado a Bruselas I *bis*. Así, la información sobre la notificación del proceso de origen, contenida en el certificado de Bruselas I *bis*, puede desvirtuarse por el deudor en la fase de ejecución. La ausencia de carácter vinculante en Bruselas I *bis* hace irrelevante e innecesaria la impugnación por inexactitud de dicho certificado en el Estado de origen. Lo mismo sucede en relación con el certificado de las resoluciones de alimentos: el deudor puede demostrar la inexactitud de su contenido y, en caso de discrepancia del certificado con la resolución de base, esta será la que deba prevalecer<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> El certificado del título ejecutivo europeo es el «salvaconducto» que permite la libre circulación de la resolución judicial certificada (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 170). La resolución que se reconoce es el «título europeo» (ESPIÑELLA MENÉNDEZ, A., «La “europeización” de decisiones de Derecho privado», *REDI*, vol. LX, 2008-1, pp. 39 y ss.).

<sup>43</sup> Véase el art. 10 del Reglamento núm. 805/2004 y el art. 43 de Bruselas II *bis*, véase MAGNUS, U., «Article 43», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *Brussels II Bis...*, *op. cit.*, p. 370.

<sup>44</sup> FRANZINA, P., KRAMER, X. y FITCHEN, J., *loc. cit.*, pp. 501-502, destaca este carácter obligatorio; en el mismo sentido, REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 56, y POHL, M., «Die Neufassung der EuGVVO - im Spannungsfelds zwischen Vertrauen und Kontrolle», *IPRAX*, 2013, pp. 109 y ss., esp. p. 113, llegándose a referir a él como un verdadero «pasaporte judicial» [MANKOWSKI, P., «Art. 42 Brüssel Ia-VO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. I, 4.ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 1036 y ss., esp. p. 1040]. En el mismo grupo cabe incluir a las resoluciones dictadas en el ámbito de los procesos monitorios europeos y de escasa cuantía.

<sup>45</sup> En relación con el antecedente en el Reglamento Bruselas I, véase GEIMER, R. y SCHÜTZE, R. A., *op. cit.*, p. 825. Véase la STJUE en el asunto 619/10: *Trade Agency* y el comentario de JIMÉNEZ BLANCO, P., «¿Vulnera el orden público una resolución judicial no motivada dictada en rebeldía del demandado?», *La Ley: Unión Europea*, 2013, núm. 1, pp. 39-48.

<sup>46</sup> ANDRAE, M. y SCHIMRICK, M., *op. cit.*, nota 21, p. 645; FRANZINA, P., KRAMER, X. y FITCHEN, J., *op. cit.*, nota 21, p. 504. También niegan ese carácter vinculante del certificado, si se contradice con la resolución judicial de base, WAUTELET, P., «Article 37», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law (ECPIL), Brussels I bis Regulation*, vol. I, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, p. 827; REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 58.

12. En todos los casos la certificación solo tendrá efectos dentro de los límites del carácter ejecutivo de la sentencia<sup>47</sup>. A tales efectos es muy útil el modelo de certificado negativo previsto en el art. 6.2 del Reglamento núm. 805/2004, que permitirá paralizar la ejecución por falta de fuerza ejecutiva de la decisión en origen. En el resto de los casos, dado que los certificados pueden pedirse a instancia de cualquiera de las partes, sería un instrumento que podría utilizar el deudor para oponerse a la ejecución, en la medida en que quedara constancia de tal extremo en dicho documento<sup>48</sup>.

### 3.2.2. *Requisitos de traducción*

13. Con carácter general, no se exige la traducción de documentos como presupuesto para el inicio del procedimiento de ejecución. En los modelos que parten del exequátur, queda a criterio del tribunal la exigencia de traducción<sup>49</sup>. En los modelos de fuerza ejecutiva directa, la exigencia de la traducción asume un carácter excepcional cuando se pide de oficio, pero se está convirtiendo en regla cuando es el demandado quien la solicita. Con ello se pretende facilitar y garantizar la impugnación de la resolución por el deudor ejecutado.

La traducción de los certificados a la lengua oficial (o una de las lenguas oficiales) del Estado requerido solo resulta exigible, de oficio, «si ha lugar»<sup>50</sup> o «en caso de que sea necesario»<sup>51</sup>. Únicamente se establece como preceptiva la traducción de algunos aspectos de los certificados de títulos ejecutivos europeos sobre menores<sup>52</sup>. No obstante, la normativa de desarrollo española ha ido más allá, sin dejar al juez margen de discrecionalidad en este punto, automatizado la obligación de traducción de manera dudosamente compatible con el tenor reglamentario<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. art. 11 del Reglamento núm. 805/2004, con el comentario de PABST, S., «Article 11», en RAUSCHER, Th., *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. I, 4.ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, nota 47, pp. 115-116; también ANDRAE, M. y SCHIMRICK, M., *op. cit.*, nota 21, p. 654. En el mismo sentido, véase el art. 44 del Reglamento Bruselas II bis, en relación con los títulos ejecutivos europeos en materia de derechos de visita y restitución de menores (MAGNUS, U., «Article 44», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law, Brussels II bis Regulation*, Munich, Sellier, 2012, p. 372).

<sup>48</sup> Por ejemplo, véase el Anexo I del Reglamento Bruselas I bis, apartado 4.4; o el Anexo II del Reglamento Bruselas II bis, apartado 9.1 del cuestionario. Véase PABST, S., *op. cit.*, nota 47, p. 115.

<sup>49</sup> Así puede comprobarse respecto de Bruselas II bis (art. 38), del Reglamento núm. 4/2009 (art. 47.2), del Reglamento núm. 2016/1103 (art. 46.2) y del Reglamento núm. 2016/1104 (art. 46.2).

<sup>50</sup> Véase el art. 42.3 del Reglamento Bruselas I bis y el art. 20.1.d) del Reglamento núm. 4/2009.

<sup>51</sup> Así se prevé en el art. 20.1.c) del Reglamento núm. 805/2004; art. 21.1.b) del Reglamento núm. 1896/2006; y art. 21.2.b) del Reglamento núm. 861/2007.

<sup>52</sup> El art. 45.2 de Bruselas II bis establece la obligación de traducción del apartado 12, para las modalidades del ejercicio del derecho de visita, y del apartado 14, para las medidas adoptadas para garantizar la restitución del menor.

<sup>53</sup> Cfr. la DF 23, apartado 15 LEC, para los monitorios europeos, y la DF 24, apartado 9, para los procesos de escasa cuantía. Más acorde con el Reglamento es la discrecionalidad que se deja al órgano judicial en el marco de Bruselas I bis (véase la DF 25, apdo. 2.2).

En relación con la resolución judicial, no está prevista la traducción para el caso del título ejecutivo europeo del Reglamento núm. 805/2004, considerando que el documento importante es el certificado no la resolución<sup>54</sup>. Para el resto de los títulos, solo resultará exigible «si no puede continuar sus diligencias sin ella» o «en caso de que sea necesario»<sup>55</sup>. Habrá que entender, por ejemplo, que si la condena es dineraria, resultará más fácil de identificar y comprender el fallo que si la condena no es dineraria<sup>56</sup>.

14. Perspectiva diferente es la exigencia de traducción de la resolución de origen por parte del ejecutado. El Reglamento de alimentos<sup>57</sup> obliga a realizar dicha traducción si así lo pide el demandado. Bruselas I *bis* refuerza aún más la posición del deudor<sup>58</sup>, determinando incluso una suspensión de la ejecución. Ante tal eventualidad, el acreedor o bien traduce desde el principio la resolución<sup>59</sup> o bien solicita medidas cautelares (con base en los arts. 40 o 43.2) para limitar el impacto de una posible suspensión del procedimiento de ejecución.

Llama en este caso poderosamente la atención los diferentes estándares de defensa del deudor que, en el caso de los alimentos o en el ámbito de Bruselas I *bis* puede exigir esa traducción, mientras que en el caso de los títulos ejecutivos europeos ni siquiera está prevista la traducción de la resolución de base. Si la finalidad de la traducción es facilitar la impugnación de la ejecución, esta debería facilitarse en todo caso dado que la propia resolución puede contener aspectos de fondo no incluidos en la certificación<sup>60</sup>.

### 3.2.3. *Notificaciones y despacho de ejecución*

15. El despacho de ejecución de las resoluciones firmes solo podrá producirse pasados veinte días desde la firmeza de la resolución (art. 548 LEC), periodo que tiene por finalidad habilitar un plazo de cumplimiento voluntario de la sentencia por parte del deudor. Evidentemente, se presupone en este caso una notificación previa de la resolución condenatoria que, en nuestro Derecho procesal, resulta preceptiva (arts. 150.1 y 497.2 LEC). A partir de

<sup>54</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 25, p. 182.

<sup>55</sup> Véase el art. 42.4 de Bruselas I *bis*; art. 21.2.b) del Reglamento núm. 1896/2006; fórmula parecida se utiliza en el art. 38.2 de Bruselas II *bis*, art. 47.2 del Reglamento núm. 650/2012; y arts. 46.2 de los Reglamentos núms. 2016/1103 y 2016/1104.

<sup>56</sup> Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., «La reconnaissance et l'exécution des décisions dans le règlement Bruxelles I *bis*», en GUINCHARD, E. (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, pp. 205 y ss., esp. p. 228.

<sup>57</sup> Arts. 20.2 y 28.2 del Reglamento núm. 4/2009.

<sup>58</sup> Art. 43.2 de Bruselas I *bis*. La misma estela sigue el art. 35 de la Propuesta de reforma de Bruselas II *bis* [Documento COM (2016) 411 final].

<sup>59</sup> En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, p. 237. Con esa aportación, el acreedor cubre también un eventual requerimiento de traducción por parte de la autoridad de la ejecución, al amparo del art. 42.4 de Bruselas I *bis*.

<sup>60</sup> Véase párr. 30.

ahí, el despacho de ejecución podrá conllevar, con carácter inmediato y sin oír al deudor, la orden de medidas ejecutivas concretas<sup>61</sup>.

En el caso de la ejecución transfronteriza, la notificación de la resolución condenatoria, previa al inicio de la ejecución forzosa, no está expresamente garantizada en los Reglamentos europeos, con la excepción de Bruselas I *bis* y de Bruselas II *bis*. En efecto, de una parte, el carácter ejecutivo de una resolución y, en su caso, la necesidad de la notificación de la resolución al deudor, dependen de la ley del Estado de origen; de otra parte, los certificados previstos en los Reglamentos no incorporan la información sobre si la notificación de la resolución se ha producido<sup>62</sup>. Es más, el propio contenido de ciertos certificados revela su posible emisión antes de la notificación de la sentencia<sup>63</sup>.

Cuando se requiere exequátur, el propio procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva servirá para que el deudor tenga conocimiento de la fuerza ejecutiva de la decisión en España y el plazo de los veinte días de cumplimiento voluntario debe contarse desde que la resolución sea título ejecutivo en España. En este contexto, es criticable el art. 32 del Reglamento Bruselas II *bis*, que obliga a notificar la resolución sobre la declaración de fuerza ejecutiva solo al solicitante de la ejecución, sin decir nada sobre la notificación a la persona frente a la que se dirige la ejecución<sup>64</sup>.

16. Cuando se parte de la fuerza ejecutiva directa, el deudor puede encontrarse en peor situación, dado que puede tener conocimiento de la resolución y del certificado en el momento del despacho de ejecución, sin tener asegurada la notificación previa. En este contexto, Bruselas I *bis* ocupa una posición especial al exigir la notificación del certificado antes de la adopción de cualquier medida ejecutiva (art. 43.1)<sup>65</sup>. Se entiende implícitamente, por

<sup>61</sup> Véase el art. 554 en relación con el art. 551 LEC.

<sup>62</sup> Curiosamente el art. 47.1 del Convenio de Bruselas de 1968 sí exigía la acreditación de la notificación de la resolución, exigencia que se basaba precisamente en su conocimiento efectivo por parte del deudor para su cumplimiento voluntario (informe de JENARD, P., *DOCE* C núm. 189, de julio de 1990).

<sup>63</sup> Así, el art. 43.1 de Bruselas I *bis* obliga a la notificación del certificado de manera conjunta con la sentencia, si antes no se hubiera notificado esta; *a sensu contrario*, cabe una emisión del certificado sin notificación previa de la resolución. Esto explica también que en el Anexo I, apartado 4.5, del Reglamento Bruselas I *bis* se pregunte si en el momento de la emisión del certificado se había ya notificado la sentencia y, en su caso, en qué lengua. Véase la Sentencia de la AP de Valladolid (Sección 3.ª) núm. 284/2016, de 19 de octubre (JUR 2016/253689), donde la acreditación, entre otras cosas, de la notificación de la resolución de origen se entendió que desvirtuaba las alegaciones de indefensión en origen.

<sup>64</sup> En todo caso, en Bruselas II *bis* es presupuesto para la ejecución la notificación previa de la resolución al demandado (art. 28) y el certificado del art. 39 de Bruselas II *bis*, en relación con el Anexo II, incorpora la información sobre tal extremo (apdo. 9.2).

<sup>65</sup> La notificación del certificado, como trámite independiente, rompe con el principio de equivalencia o asimilación a los títulos nacionales (CUNIBERTI, G. y RUEDA, I., *op. cit.*, nota 21, p. 858; FRANZINA, P., KRAMER, X. y FITCHEN, J., *op. cit.*, nota 21, p. 501). Aunque se ha dicho que el art. 42.2 de Bruselas I es antecedente al art. 43.1 de Bruselas I *bis*, su función nada tienen que ver, dado que en el primer caso se ubica dentro del procedimiento «contradictorio» de exequátur, que obliga a su notificación para un eventual recurso, mientras que en Bruselas I *bis*, no hay posibilidad de recurrir la

razones sistemáticas, que dicha notificación depende de la autoridad del Estado de la ejecución si no se hubiera realizado anteriormente en el Estado de origen<sup>66</sup>. Esa misma notificación previa vuelve a encontrarse en el certificado de medidas de protección civil del Reglamento (UE) núm. 606/2013, pero que, en este caso, debe realizar la autoridad del Estado de origen<sup>67</sup>. Y esta tendencia se confirma en la Propuesta de reforma de Bruselas II *bis*<sup>68</sup>.

Se ha criticado tal previsión por su dudosa eficacia práctica, en la medida en que el deudor no sea advertido concretamente ante qué Estado se va a iniciar la ejecución<sup>69</sup>, y por sobreprotección del deudor, limitando el efecto sorpresa de la ejecución y sin conocer las consecuencias procesales de omitir esta notificación<sup>70</sup>. Su principal ventaja es que se garantiza la notificación previa de la resolución, si esta no se hubiera producido ya, para permitir el cumplimiento voluntario de la misma. No obstante, esta finalidad se ve comprometida con la normativa de desarrollo española, dado que la DF 25 de la LEC prevé la notificación conjunta del certificado con la del despacho de ejecución, lo que permite la ordenación de determinadas medidas (como las de localización y averiguación de bienes) sin esperar a la notificación previa al deudor<sup>71</sup>.

No existe una previsión semejante para otros títulos ejecutivos directos, tales como las resoluciones de alimentos y los títulos ejecutivos europeos. No se alcanza a comprender estos diferentes estándares de protección del deudor, dado que en todos los casos el deudor debería tener igualdad de oportunidades con vistas al cumplimiento voluntario de la sentencia. Además, en estos supuestos, la ausencia de notificación previa del certificado no solo impide garantizar el cumplimiento voluntario de la resolución, sino que limita la posibilidad de «impugnar» el título en el Estado de origen antes del inicio del procedimiento de ejecución en el Estado requerido<sup>72</sup>. La efectividad de

---

emisión del certificado. La misma función que tenía el art. 42.2 de Bruselas I la cumple en este caso el art. 49.2 del Reglamento núm. 650/2012 y arts. 48.2 de los Reglamentos núms. 2016/1103 y 2016/1104.

<sup>66</sup> Una notificación previa del certificado instada por el acreedor en el Estado de origen supliría esta notificación y no sería necesario redundar en ella, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, p. 232.

<sup>67</sup> Art. 8.1 del Reglamento núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (*DO L* núm. 181, de 29 de junio de 2013).

<sup>68</sup> Art. 35 de la Propuesta [Documento COM(2016) 411 final].

<sup>69</sup> Así lo subrayan CUNIBERTI, G. y RUEDA, I. (*op. cit.*, nota 21, p. 858), lo que solo se arreglaría si la notificación se hiciera en el Estado de la ejecución (MANKOWSKI, P., «Art. 43 Brüssel Ia-VO», en RAUSCHER, Th., *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 1048 y ss., esp. p. 1052).

<sup>70</sup> Por ejemplo, es dudosa la nulidad de la ejecución por vulnerar derechos de defensa porque es dudosa la existencia de un derecho fundamental a ser informado de cualquier documento emitido en un proceso del cual se es parte, GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, pp. 234-235.

<sup>71</sup> Véase el art. 553 LEC en relación con el art. 554 LEC.

<sup>72</sup> Se trata de las vías de rectificación o revocación del certificado del art. 10, o la impugnación de la resolución del art. 19, ambos del Reglamento núm. 805/2004. GASCÓN INCHAUSTI, F. (*op. cit.*, nota 25, pp. 160-161) subraya que la garantía de estos recursos requiere un conocimiento previo por parte del deudor, aunque la notificación no esté prevista en el Reglamento. En la misma situación se encontraría la solicitud de reexamen de las resoluciones de alimentos (art. 19 del Reglamento núm. 4/2009).

estos recursos quedaría postergada al despacho de ejecución si con anterioridad el deudor no tuvo conocimiento de la resolución.

### 3.3. Régimen de las medidas cautelares

#### 3.3.1. *Medidas cautelares dictadas por el tribunal de origen*

17. La ejecución transfronteriza de medidas cautelares dictadas por el tribunal de otro Estado está supeditada a que hayan sido dictadas por los tribunales competentes sobre el fondo<sup>73</sup> y que, además, en caso de medidas dictadas *inaudita parte*, la resolución se haya notificado con carácter previo a la ejecución. Tales exigencias derivan de una interpretación sistemática del art. 2.a) y del contenido del certificado previsto en el art. 42.2.b) de Bruselas I *bis*. Las medidas cautelares y provisionales que incumplieran tales condiciones no entrarían directamente dentro del concepto de resolución y, en caso de despacho de ejecución, el deudor podría oponer la nulidad del mismo<sup>74</sup>. Una respuesta diferente se ofrece para el caso de la orden europea de retención de cuentas, dado que expresamente establece una vía de ejecución de una medida cautelar dictada *inaudita parte*<sup>75</sup>, destinada a garantizar el efecto sorpresa incluso tratándose de una ejecución transfronteriza. También en este caso se prevé un control de la competencia, aunque se articularía ante los tribunales del Estado de origen, como motivo de impugnación del título<sup>76</sup>.

Curiosamente, el resto de los instrumentos europeos no contienen ninguna previsión expresa que otorgue un tratamiento singular a la ejecución transfronteriza de las medidas cautelares. El silencio normativo no parece que pueda justificar un posicionamiento distinto del Reglamento Bruselas II *bis* o del Reglamento de alimentos. Ambas condiciones (notificación previa y competencia sobre el fondo) deberían considerarse como condiciones uniformes apelando a un criterio compartido mínimo entre todos los Reglamentos<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> No serviría a estos efectos una competencia basada en el art. 35 de Bruselas I *bis* o en el art. 20 de Bruselas II *bis*.

<sup>74</sup> Véase párr. 29. En consecuencia, tales medidas no serían ejecutables en virtud del Reglamento aunque sí podrían serlo conforme al Derecho nacional, conforme indica el considerando 33 del Reglamento.

<sup>75</sup> Véase el art. 11 del Reglamento (UE) núm. 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (*DO* núm. L 189, de 27 de junio de 2014); al respecto, véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «La Orden Europea de Retención de Cuentas: avances y limitaciones», *AEDIPr*, vols. XIV-XV, 2014-2015, pp. 243 y ss.

<sup>76</sup> Véase el art. 33 del Reglamento núm. 655/2014.

<sup>77</sup> Así se defiende por RAUSCHER, Th., «Art. 3 Brüssel IIa-VO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 70 y ss., esp. p. 67, extrapolando a Bruselas II *bis* la jurisprudencia del TJCE *Denilauer* (asunto 125/79, ECLI:EU:C:1980:130). En este contexto, también debe considerarse la STJUE *Purrucker* (asunto C-296/10, ECLI:EU:C:2010:665), que habilita a cierto control de la compe-

### 3.3.2. *Medidas cautelares dictadas por el tribunal de ejecución*

18. En el Derecho procesal español, carece de utilidad práctica solicitar medidas cautelares para la ejecución de títulos nacionales, dado que el despacho de ejecución conlleva la adopción de medidas ejecutivas (el embargo de la cuenta, conforme a los arts. 549, 551 y 621 LEC). Sin embargo, las medidas cautelares resultan fundamentales en los procedimientos de ejecución transfronteriza de una resolución, antes del inicio de la ejecución propiamente dicha, para garantizar el efecto sorpresa de la ejecución, y evitar la desaparición de bienes del deudor. También pueden resultar fundamentales durante el procedimiento de ejecución, en el caso de que haya una impugnación del título en el Estado de origen.

19. Antes de tener título ejecutivo en España, cuando se requiere exequátur, son necesarias las medidas cautelares mientras se tramita la declaración de fuerza ejecutiva, dada la dilación que puede seguir este procedimiento. En este caso, deberán aplicarse las condiciones exigidas por el Derecho español en torno al *fumus bonus iura* y el *periculum in mora* o la necesidad de prestar caución<sup>78</sup>. Obtenida la declaración de fuerza ejecutiva, esta ya será base suficiente para la adopción de medidas cautelares, por lo que deberá prescindirse de los preceptos procesales nacionales relativos a su concesión, entre ellos el que exige fianza<sup>79</sup>. Es llamativo el silencio de Bruselas II *bis* en este punto, debiendo colmarse tal laguna, en vez de remitiéndose al Derecho procesal del Estado de la ejecución, aplicando analógicamente la solución compartida que tienen el resto de los instrumentos europeos.

En los supuestos de títulos con fuerza ejecutiva directa en España, ese mismo título supone ya la autorización para adoptar medidas cautelares, sin tener que supeditarse tampoco a las condiciones exigidas por nuestro legislador<sup>80</sup>. En el ámbito Bruselas I *bis*, la solicitud de estas medidas cautelares (art. 40), antes de la ejecución, resulta especialmente aconsejable para el acreedor dado que va a tener que notificar el certificado al deudor y, en

---

tencia del tribunal que dicta medidas cautelares o provisionales. En este contexto, cabe considerar el art. 48 de la Propuesta de revisión de Bruselas II *bis* [Documento COM(2016) 411 final].

<sup>78</sup> Encajaría ahí la previsión del art. 54.1 del Reglamento núm. 650/2012, del art. 36 del Reglamento núm. 4/2009; y arts. 53.1 de los Reglamentos núms. 2016/1103 y 2016/1104. Para valorar el *fumus bonus iura*, habrá que considerar la posibilidad de reconocimiento de la sentencia en España.

<sup>79</sup> Así se venían interpretando los apartados 1 y 2 del art. 47 de Bruselas I, entendiendo que en el segundo caso la autorización para adoptar medidas cautelares deriva directamente del Reglamento. Cfr. PALSSON, L., «Article 47», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, München, Sellier, 2007, pp. 678-679; HESS, B. *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, 2010, p. 363; FRANZINA, P., KRAMER, X. y FITCHEN, J., *op. cit.*, nota 21, p. 414. Véase el Auto de la AP Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), de 4 de marzo de 2004 (AC 2004/1550), en relación con la inexigibilidad de la fianza como presupuesto para la medida cautelar. Encajaría aquí también la previsión del art. 54.2 del Reglamento núm. 650/2012, art. 36.2 del Reglamento núm. 4/2009, y arts. 53.2 de los Reglamentos núms. 2016/1103 y 2016/1104.

<sup>80</sup> Así debe interpretarse el art. 40 de Bruselas I *bis*; véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, p. 230; también lo insinúa, REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, pp. 53-54. Claramente se deriva de la DF 25, apartado 2, regla 4.<sup>a</sup> LEC. Una regla similar se encuentra en el art. 18 del Reglamento núm. 4/2009.

su caso, traducir la resolución, antes de que puedan adoptarse medidas de ejecución<sup>81</sup>. En todo caso, el contenido y tipo de medidas concretas que puedan solicitarse son las establecidas en el Derecho nacional del Estado de la ejecución. Deben «adaptarse» a la ejecución transfronteriza en este caso las medidas cautelares previstas en los arts. 721 y ss. LEC, dado que las medidas ejecutivas previstas en art. 621 y ss. son accesorias a medidas ejecutivas ya decretadas. A las medidas nacionales, debe añadirse la orden europea de retención de cuentas, aplicable a los litigios transfronterizos que entran dentro de Bruselas I *bis* y del Reglamento de alimentos. La complementariedad entre instrumentos justificaría, asimismo, el uso de la base jurídica del art. 40 de Bruselas I *bis* para permitir la adopción de medidas cautelares antes de la ejecución de un título ejecutivo europeo<sup>82</sup>.

20. Finalmente, se encuentran las medidas cautelares que pueden adoptarse cuando el título ejecutivo sea objeto de impugnación en el Estado de origen (contexto del art. 23 del Reglamento núm. 805/2004) o en el marco del procedimiento de ejecución en el Estado requerido cuando se solicite la denegación de la misma [contexto del art. 44.1.a) de Bruselas I *bis*]<sup>83</sup>. La adopción de medidas cautelares no es automática, sino que debe instarse por el deudor ejecutado y será valorada por el juez junto con las medidas de suspensión del procedimiento o la constitución de garantías para la ejecución, sin que puedan entenderse como excluyentes entre sí<sup>84</sup>. Esta posibilidad de medidas cautelares debería extrapolarse al ámbito del Reglamento de alimentos, cuando, en el marco del art. 19, se solicite un reexamen de la resolución en el Estado de origen<sup>85</sup>.

Las posibilidades que otorga el art. 44 Bruselas I *bis* o el art. 23 Reglamento núm. 805/2004 se deciden por el órgano competente del Estado requerido, en el marco del procedimiento de ejecución. Tal supuesto debe diferenciarse del caso de una suspensión o limitación de la fuerza ejecutiva en origen y que la propia autoridad de origen hubiera decretado medidas cautelares o la constitución de una garantía<sup>86</sup>. En tal caso, lo único que vincula al órgano

<sup>81</sup> Recuérdese el art. 43 Bruselas I *bis*. Véase la DF 25, apartado 3, regla 4.ª LEC.

<sup>82</sup> Caso del art. 47.1 Bruselas I en relación con el Reglamento núm. 805/2004 (GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 25, pp. 163-164) que ahora habrá que entender sustituido por el art. 40 Bruselas I *bis*.

<sup>83</sup> Dado que tales medidas ya se solicitarán producido el despacho de ejecución, debe entenderse que las medidas son las de los arts. 621 y ss. LEC, como garantía del embargo de bienes y derechos, sometidas a la exigencia de caución por parte del ejecutante en los términos del art. 561.3 LEC. No obstante, también se ha defendido una interpretación amplia que incluya asimismo las medidas del art. 727 LEC [MARTÍNEZ SANTOS, A., «Artículo 44», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. *et al.* (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pp. 833 y ss., esp. pp. 836-837].

<sup>84</sup> De hecho, lo habitual es que las medidas cautelares se decreten cuando se produce la suspensión del procedimiento; en otro caso, la ejecución provisional ya determinaría el alzamiento de las medidas cautelares acordadas y que estén en relación con dicha ejecución (art. 731.2 LEC).

<sup>85</sup> Véase que el art. 21.3 del Reglamento núm. 4/2009 solo recoge la posibilidad de suspensión de la ejecución, manteniendo silencio sobre la posibilidad de medidas cautelares.

<sup>86</sup> En el certificado emitido por las autoridades de origen puede hacerse constar que la ejecución queda temporalmente suspendida, limitada a medidas cautelares o condicionada a la constitución de una garantía todavía pendiente (apdo. 5.2 del certificado del Anexo IV del Reglamento núm. 805/2004).

de ejecución es la suspensión de la fuerza ejecutiva, pero no el resto de las medidas acordadas a menos que se hubiere instado su ejecución en España.

#### **4. OPOSICIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN**

##### **4.1. Impugnación del título en el Estado de origen e incidencia en la ejecución**

21. En el ámbito de la ejecución transfronteriza, la defensa del deudor puede dirigirse (cuando sea posible) frente al título o frente a su ejecución, sobre la base de circunstancias sobrevenidas. El título podrá impugnarse, según los casos, exclusivamente en el Estado de origen (como ocurre en los títulos ejecutivos europeos y en las resoluciones de alimentos directamente ejecutivas) o en el Estado de la ejecución (a través del exequátur o de la denegación de la ejecución de Bruselas I *bis*). En el primer caso, una eventual revisión o revocación de la decisión en el Estado de origen tendrá un alcance transfronterizo, impidiendo su ejecución en cualquier Estado; en el segundo caso, simplemente deja sin efecto la ejecución en el ámbito territorial de ese Estado.

Salvo en el exequátur, la impugnación del título, en el Estado de origen o en el Estado de la ejecución, ni impide el inicio de la ejecución ni, con carácter general, obliga a suspenderla. No obstante, procede verificar los diferentes supuestos de impugnación del título en el Estado de origen y su incidencia en la ejecución. En el Estado de origen, el título puede ser objeto de un recurso ordinario (dada la posibilidad de ejecución de títulos no firmes) o de una «revisión» basada en una indefensión del deudor.

22. En el caso de un recurso ordinario en el Estado de origen (o se está aún en plazo para hacerlo), si se requiere exequátur, puede producirse un efecto suspensivo, a instancia de parte, de la declaración de fuerza ejecutiva. Así se establece para Bruselas II *bis* (art. 35). Sin embargo, en el resto de los títulos con exequátur y en el caso de los títulos ejecutivos directos, la mera interposición de un recurso en origen no determina un efecto suspensivo; solo en el caso de que dicho recurso suponga, conforme al Derecho del Estado de origen, una suspensión de la fuerza ejecutiva de la decisión en aquel Estado<sup>87</sup>.

23. En caso de recursos de revisión, el deudor asume la carga de hacer valer su indefensión en el Estado de origen<sup>88</sup>. Aunque con diferentes denominaciones, todos implican un estándar similar de protección de los derechos de defensa. La interposición de tales recursos en el Estado de origen permite, de manera potestativa y a instancia del deudor, suspender la ejecución de resolu-

---

<sup>87</sup> Véase párr. 4.

<sup>88</sup> Art. 19 del Reglamento núm. 805/2004, art. 20 del Reglamento núm. 1896/2006, art. 19 del Reglamento núm. 861/2007 y art. 19 del Reglamento núm. 4/2009.

ciones sobre alimentos (art. 21.3); en los títulos ejecutivos europeos, el efecto suspensivo tiene carácter excepcional frente a otras medidas como limitar la ejecución a medidas cautelares o subordinar la ejecución a la constitución de una garantía<sup>89</sup>. A la misma solución se llega cuando se solicita la rectificación o revocación del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Un silencio sobre la posibilidad de suspensión existe para el caso de la rectificación de los certificados de título ejecutivo de los arts. 41 y 42 de Bruselas II *bis*, habiéndose optado en este caso por la aplicación general de la remisión a los Derechos nacionales en virtud del art. 47.1<sup>90</sup>. Sería más coherente, sin embargo, aplicar analógicamente las medidas del art. 23 del Reglamento (CE) núm. 805/2004 a todos los supuestos en que el título se impugne en origen.

La revocación o revisión de la resolución de origen determinará el fin del proceso de ejecución en el Estado requerido y en cualquier Estado en el que la ejecución se hubiera puesto en marcha. En el caso del Derecho español, procedería en estos casos una aplicación analógica del art. 534 LEC.

#### 4.2. Impugnación del título en el Estado de la ejecución

24. La vía tradicional para impugnar el título en el Estado de la ejecución se encontraba en el procedimiento previo del exequátur, que se mantiene por el momento para los litigios sobre familia y sucesiones<sup>91</sup>. Esto obligaría al demandado a articular de manera separada, y sucesiva, los motivos de oposición a la eficacia del título en España (establecidos en los respectivos Reglamentos) y los motivos de oposición a la ejecución (previstos en el Derecho nacional del Estado de la ejecución)<sup>92</sup>. Ninguna medida ejecutiva será posible mientras se esté tramitando la decisión sobre el exequátur, a excepción de las medidas cautelares<sup>93</sup>.

25. En el ámbito de Bruselas I *bis*, puede solicitarse la denegación de la ejecución impugnando el título en el Estado de la ejecución, pero la oposición por el deudor no va a impedir la adopción de actos ejecutivos<sup>94</sup> y la

<sup>89</sup> Art. 23 del Reglamento núm. 805/2004, art. 23 del Reglamento núm. 1896/2006 y art. 23 del Reglamento núm. 861/2007.

<sup>90</sup> RAUSCHER, Th., «Art. 43 Brüssel IIa-VO», en RAUSCHER, Th. (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisionsrecht (EuZPR/EuIPR) Kommentar*, vol. IV, 4.ª ed., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2015, pp. 354 y ss., esp. p. 356.

<sup>91</sup> Téngase en cuenta que la Propuesta de revisión de Bruselas II *bis* incorpora también la supresión del exequátur.

<sup>92</sup> En el Auto de la AP Las Palmas (Sección 5.ª), de 30 de marzo de 2009 (JUR 2009/247649) se invocó por el deudor la nulidad radical del despacho de ejecución de una sentencia portuguesa por defectuosa notificación a través de correo y falta de traducción, concluyendo el tribunal español que tal oposición debía desestimarse por inexistencia de infracción del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, de 29 de mayo. La cuestión es que tal motivo no debió ser analizado en la fase de la ejecución forzosa, sino solo en la fase previa del exequátur en ese caso exigible por el Reglamento Bruselas I.

<sup>93</sup> Véase párr. 19, en relación con su extensión también a Bruselas II *bis*.

<sup>94</sup> El plazo para solicitar dicha denegación es a partir de la notificación del despacho de ejecución (DF 25, apdo. 4, LEC), pero no existe garantía para el ejecutado de poder oponerse a la ejecución antes de que sean dictados actos ejecutivos concretos.

ejecución continuará su curso salvo que el juez valore, a petición del deudor, su suspensión, que esta se limite a medidas cautelares o que se condicione a la constitución de determinadas garantías (art. 44). En este caso, la suspensión del procedimiento de ejecución será excepcional en los términos de la legislación procesal española<sup>95</sup>. Para salvaguardar su derecho, recuérdese que el acreedor puede solicitar medidas cautelares incluso antes del inicio de la ejecución (art. 40).

Formalmente, cabe diferenciar entre los motivos de denegación de la ejecución basados en el título, previstos en el art. 45 de Bruselas I *bis*, y los basados en la ejecución, previstos en el Derecho nacional. No obstante, el considerando 30 de Bruselas I *bis* establece la invocación de todos los motivos, al margen de su origen, en el mismo procedimiento y en esta clave debería interpretarse la remisión al Derecho nacional del art. 41 del Reglamento<sup>96</sup>. Sin embargo, en el Derecho español se articulan dos procedimientos: la impugnación del título con base en el art. 45 se tramita conforme al juicio verbal<sup>97</sup> y los motivos de oposición nacionales por la vía de los arts. 556 y ss. LEC. En la práctica, hay una coincidencia sustancial en el plazo para articular la oposición y en las fases del procedimiento, aunque solo la impugnación por los motivos del art. 45 podrá llegar a un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación<sup>98</sup>. Esta separación impide, por tanto, una total integración en el mismo procedimiento de los diferentes motivos de oposición a la ejecución.

### 4.3. La oposición a la ejecución

26. La eliminación del exequátur y la introducción del sistema de fuerza ejecutiva directa no afecta al número y tipo de causas de oposición a la ejecución previstas en el Derecho español<sup>99</sup>, que siguen siendo aplicables por el principio de asimilación a las resoluciones nacionales, siempre que no sean incompatibles con los motivos previstos en los Reglamentos<sup>100</sup>. Solo la Propuesta de revisión de Bruselas II *bis* pretende ir más allá, introduciendo causas de oposición a la ejecución uniformes en la propia norma reglamen-

<sup>95</sup> De los arts. 561.3 y 566 LEC se deriva el carácter excepcional de la suspensión del procedimiento de ejecución (REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 77; y MARTÍNEZ SANTOS, A., *op. cit.*, nota 83, pp. 838-839).

<sup>96</sup> DOMEJ, T., «Die Neufassung der EuGVVO (Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht)», *Rabels Z.*, vol. 78, 2014, pp. 598 y ss., esp. p. 515; MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 28, p. 1029. Véase otra posición en GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, p. 243.

<sup>97</sup> Véase la DF 25, apartado 4 LEC.

<sup>98</sup> Cfr. REQUEJO ISIDRO, M., *op. cit.*, nota 11, p. 77. Así se constata con los arts. 49 y 50 de Bruselas I *bis*, en relación con la DF 25, apartado 4, regla 6.ª, LEC.

<sup>99</sup> Los arts. 556 y ss. LEC para la ejecución definitiva y el art. 528 LEC para la ejecución provisional.

<sup>100</sup> Cfr. los considerandos 30 del Reglamento núm. 4/2009 y de Bruselas I *bis* y el art. 41.2 de este último; la DF 23, apartado 14 LEC, en relación con el monitorio europeo; y la DF 24, apartado 8 LEC en relación con el escasa cuantía.

taria<sup>101</sup>. En todo caso, ninguno de los motivos de oposición a la ejecución puede implicar ni una revisión de fondo de la resolución judicial de origen ni un cauce encubierto para controlar las condiciones de emisión del certificado del título ejecutivo europeo que, como hemos visto, debe realizarse en el Estado de origen. En este sentido, resultan fundamentales la regla de la prohibición de discriminación en los controles por origen del título (nacional o de otro Estado miembro) y la regla de la preclusión de las circunstancias alegables (solo podrán invocarse frente a la ejecución circunstancias sobrevenidas posteriores al título que no pudieron ser alegadas en el proceso de origen).

27. Al margen de las causas de oposición nacionales, un motivo de oposición que aparece siempre recogido en los Reglamentos es el carácter inconciliable de la decisión con otra decisión sobre el mismo objeto y las mismas partes, ya sea del foro o reconocible en el foro pero procedente de otro Estado. Tal motivo de oposición solo podrá invocarse en la fase de ejecución forzosa si no pudo invocarse con anterioridad en el Estado de origen o, en su caso, en la fase de exequátur. Es llamativo que tal preclusión solo se prevea expresamente en relación con el Reglamento núm. 805/2004<sup>102</sup>, y no aparezca en Bruselas I *bis* o en el Reglamento de alimentos. No obstante, cabe entender que es un mínimo que subyace en todo caso, dado que lo contrario supondría una revisión de fondo del título ejecutivo<sup>103</sup>. Aparte quedan los supuestos de resoluciones sobre alimentos o responsabilidad parental, que carecen de efecto de cosa juzgada material, inconciliables con resoluciones posteriores<sup>104</sup>.

28. En el ámbito del Derecho nacional, el deudor puede oponerse, invocando como motivos de fondo, el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, la caducidad de la acción ejecutiva y las transacciones para evitar la ejecución, siempre que consten en documento público (art. 556 LEC). Al margen de la, ya analizada, particularidad de la caducidad de la acción ejecutiva, la compatibilidad del resto de motivos de fondo con los instrumentos europeos se da siempre que las circunstancias invocadas, como sería el pago, se hayan producido después de la emisión del título en el Estado de origen; de lo contrario se estaría introduciendo, por esta vía, una verdadera revisión

<sup>101</sup> En el texto proyectado, el art. 40.4 del Documento COM(2016) 411 final, excluye expresamente la invocación de motivos de ejecución distintos de los establecidos en el Reglamento.

<sup>102</sup> La preclusión no afecta a aquellos supuestos en los que se invocó la inconciliable en origen pero dicha alegación fue desestimada; por ejemplo, una decisión del tercer Estado que podría ser no reconocible en el Estado de origen pero sí en el Estado de la ejecución, cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 31, pp. 184-185.

<sup>103</sup> Esa misma preclusión se constata también en las alegaciones de indefensión en el proceso de origen: véase el art. 45.1.b) de Bruselas I *bis*.

<sup>104</sup> Véase el art. 47.2 de Bruselas II *bis*, JIMÉNEZ BLANCO, P., «La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en ALDECOA LUZÁRAGA, F. y FORNER DELAYGUA, J. (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341 y ss., esp. pp. 358-360. En una clave semejante, véase el art. 21.2, párr. 3 del Reglamento núm. 4/2009. Interesantes son, en este contexto, las causas de denegación de la ejecución basadas en un cambio de circunstancias introducidas en la Propuesta de revisión de Bruselas II *bis* [art. 40 del Documento COM(2016) 411 final].

de fondo de la sentencia<sup>105</sup>. En este sentido, el pago posterior de la condena debería poder oponerse frente a la ejecución forzosa para todos los títulos, a pesar de su mención solo en alguno de los instrumentos<sup>106</sup>. Interesante es la opción, solo prevista en la actualidad para la orden europea de retención de cuentas, de poder invocar ese pago en el Estado de origen, dado que esta posibilidad desactivaría toda eficacia transfronteriza del título, sin tener que oponerlo ante las autoridades de cada Estado donde se pretendiera la ejecución del título<sup>107</sup>.

Estos motivos deben distinguirse de aquellos otros supuestos que requieren un pronunciamiento por parte del tribunal conforme el art. 564 LEC<sup>108</sup>. Así ocurriría, por ejemplo, si los tribunales tuvieran que decidir sobre la compensación de un crédito en el marco de una ejecución. Ello exigirá una nueva demanda que se planteará ante el tribunal que tenga competencia judicial internacional para conocer del fondo. Si tal compensación tiene incidencia en la ejecución, deberá decidirse por los jueces españoles con base en su competencia exclusiva sobre la ejecución, pero esta no genera una *vis atractiva* para otorgar competencia a nuestros tribunales para un proceso declarativo<sup>109</sup>.

29. Entre los motivos de oposición procesal, puede incluirse la declinatoria por falta de jurisdicción o de competencia (*ex* art. 547, párr. 1 LEC), en la que podrá hacerse valer la falta de competencia objetiva o territorial para la ejecución. Dentro de la fase de oposición propiamente dicha, conforme al art. 559 LEC, pueden invocarse causas relativas a la falta de capacidad y representación de las partes<sup>110</sup> y la nulidad radical del despacho de ejecución por no tener la resolución pronunciamientos de condena o no cumplir el documento presentado los requisitos exigidos para el despacho de ejecución (art. 559.1.3).

Especialmente cautelosos hay que ser con este último motivo, dado que no cabe alegar aquí cuestiones relativas a la regularidad del título de origen<sup>111</sup>. Sí podría hacerse valer la falta de exequátur de la decisión extranjera, si este

<sup>105</sup> Cfr. el Auto AP de A Coruña (Sección 5.ª), de 26 de octubre de 2011, JUR 2012/8481.

<sup>106</sup> Solo se recoge expresamente en el art. 22.2 del Reglamento núm. 1896/2006, y se menciona en el considerando 30 del Reglamento núm. 4/2009.

<sup>107</sup> Véase el art. 33.1.e) del Reglamento núm. 655/2014.

<sup>108</sup> Véase la posición crítica sobre aplicación de este precepto en el marco del art. 41.2 de Bruselas I *bis*, en REQUEJO ISIDRO, M. (*op. cit.*, nota 11, p. 69). Véase en un contexto parecido el § 767 ZPO alemana, BITTMANN, D. Ch., «Die Zulässigkeit materiell rechtlicher Einwendungen gegen einen Europäischen Vollstreckungstitel im Vollstreckungsstaat», *IPRax.*, 2015, pp. 129-134.

<sup>109</sup> Cfr. la STJCE en el asunto C-220/84 (*AS-Autoteile Service/Malhé*, ECLI:EU:C:1985:302).

<sup>110</sup> Véase en el Auto de la AP de Málaga (Sección 6.ª), de 20 de septiembre de 2000 (JUR 2001/75705), un ejemplo de oposición a la ejecución de una decisión extranjera por falta de acreditación de la identidad entre la entidad condenada por las resoluciones extranjeras y contra la que se pretende ejecutar la misma en España.

<sup>111</sup> Claramente considera esta limitación el Auto de la AP de Pontevedra (Sección 6.ª), de 26 de septiembre de 2011 (AC 2011/2194). En el Auto de la AP de Guipúzcoa (Sección 3.ª), de 5 de febrero de 2008 (JUR 2008/174407), frente a la alegación de la irregularidad en la emisión del certificado, la Audiencia entró indebidamente a valorar cómo se había realizado la notificación del proceso en origen, aspecto que debió entenderse acreditado con el certificado emitido.

fuera preceptivo. También sería válida la oposición si no se hubiera aportado a la demanda ejecutiva la resolución de origen y el certificado (cuando este sea insubsanable). Asimismo, es el cauce para denunciar la falta de notificación previa del certificado o la traducción de la resolución, cuando estas sean presupuesto para la ejecución (como ocurre con el art. 43 de Bruselas I *bis*). También podrá oponerse la falta de fuerza ejecutiva de la decisión en origen si en el certificado no se hizo constar o la suspensión de la fuerza ejecutiva de la resolución en origen. El deudor ejecutado podrá acreditar la falta de fuerza ejecutiva por cualquier medio, excepto cuando se trata de certificados de títulos ejecutivos europeos de carácter constitutivo, dado que, debido a su carácter vinculante, solo podrán ser desvirtuados con el certificado negativo establecido reglamentariamente<sup>112</sup>. También esta sería la vía para oponerse a la ejecución de una medida cautelar si no se acredita, a través del certificado del art. 42.2 de Bruselas I *bis*, que se haya notificado la resolución al demandado y se haya dictado por un tribunal competente sobre el fondo, lo que habilita a un control implícito de la competencia en este caso.

30. Finalmente, pueden impugnarse los actos ejecutivos concretos contrarios a Derecho, cuando se haya producido una infracción de las normas que regulan los actos concretos del proceso de ejecución (art. 562 LEC) o cuando los actos de ejecución sean contradictorios con el título ejecutivo judicial (art. 563 LEC). Entrarían aquí supuestos en los que se hubiera trabado embargo sobre bienes inembargables, se pretende una ejecución a persona distinta de la que figura en la resolución, o se insta una ejecución de manera solidaria, cuando es obligación mancomunada. A los efectos de este examen de compatibilidad de la ejecución con el título, debe considerarse como título ejecutivo no solo el certificado, sino la propia resolución de base que siempre debe ser aportada al proceso y en la que pueden constar extremos no recogidos en el certificado<sup>113</sup>. De ahí la importancia de considerar también en este caso la traducción de la resolución de base<sup>114</sup>.

Cabría asimismo invocar en este ámbito un eventual recurso frente a la adaptación, realizada de oficio por el juez, en relación con una medida no conocida en el ordenamiento español<sup>115</sup>. Se intenta garantizar un equilibrio entre la extensión de los efectos de la decisión extranjera con el principio de

<sup>112</sup> Recuérdese el Anexo IV del Reglamento núm. 805/2004.

<sup>113</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F. (*op. cit.*, nota 25, p. 184) pone precisamente el ejemplo de una decisión que establece una obligación mancomunada, sin que conste este dato en el certificado.

<sup>114</sup> Véase párr. 14.

<sup>115</sup> SABIDO RODRÍGUEZ, M., «Artículo 54», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. *et al.* (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pp. 934-935. La adaptación se recoge expresamente en el art. 54 de Bruselas I *bis* y en el apartado 6 de la DF 25 LEC; asimismo, en el art. 11 del Reglamento (UE) núm. 606/2013. Un antecedente inmediato lo encontramos en el asunto *DHL Express France* (asunto C-235/09; ECLI:EU:C:2011:238, cdo. 56) que permite, en caso de desconocimiento en el Derecho del Estado requerido de la medida coercitiva dictada en el Estado de origen (en relación con las *astreinte* del Derecho francés), se adopte una medida propia del Derecho del Estado de ejecución destinada a garantizar, de forma equivalente, el cumplimiento de la prohibición judicial impuesta.

asimilación y la viabilidad de la propia medida. El problema se dará obviamente cuando el Estado de la ejecución parta de *numerus clausus* para el reconocimiento o, en nuestro caso, para la adopción de medidas ejecutivas, en particular, en el ámbito registral o de derechos reales<sup>116</sup>, de las medidas cautelares<sup>117</sup> o de medidas coercitivas no dinerarias<sup>118</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

31. De la comparación entre instrumentos y de sus principios informadores cabe derivar unas pautas que deberían utilizarse para la integración de lagunas y la elaboración de cuerpo mínimo uniforme en el ámbito de la ejecución forzosa. Entre estas pautas comunes cabe destacar:

— Las consecuencias que se derivan del principio de la extensión de los efectos y del concepto de fuerza ejecutiva de la resolución. De ello se deduce la aplicación de la ley del Estado de origen a la caducidad de la acción ejecutiva y la preceptiva suspensión de la ejecución en el Estado de la ejecución si se suspende o limita la fuerza ejecutiva de la resolución en el Estado de origen. Establecida la fuerza ejecutiva en origen, la resolución judicial puede ser provisional o definitiva.

— En los Reglamentos vigentes, los motivos de oposición a la ejecución establecidos en Derechos nacionales son los mismos al margen del modelo de fuerza ejecutiva (sea exequátur o fuerza ejecutiva directa). Existen dos reglas comunes a la oposición a la ejecución: la prohibición de discriminación por origen del título (nacional o de otro Estado europeo) en las condiciones y controles de la ejecución; y la preclusión de las alegaciones posibles para la oposición a la ejecución, limitadas a circunstancias sobrevenidas al título, que no impliquen una revisión ni de la resolución dictada ni del certificado emitido.

— Las exigencias documentales tienden a simplificarse, a través de los certificados estandarizados en los Reglamentos, y a flexibilizarse en las exigencias de traducción instada de oficio por el juez encargado de la ejecución.

— Los mínimos afectan a la ejecución transfronteriza de las medidas cautelares y a las condiciones de las dictadas por el órgano encargado de la ejecución. Las primeras están sometidas a los requisitos previos de la notificación y control de la competencia del tribunal de origen. Las segundas pueden dictarse directamente, sin autorización previa, por el juez de ejecución cuando la resolución sea ejecutiva en el Estado requerido.

---

<sup>116</sup> Por ejemplo, resoluciones que tengan que ser objeto de inscripción registral de instituciones desconocidas, tales como la hipoteca judicial provisoria o la hipoteca asegurativa (GASCÓN INCHAUSTI, *op. cit.*, nota 30, p. 164).

<sup>117</sup> Tipo las *freezing orders* y las *Mareva injunctions* (GASCÓN INCHAUSTI, F., *op. cit.*, nota 56, p. 165); KRAMER, X., «Article 54», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law (ECPII), Brussels I bis Regulation*, vol. I, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2016, pp. 969 y ss., esp. p. 971.

<sup>118</sup> Por ejemplo, las *astreinte* del Derecho francés.

32. La contraposición entre los modelos de fuerza ejecutiva (basados en el exequátur o en la ejecución directa) permite advertir algunas diferencias en relación con la ejecución forzosa:

— Los certificados de la resolución son documentos subsanables, y sin fuerza vinculante en cuanto a su contenido, cuando se requiere exequátur. Son insustituibles en todos los supuestos de ejecución directa y aquí tienen fuerza vinculante, excepto en el ámbito Bruselas I *bis*.

— En la fuerza ejecutiva directa, el título de origen habilita para la adopción de medidas cautelares en el Estado de la ejecución; sin embargo, en caso de exequátur, antes de obtener la declaración de fuerza ejecutiva, solo pueden adoptarse medidas cautelares con los requisitos del Derecho nacional.

— El exequátur permite un conocimiento de la resolución por el deudor previo a su ejecución, hecho que no está asegurado en los modelos de fuerza ejecutiva directa, excepto en Bruselas I *bis*.

— La impugnación del título ejecutivo por el deudor impide, en los modelos de exequátur, la adopción de medidas ejecutivas, al contrario de lo que sucede en los modelos de fuerza ejecutiva directa.

— El modelo de exequatur requiere una separación en dos fases en el Estado de la ejecución para los motivos de oposición frente al título y para la oposición a la ejecución forzosa, distinción que desaparece en el modelo de fuerza ejecutiva directa de Bruselas I *bis*.

33. Se advierten diferentes estándares de protección de los derechos de defensa del deudor no siempre justificados. En particular:

— Los modelos de fuerza ejecutiva directa no garantizan una notificación previa de la resolución judicial para permitir su cumplimiento voluntario por el deudor ejecutado, excepto Bruselas I *bis* y el Reglamento núm. 606/2013, que exigen la notificación previa del certificado.

— Tampoco se garantizan del mismo modo en todos los Reglamentos las posibilidades de oponerse a la ejecución, dado que solo Bruselas I *bis* y el Reglamento núm. 4/2009 recogen un derecho del deudor ejecutado a la traducción de la resolución.

34. Finalmente, en relación con la ejecución forzosa, la normativa de desarrollo de la LEC presenta algunas deficiencias que deberían subsanarse; entre ellas:

— La falta de homogeneidad en las reglas de competencia territorial y objetiva para la ejecución forzosa.

— El carácter preceptivo de la traducción de la documentación en todos los casos, no compatible con el tenor de los Reglamentos europeos.

— La falta de garantía de notificación del certificado, en el marco de Bruselas I *bis*, con carácter previo a la adopción de medidas ejecutivas.

— La ausencia de integración en el mismo procedimiento de los motivos de la denegación de la ejecución del art. 45 de Bruselas I *bis* y de las causas de oposición del Derecho nacional, con consecuencias en el planteamiento de los recursos.

## RESUMEN

### LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL MARCO DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS

La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales sigue dependiendo de los Derechos nacionales, pero está sujeta a ciertas condiciones derivadas de los Reglamentos europeos. De un estudio comparado de los diferentes Reglamentos, se han obtenido una serie de pautas comunes que constituyen un mínimo europeo en materia de ejecución. La coexistencia de exequátur y fuerza ejecutiva directa afecta a cuestiones de procedimiento, pero las causas de oposición basadas en el Derecho nacional son las mismas en ambos casos. Se advierten diferentes estándares de defensa del deudor ejecutado, en particular una especial protección del mismo en el ámbito de Bruselas I *bis*. Finalmente, el desarrollo de los Reglamentos en la legislación española presenta algunas deficiencias que deberían subsanarse.

**Palabras clave:** ejecución forzosa, resolución judicial, exequátur, título ejecutivo europeo, ejecución directa, denegación de la ejecución.

## ABSTRACT

### ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN THE FRAMEWORK OF THE EUROPEAN REGULATIONS

Enforcement of judgments still depends on national laws of Member States, but it is subject to certain conditions resulting from European Regulations. From a comparative study of the different Regulations, a series of common guidelines have been obtained which constitute a European minimum in the field of the enforcement. The coexistence of exequatur and direct enforcement affects procedural issues, but the grounds for refusal available on national law are the same in both cases. There are different standards of defense of the executed debtor; in particular a special protection under the Recast Brussels I Regulation. Finally, the implementation of the Regulations in Spanish law has some deficiencies that should be corrected.

**Keywords:** enforcement, judgment, *exequatur*, european enforcement order, direct enforcement, refusal to enforcement.



## LOS REQUISITOS PROCESALES EN SERIO: LA EXISTENCIA DE UNA «CONTROVERSI INTERNACIONAL» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Asier GARRIDO MUÑOZ \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: EL FORMALISMO Y SUS CRÍTICOS.—2. LA CONTROVERSI  
INTERNACIONAL, NOCIÓN SIEMPRE INACABADA.—2.1. Definición del térmi-  
no.—2.2. Flexibilidad: la existencia de una controversia como una cuestión de «sustan-  
cia» y no de forma.—2.2.1. Los sujetos de la controversia y las controversias multilate-  
rales.—2.2.2. La formalización de la controversia.—2.2.3. El método para determinar la  
existencia de una controversia.—2.3. Formalismo: una tendencia *in crescendo*.—2.3.1. La  
necesidad de una «oposición positiva» de puntos de vista.—2.3.2. El «conocimiento» de la  
existencia de la controversia.—2.3.3. La limitada relevancia de los intercambios procesales  
entre las partes.—3. ¿FORMALISMO SIN CAUSA? CONTROVERSI INTERNACIONAL  
Y FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE.—3.1. El criterio del «conocimiento»: tentativa de  
justificación.—3.1.1. No tan novedoso: el conocimiento en la jurisprudencia previa de la  
Corte.—3.1.2. No tan subjetivo: conocimiento y «estado mental» del Estado.—3.1.3. No  
tan formalista: la prueba del conocimiento.—3.2. El elemento temporal de la controver-  
sia internacional y la función judicial de la Corte: tentativa de explicación.—4. CONCLU-  
SIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN: EL FORMALISMO Y SUS CRÍTICOS

1. Las recientes sentencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ o «la Corte»)<sup>1</sup> en los tres casos sobre las *Obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear* («sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*») constituyen la primera ocasión en que el Alto Tribunal desestima por completo una demanda debido a la inexisten-

---

\* Letrado de la Corte Internacional de Justicia ([A.Garrido@icj-cij.org](mailto:A.Garrido@icj-cij.org)). Las opiniones expresadas en el presente estudio son realizadas a título exclusivamente personal del autor y no comprometen en modo alguno a la institución para la que trabaja. El contenido no revela información confidencial alguna ni debe entenderse en el sentido de revelar dicha información. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de octubre de 2017.

<sup>1</sup> El autor utilizará en el presente estudio el término «Corte» (utilizado en la versión española de la Carta de las Naciones Unidas) sin pretender entrar en debates sobre si es más adecuado que «Tribunal».

cia de una controversia internacional<sup>2</sup>. Previamente, la Corte había declinado en dos ocasiones conocer ciertos aspectos de algunas demandas por similares motivos, pero nunca con consecuencias tan decisivas<sup>3</sup>.

2. Las sentencias han sido recibidas con críticas por la doctrina, que de manera mayoritaria ha contestado la forma y el fondo de la decisión siguiendo la trayectoria de las opiniones disidentes que acompañan el texto principal<sup>4</sup>. En particular, se ha criticado la «creación» de un «nuevo» requisito para determinar la existencia de una controversia (el «conocimiento» de la existencia de la controversia por el demandante en el momento de plantearse la demanda), así como la aplicación de este al caso de autos<sup>5</sup>. Se ha argumentado igualmente que la decisión de la Corte buscaba proteger a los demandados (que en su origen eran todos los Estados nucleares y que, debido a la manifiesta falta de competencia respecto de algunos de ellos, se redujeron al Reino Unido, India y Pakistán) de un eventual fallo contrario a sus intereses<sup>6</sup>. Y siguiendo este hilo argumental, se han cuestionado las implicaciones de las tres sentencias para el papel de la Corte en el arreglo pacífico de controversias y en la garantía del cumplimiento con el Derecho internacional<sup>7</sup>. Existe

<sup>2</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India; Islas Marshall c. Pakistán; Islas Marshall c. Reino Unido)*, Sentencias de 5 de octubre de 2016, no publicadas todavía. Por razones de conveniencia, en este trabajo se citará cuando sea posible solo la primera de las sentencias.

<sup>3</sup> *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos (Nicaragua c. Colombia)*, Sentencia de 17 de marzo de 2016, *ICJ Reports* 2016, p. 33, párrs. 75-78; *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Sentencia de 20 de julio de 2012, *ICJ Reports* 2012, pp. 444-445, párr. 54. Véase también *Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, Sentencia de 4 de abril de 1939, *PCIJ, Series A/B*, núm. 77, p. 83.

<sup>4</sup> Véanse BECKER, M., «The Dispute that Wasn't there: Judgments in the Nuclear Disarmament Cases at the International Court of Justice», *Cambridge International Law Journal*, vol. 6, 2017, núm. 1, pp. 4-26; KRISH, N., «Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases», *EJIL Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases/>; PALESTINI, L., «Forget About Mavromatis and Judicial Economy: The Alleged Absence of a Dispute in the Cases Concerning the Obligations to Negotiate the Cessation of the Nuclear Arms Race and Nuclear Disarmament», *JIDS*, vol. 8, 2017, núm. 3, pp. 557-577; PROULX, V.-J., «The World's Court's Jurisdictional Formalism and its Lost Market Share: The Marshall Islands Decisions and the Quest for a Suitable Dispute Settlement Forum for Multilateral Disputes», *LJIL*, 2017 (disponible en vista preliminar), así como las contribuciones de Antony T. Anghie, Ingo Venzke, George R. B. Galindo, Andrea Bianchi, Surabhi Ranganathan y Vicent-J. Proulx al simposio de *AJIL Unbound* «The Marshall Islands Cases» publicado en vol. 111, 2017, disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/>. Para un análisis menos crítico, véase KOLB, R., «Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2016», *RSDIUE*, vol. 27, 2017, núm. 1, pp. 69-101.

<sup>5</sup> Véase, en particular, BIANCHI, A., «Choice and (the awareness of) its Consequences: the ICJ's "Structural Bias" Strikes again in the Marshall Islands case», *loc. cit.*, nota 4, p. 83, y las opiniones disidentes o particulares de los siguientes Jueces: Yusuf (párrs. 10-12); Bennouna (no incluye párrafos); Cançado Trindade (párrs. 19-21); Sebutinde (párrs. 30-33); Robinson (párrs. 23-40), y Crawford (párrs. 4-6); así como del Juez *ad hoc* Bedjaoui (párrs. 25-33) (más detalles en *infra*, nota 53).

<sup>6</sup> BIANCHI, A., *loc. cit.*, nota 5, pp. 82-87, y KRISCH, N., *loc. cit.*, nota 4. Véase el art. 38.5 del Reglamento de la Corte, según el cual «[c]uando el demandante pretenda fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado contra quien se haga la solicitud, esta última se transmitirá a ese Estado. No será, sin embargo, inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento hasta tanto el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate».

<sup>7</sup> Véase, en particular, BIANCHI, A., *loc. cit.*, nota 5, pp. 86-87.

común acuerdo, eso sí, en que aun si la Corte hubiera considerado satisfecho el criterio de la existencia de una controversia, el demandante todavía habría tenido que superar las otras objeciones preliminares planteadas por los demandados<sup>8</sup>.

3. En fin, dichas críticas pueden resumirse en la identificación de un creciente «formalismo» de la Corte. Formalismo entendido por ciertos autores no solo como priorización de la forma (aquí los requisitos procesales) sobre el fondo (la resolución de la controversia concreta), sino también como triunfo de la técnica jurídica sobre la realización de la justicia material. En el caso concreto de la negociación del desarme nuclear, ello impidió el ejercicio por la Corte de su competencia en una materia que previamente había definido como «de vital importancia para el conjunto de la comunidad internacional»<sup>9</sup>.

4. Una valoración de ciertos detalles de las tres sentencias sugiere la existencia de interrogantes sobre el requisito de la existencia de una controversia que van más allá de la cuestión concreta del desarme nuclear, cuya resolución puede arrojar luz sobre el fundamento de esta tendencia «formalista» de la Corte. Las sentencias fueron adoptadas por una estrecha mayoría, que en el caso del Reino Unido requirió el voto preponderante del Presidente —uno de los jueces votó con la mayoría solo respecto de las demandas concernientes a India y Pakistán—. Además, varios de los jueces disidentes en los tres asuntos habían votado a favor de la sentencia sobre objeciones preliminares dictada en el *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos*. En dicha sentencia, la Corte había considerado que, en el momento de plantearse la demanda, Nicaragua no había probado que tuviera una controversia con Colombia relativa al uso de la fuerza en ciertos espacios marítimos<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> A este respecto, véanse en particular las opiniones particulares del Juez Tomka (párrs. 31-41, relativa a la capacidad de la Corte de resolver controversias relativas a obligaciones que requieren la cooperación de Estados no parte en la controversia) y del Juez Crawford (párrs. 29-30, relativa a la aplicabilidad al caso de la doctrina del *Oro Amonedado*).

<sup>9</sup> *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, Dictamen consultivo de 8 de julio de 1996, p. 265, párr. 103. Véase, por todas, la Opinión disidente del Juez Bennouna (sin párrafos): «*Dans la relation du droit international au temps, il y a la part du rationnel [...] et la part du pragmatisme, afin de tenir compte des caractéristiques de telle ou telle situation. L'art du juge est de parvenir au bon dosage afin que justice soit faite et qu'elle soit perçue comme telle*». Y también KRISCH, N., *loc. cit.*, nota 4 y VEN-ZKE, I., *loc. cit.*, nota 4, pp. 72-74.

<sup>10</sup> Igualmente, dos de los jueces ahora en la mayoría (el Presidente Abraham y la Jueza Donoghue) se habían mostrado contrarios a la línea jurisprudencial ahora seguida en las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares* [véanse sus opiniones en los asuntos sobre la *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Sentencia de 1 de abril de 2011, *ICJ Reports 2011*, y *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, *supra*, nota 3]. El Juez Owada también había manifestado ciertas discrepancias respecto de la primera sentencia. En relación con el sentido del voto del Presidente Abraham, se apuntará que ha seguido el camino contrario al del Presidente Spender en el *Asunto del Sudoeste Africano*. Mientras que este último se valió en 1966 de su voto preponderante para favorecer una sentencia contraria a la dictada previamente por la Corte en 1962, respecto de la cual había disentido; el primero ha utilizado su voto preponderante para posibilitar una sentencia que sigue lo que él considera la línea jurisprudencial más reciente de la Corte, respecto de la cual había disentido en su momento. Lo hace,

5. Ello nos lleva a cuestionarnos si existe una línea jurisprudencial clara sobre el mencionado requisito. Y si no es el caso, si el «formalismo» mostrado en los asuntos más recientes es fruto únicamente de las circunstancias de los casos de autos, o si por el contrario existe una lógica que pueda fundamentar el tenor de esta jurisprudencia. Ambos interrogantes solo pueden ser respondidos poniendo las cosas en la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte y su predecesora, a fin de determinar el origen y evolución de la noción de «controversia internacional» y su posible conexión con la función judicial de aquella.

6. Este trabajo se propone dicho objetivo. Para ello, se explicará en primer lugar que la noción de controversia ha sido tradicionalmente interpretada con cierta flexibilidad, y que es en una serie de sentencias (la mayoría recientes) cuando, de manera progresiva y en respuesta a las particulares circunstancias de cada caso, se ha ido definiendo el contenido mínimo de la noción.

En segundo lugar, se evaluarán los «nuevos» requisitos mínimos de la noción de controversia internacional: el criterio del conocimiento y la necesidad de que la controversia surja antes de la demanda. Respecto del primero, se explicará que no es ni tan novedoso, ni tan subjetivo ni tan formalista como se ha sugerido. En relación con el segundo (pieza clave de las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*) se intentará explicar su conexión con la protección de la función judicial de la Corte cuando se plantean demandas unilaterales. El análisis de estas cuestiones nos llevará a concluir que existe una lógica jurídica en el razonamiento de la Corte, lógica que ha justificado la opción de «tomarse en serio» un importante requisito procesal sobre el que a menudo se había pasado de puntillas.

## 2. LA CONTROVERSIA INTERNACIONAL, NOCIÓN SIEMPRE INACABADA

### 2.1. Definición del término

7. El art. 38.1 del actual Estatuto de la Corte define la función de esta como «decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas», lo que sugiere que la existencia de una «controversia internacional» es un requisito que afecta al núcleo de su función jurisdiccional<sup>11</sup>.

---

según explica en su Declaración, por razones de respeto a la «continuidad» en la jurisprudencia de la CIJ (Declaración del Presidente Abraham, párr. 10). Véase el *Asunto del Sudoeste Africano (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, Sentencias de 18 de julio de 1966, *ICJ Reports 1966* y Sentencias sobre objeciones preliminares de 21 de diciembre de 1962, *ICJ Reports 1962* (opinión disidente conjunta de los Jueces Spender y Fitzmaurice).

<sup>11</sup> Aparte de esta disposición, el término «controversia» aparece mencionado igualmente en los arts. 36.2, 40.1 y 60 del Estatuto. Destaca el primero de ellos, según el cual «[l]os Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las *controversias* de orden jurídico que versen sobre [...]» (cursiva añadida).

Sin embargo, no se aporta ningún elemento adicional que permita comprender el alcance del término.

Ello es reflejo de las discusiones mantenidas por el Comité de Juristas encargado de preparar un proyecto de Estatuto de la CPJI (origen del actual Estatuto), cuyo informe final solo indicaba que la Corte sería «*competent to hear and determine cases at the request of states between whom a dispute exists [...] it is obvious that such a dispute can only be of an international nature*»<sup>12</sup>. No hubo conclusiones claras al respecto, a pesar de que los debates del Comité abordaron problemas tales como la naturaleza de la controversia (legal, política o económica) y el papel de las negociaciones diplomáticas previas<sup>13</sup>. Además, de las transcripciones de las reuniones se desprende que los juristas que compusieron el Comité atribuían a las negociaciones previas un papel relevante en la definición de la controversia, si bien se trataba de una consideración fáctica y no tanto de la constatación de un criterio jurídico<sup>14</sup>.

8. En estas circunstancias, fue la propia CPJI quien, en su sentencia de 1923 en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina*, definió «controversia internacional» como «un desacuerdo sobre una cuestión de derecho o de hecho, un conflicto de opiniones jurídicas o de intereses entre dos personas»<sup>15</sup>. La definición era imprecisa respecto de ciertas cuestiones que interesan en tiempos actuales, entre las cuales, a efectos del presente trabajo, destacan las relativas al tiempo y la forma<sup>16</sup>. Y es que se dejaban abiertos los problemas del momento en que se tenía que producir el «conflicto de opiniones jurídicas» (antes o después de la demanda) y la modalidad de formalización de este (si era necesaria una notificación formal, quizá seguida de negociaciones previas, o si bastaba con constatar la existencia fáctica de posiciones divergentes entre los Estados parte). Al mismo tiempo, esta definición presentaba la ventaja de su apertura y flexibilidad. Téngase en cuenta que dicha definición no buscaba tanto determinar el contenido de la competencia de la Corte, sino más bien articular una definición general que pudiera tener

<sup>12</sup> *Procès-Verbaux des séances du Comité avec annexes (16 juin-24 juillet 1920)*, La Haya, Van Langenhuyzen Frères, 1920, p. 730.

<sup>13</sup> La cuestión de las competencias de la Corte respecto de las controversias políticas no se abordará en el presente trabajo.

<sup>14</sup> Durante la 12.<sup>a</sup> sesión de los debates que tuvieron lugar en el Palacio de la Paz, el presidente llegó a afirmar que «*diplomatic means, in the ordinary sense of these words, should be exhausted before the appeal to the tribunal*» [*Procès-Verbaux des séances du Comité avec annexes (16 juin-24 juillet 1920)*, *op. cit.*, nota 12, p. 260]. Lo hizo en relación a un proyecto de art. 3 del Estatuto que requería dichas negociaciones previas. Algunos ponentes recalcaron a este respecto que dicho requisito figuraba en numerosos tratados internacionales (*ibid.*, p. 263). Como es sabido, finalmente el proyecto de art. 3 desapareció de la versión final del Estatuto (más detalles en *ibid.*, pp. 254 y 260-263).

<sup>15</sup> *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, Sentencia de 30 de agosto de 1924, PCIJ, *Series A*, núm. 2, p. 11.

<sup>16</sup> Sobre el carácter amplio de la definición, véase DE VISSCHER, Ch., «Les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale», *RCADI*, vol. 1, 1929, pp. 23-24 y 57. Para un análisis de la decisión de la Corte respecto de su competencia, véanse entre otros DE VINEUIL, P., «Les décisions de la cinquième session ordinaire de la Cour Permanente de Justice Internationale», *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, pp. 98-114, y HUDSON, M. O., *The Permanent Court of International Justice 1920-1942. A Treatise*, Nueva York/Londres, Garland Publishing, 1972, pp. 414-415.

valor consuetudinario, y que como tal fuera aplicable a todo tipo de cláusulas jurisdiccionales presentes en tratados internacionales<sup>17</sup>.

9. A partir de aquí, tanto la CPJI como la CIJ (esta última en mayor medida) han ido perfilando la noción. Dichas precisiones se han ido formulando de manera casuística, pues como se explicará más adelante la CIJ no siempre ha aplicado una metodología clara al análisis de esta cuestión. Además, no siempre es posible determinar con exactitud si las indicaciones de la Corte se refieren a la noción general de «controversia» o a las versiones más restrictivas de la misma que figuran en cláusulas jurisdiccionales convencionales.

10. Sea como fuere, si hay que identificar dos polos entre los cuales se puede situar la jurisprudencia, estos son los de la flexibilidad y el rigor. Es en torno a ambos que se articulará el análisis llevado a cabo en esta sección.

## **2.2. Flexibilidad: la existencia de una controversia como una cuestión de «sustancia» y no de forma**

11. La Corte ha reiterado en numerosas ocasiones que la existencia de una controversia es una cuestión de «sustancia» que no depende de la forma en que se presente. Esta afirmación se ha sustentado en una serie de precisiones en torno a los sujetos y el contexto formal de la controversia.

### **2.2.1. Los sujetos de la controversia y las controversias multilaterales**

12. El primer gran debate generado en torno a la noción se planteó en el *Asunto del Sudoeste Africano* respecto del número de sujetos de la controversia. Ciertamente, no fue la primera vez que se discutió la competencia de la Corte para conocer en vía contenciosa de una controversia que afectaba a más de dos Estados<sup>18</sup>. Pero sí fue novedoso que los demandantes invocaran ante una jurisdicción esencialmente bilateral la violación de una obligación *erga omnes* como la protección de la población de un territorio sometido a mandato de la Sociedad de las Naciones (SN), que no les había producido un perjuicio material directo.

13. Como es sabido, la Corte terminó concluyendo en 1966 que los demandantes no tenían legitimación activa debido a su falta de interés material para actuar. Pero en su sentencia de 1962 relativa a la competencia realizó

<sup>17</sup> KOLB, R., *The International Court of Justice*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013, p. 310. Como tal, la definición ha sido reiterada en alguna sentencia arbitral, como por ejemplo en la controversia relativa al *Atún rojo del Sur* (Nueva Zelanda-Japón, Australia-Japón), Sentencia de 4 de agosto de 2000, *RIAA*, vol. XXIII, p. 18.

<sup>18</sup> Véase, en particular, el *Asunto S. S. «Wimbledon»*, Sentencia de 17 de agosto de 1923, *PCIJ, Series A*, núm. 1, relativa a una demanda planteada por el Reino Unido, Francia, Italia (Polonia interviniente) contra el Imperio Alemán. Más conocida es la sentencia dictada en el *Asunto del Oro amonedado sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos)*, Sentencia de 15 de junio de 1954, *ICJ Reports* 1954, p. 34.

una serie de precisiones de largo alcance respecto de las controversias multilaterales. En particular, en relación con la condición de entablar negociaciones previas antes de acudir a la Corte (art. 7 del Mandato de la SN de 1920 para el Sudoeste Africano), fue necesario determinar el contenido y circunstancias de las negociaciones entre las partes cuando estas tienen lugar en el seno de órganos de las Naciones Unidas. La Corte afirmó:

*«diplomacy by conference or parliamentary diplomacy has come to be recognized in the past four or five decades as one of the established modes of international negotiation. In cases where the disputed questions are of common interest to a group of States on one side or the other in an organized body, parliamentary or conference diplomacy has often been found to be the most practical form of negotiation. The number of parties to one side or the other of a dispute is of no importance; it depends upon the nature of the question at issue. If it is one of mutual interest to many States, whether in an organized body or not, there is no reason why each of them should go through the formality and pretence of direct negotiation with the common adversary State after they have already fully participated in the collective negotiations with the same State in opposition»<sup>19</sup>.*

14. Si bien estas afirmaciones se formularon en relación con una cláusula jurisdiccional concreta, es posible extenderlas a la definición general de controversia internacional<sup>20</sup>.

### 2.2.2. *La formalización de la controversia*

15. La jurisprudencia al respecto es constante e inequívoca: no hay un solo método para formalizar una controversia entre las partes. Esta regla se encuentra íntimamente relacionada con la relativa a la definición de controversia como una cuestión de «sustancia» y no de forma.

16. Ciertamente, como se apuntó anteriormente, que en los años de la CPJI las negociaciones previas tuvieron mayor relevancia<sup>21</sup>. Ello explica que en la sentencia de 1924 dictada en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina* se afirmara que *«before a dispute can be made the subject of an action at law, its subject matter should have been clearly defined by means of diplomatic negotiations»*. Lo mismo se aplica a la sentencia sobre la *Interpretación de las sentencias núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)*, donde la Corte indicó lo siguiente:

*«it would no doubt be desirable that a State should not proceed to take as serious a step as summoning another State to appear before the Court without having previously, within reasonable limits, endeavoured to make it quite clear that a difference of views is in question which has not been capable of being otherwise overcome»<sup>22</sup>.*

<sup>19</sup> *Asunto del Sudoeste Africano (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, *supra*, nota 10, p. 346.

<sup>20</sup> Opinión disidente del Juez Crawford, *supra*, nota 2, párr. 20.

<sup>21</sup> COUVREUR, Ph., *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, Leiden/Boston, Brill, 2017, pp. 100-101.

<sup>22</sup> *Interpretación de las sentencias núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów) (Alemania c. Polonia)*, Sentencia de 16 de diciembre de 1927, PCIJ, *Series A*, núm. 13, pp. 11-12.

17. Sin embargo, ninguna de las dos decisiones tiene trascendencia más allá de las circunstancias de cada caso. De hecho, en la segunda de las sentencias mencionadas (relativa a una demanda de interpretación de una sentencia previa de la Corte) se apuntó que:

*«in the wording of the article [se refiere al artículo del Estatuto de la CPJI relativo a las demandas de interpretación, que requería un “desacuerdo” sobre la interpretación de una sentencia] the Court considers that it cannot require that the dispute should have manifested itself in a formal way; according to the Court’s view, it should be sufficient if the two Governments have in fact shown themselves as holding opposite views in regard to the meaning or scope of a judgment of the Court»<sup>23</sup>.*

18. Igualmente flexible fue la CPJI en el *Asunto concerniente a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*. En el contexto de una cláusula jurisdiccional que exigía a las partes negociaciones previas<sup>24</sup>, se aceptó la posibilidad de presentar una demanda unilateral tan pronto como una de ellas considerara que existe una divergencia de opiniones. Para ello, bastaba con que una de las partes *«points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views»<sup>25</sup>*.

19. Décadas más tarde, la CIJ siguió esta tendencia en su sentencia sobre objeciones preliminares en el *Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, precisando que no son necesarias las negociaciones previas entre las partes cuando una de ellas fundamenta la competencia en la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto<sup>26</sup>. Además, rechazó la necesidad de notificación previa por parte del demandante como condición previa a la presentación de la demanda. Lo hizo en relación con un «ataque sorpresa» de Camerún durante unas negociaciones fronterizas con Nigeria, cuando aceptó sin previo aviso la competencia obligatoria de la Corte<sup>27</sup>.

20. Por último, en una sentencia reciente, la Corte ha reiterado que, aunque una protesta formal *«may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other»*, dicha protesta no es una precondition para la existencia de una controversia<sup>28</sup>. Esta afirmación se ha planteado en relación con supuestas violaciones por parte de Colombia de una delimitación marítima previamente efectuada por la Corte. Nicaragua no presentó protesta formal alguna contra Colombia hasta diez meses después de la demanda.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 11. Sobre la definición de «desacuerdo» en el art. 60 del actual Estatuto, véase QUINTANA ARANGUREN, J. J., *Litigation at the International Court of Justice*, Leiden/Boston, Brill, 2012, pp. 58-59.

<sup>24</sup> Se trataba del art. 23 de la Convención Germano-Polaca relativa a la Alta Silesia de 1922, cuyo párr. 1 afirmaba que *«[s]hould differences of opinion respecting the construction and application of Articles 6 to 22 arise between the German and Polish Governments, they shall be submitted to the Permanent Court of International Justice»*.

<sup>25</sup> *Asunto de los intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Alemania c. Polonia)*, Sentencia de 25 de agosto de 1925, PCIJ, Series A, núm. 6, p. 14.

<sup>26</sup> *Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, Sentencia sobre objeciones preliminares de 11 de junio de 1998, ICJ Reports 1998, p. 322, párr. 109.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 297, párr. 39.

<sup>28</sup> *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos (Nicaragua c. Colombia)*, *supra*, nota 3, p. 32, párr. 72.

21. En suma, no son pocos los elementos que apuntan a una actitud flexible de la Corte respecto de la formalización de controversias internacionales. Como se expondrá más adelante, dicha actitud sigue en mi opinión en pie a pesar de los desarrollos que han tenido lugar en las tres sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*.

### 2.2.3. *El método para determinar la existencia de una controversia*

22. Similares afirmaciones se pueden realizar respecto de la metodología utilizada por la Corte para determinar la existencia de una controversia. En efecto, la Corte ha establecido que la determinación «objetiva» de la existencia de una controversia requiere un examen de los hechos<sup>29</sup>; se trata del reverso de su competencia para determinar la *materia* de la controversia<sup>30</sup>.

23. Los medios de prueba no difieren sustancialmente en las controversias bilaterales y en las multilaterales. En relación con las primeras, la Corte se apoya en declaraciones públicas, notificaciones y otros intercambios<sup>31</sup>. Así lo hizo en *Bélgica c. Senegal* para concluir sin dificultad que existía una controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención contra la Tortura<sup>32</sup>. Además, en *Georgia c. Rusia* la Corte se refirió al «autor», al «destinatario» y al «contenido» de los intercambios como aspectos relevantes para determinar que, en el caso concreto, existía una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>33</sup>. Si bien lo hizo en relación con una cláusula jurisdiccional que requería previo agotamiento de la vía diplomática y conexión con la citada Convención, en las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares* la Corte ha extendido esta metodología a las cláusulas facultativas. En mi opinión, la relación de elementos no es exhaustiva, pues nada impide prestar atención, en particular, al *contexto* de las relaciones entre las partes.

24. En lo que respecta a las controversias multilaterales, no hay variaciones significativas, pues los intercambios en foros internacionales pueden ser igualmente relevantes. Ello ha sido confirmado en las sentencias relativas a

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 26, párr. 50; *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos entre Bulgaria, Hungría y Rumanía*, Dictamen consultivo de 30 de marzo de 1950 (primera fase), *ICJ Reports* 1950, p. 74.

<sup>30</sup> Sobre dicha competencia, véase por todas *Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Sentencia sobre objeciones preliminares de 24 de septiembre de 2015, *ICJ Reports* 2015, p. 602, párr. 26.

<sup>31</sup> Sobre estas últimas, véase TORRES BERNÁRDEZ, S., «Are Prior Negotiations a General Condition for Judicial Settlement by the International Court of Justice?», en BAREA, C. et al. (eds.), *Liber Amicorum «In Memoriam» of José María Ruda*, La Haya, Kluwer Law, 2000, p. 508.

<sup>32</sup> *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, *supra*, nota 3, p. 444, párr. 52.

<sup>33</sup> *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, Sentencia de 1 de abril de 2011, *ICJ Reports* 2011, p. 63, párr. 100 y p. 120, párr. 113.

las *obligaciones nucleares*, en las que la Corte ha analizado dos declaraciones formuladas por las Islas Marshall en foros multilaterales —si bien concluyendo que, dados sus términos, ninguna de ellas podía justificar la existencia de una controversia en el caso concreto—. Para ello citó *Georgia c. Rusia*, otro precedente en el que se analizaron intercambios mantenidos en órganos de Naciones Unidas<sup>34</sup>.

25. Pero ahí no termina el antiformalismo de la Corte. Ante la eventualidad de que un demandado ignore la reclamación de un demandante, o incluso de que las partes no hayan mantenido contacto relevante alguno, la CIJ ha admitido la determinación de la existencia de una controversia por *inferencia*, es decir, en base al comportamiento de las partes.

Es lo que sucedió durante el procedimiento escrito y oral en el *Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, donde el demandado evitó precisar sus pretensiones respecto de los 1.600 kilómetros de frontera entre ambos países, más allá de ciertos territorios fronterizos respecto de los cuales el desacuerdo entre ambas partes era manifiesto<sup>35</sup>. Curiosamente, la Corte no fundamentó su conclusión en ciertos incidentes fronterizos invocados por el demandante, sino en la combinación del silencio total del demandado hacia dicha cuestión y su crítica de los tratados invocados por Camerún para justificar sus pretensiones territoriales<sup>36</sup>.

26. La norma sobre la inferencia de la controversia ha sido recientemente aplicada en el *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos* y en las tres sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*, con resultados ambivalentes. En la primera (que concierne a un asunto todavía pendiente) la Corte estimó que, en el momento de presentarse la demanda, Colombia «tenía conocimiento» de que Nicaragua consideraba que sus acciones constituían una violación de la frontera marítima delimitada en 2012 por la Corte (debido, en particular, a la promulgación de un decreto relativo al territorio litigioso y ciertas acciones de patrullaje del mismo)<sup>37</sup>. En las segundas, la Corte no necesitó referirse a la conducta de los demandados respecto de la negociación del desarme nuclear, pues en todo caso entendió que las Islas Marshall en ningún momento habían objetado dicha conducta con suficiente claridad<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párr. 46.

<sup>35</sup> Se trataba en particular de Darak y las islas adyacentes, así como la península de Bakassi.

<sup>36</sup> *Asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, *supra*, nota 26, pp. 313-317, párrs. 84-93. Se trataba, en todo caso, de uno de esos supuestos donde no es posible determinar con claridad si el problema de fondo era la existencia de una controversia o el contenido de la misma.

<sup>37</sup> También se habían emitido declaraciones por parte de representantes nicaragüenses en relación con el cumplimiento por parte de Colombia con la sentencia de 2012 de la CIJ: véase *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos (Nicaragua c. Colombia)*, *supra*, nota 3, pp. 31-33, párrs. 67-73.

<sup>38</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párr. 52.

### 2.3. Formalismo: una tendencia *in crescendo*

27. Como contrapunto de esta línea jurisprudencial, sentencias recientes apuntan a la existencia de límites a la actitud flexible recién comentada, evidenciando un cierto formalismo judicial —término que en esta sección debe entenderse desprovisto de connotaciones negativas—. Dichos límites se han ido formulando en relación con tres elementos: la necesidad de la existencia de una «oposición positiva» de puntos de vista entre las partes, el criterio del «conocimiento» de la existencia de la controversia y la relevancia de los intercambios procesales entre las partes.

#### 2.3.1. La necesidad de una «oposición positiva» de puntos de vista

28. Fue por primera vez en el dictamen consultivo de 30 de marzo de 1950 sobre la *Interpretación de los Tratados de paz concluidos entre Bulgaria, Hungría y Rumanía* que la Corte se expresó en estos términos:

«[t]here has [...] arisen a situation in which the two sides hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain treaty obligations»<sup>39</sup>.

29. Si bien se podría interpretar que se estaba limitando a describir la situación, unos años más tarde la Corte dejó más claro (si cabe) que no era el caso. En efecto, en su sentencia de 1962 sobre el *Asunto del Sudoeste Africano*, la Corte dejó patente que la «oposición» de puntos de vista era un verdadero criterio jurídico que delimitaba la amplia definición *Mavrommatis*, indicando que ni puede únicamente confiar en las posturas de las partes respecto de la existencia o inexistencia de la controversia, ni basta con constatar que hay un conflicto de «intereses» entre estas. Por el contrario, a fin de determinar que se ha satisfecho el requisito, se exigió que la reclamación de una parte sea «positivamente opuesta por la otra» (*positively opposed by the other*)<sup>40</sup>.

30. Esta nueva fórmula permitió distinguir netamente entre «controversias» reales y meras «tensiones internacionales» o «situaciones» (excluyendo estas últimas de la competencia de la Corte)<sup>41</sup>, pero quedó sin explicar. Mientras que la «oposición» de puntos de vista parecía sugerir la necesidad de una contradicción de opiniones, la CIJ no aclaró si es necesario algún tipo de interacción efectiva, bien sea por medio de declaraciones cruzadas o por medio de la crítica a una conducta que la otra parte considera conforme a Derecho.

<sup>39</sup> *Interpretación de los Tratados de Paz concluidos entre Bulgaria, Hungría y Rumanía*, *supra*, nota 29, p. 74 (redonda añadida).

<sup>40</sup> *Asunto del Sudoeste Africano (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, objeciones preliminares, *supra*, nota 10, p. 328.

<sup>41</sup> REMIRO BROTONS, A. *et al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 670-671; SOBRINO HEREDIA, J. M., «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (II)», en DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 942-943.

Que ello es el caso, podría inferirse quizá del término «positivo» (aunque este puede ser interpretado de múltiples maneras) o de la interpretación del Juez Morelli en su opinión disidente en el caso<sup>42</sup>. Posteriormente volveremos a esta cuestión.

### 2.3.2. *El «conocimiento» de la existencia de la controversia*

31. Las recientes sentencias sobre las *obligaciones nucleares* se han referido a un nuevo (y controvertido) criterio: el «conocimiento» por el demandado de las pretensiones jurídicas opuestas del demandante.

Recordemos que, ante la Corte, las Islas Marshall invocaban una serie de elementos de prueba que, a su entender, demostraban la existencia de una controversia antes incluso de presentarse la demanda. El principal consistía en dos declaraciones formuladas en foros multilaterales<sup>43</sup>. La primera tiene por fecha el 26 de septiembre de 2013 y fue pronunciada por el ministro de Asuntos Exteriores en una Reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el desarme nuclear:

*«We argue all nuclear weapons states to intensify efforts to address their responsibilities in moving towards an effective and secure disarmament».*

La segunda tiene por fecha el 24 de abril de 2014 y fue formulada por el representante de las Islas Marshall en la Segunda Conferencia sobre el impacto humanitario de las armas nucleares celebrada en Nayarit (México):

*«[T]he Marshall Islands is convinced that multilateral negotiations on achieving and sustaining a world free of nuclear weapons are long overdue. Indeed we believe that States possessing nuclear arsenals are failing to fulfil their legal obligations in this regard. Immediate commencement and conclusion of such negotiations is required by legal obligation of nuclear disarmament resting upon each and every State under Article VI of the Non-Proliferation Treaty and customary international law».*

32. La Corte rechazó que ambas declaraciones probaran la existencia de una controversia entre las partes, bien por separado o interpretadas conjuntamente<sup>44</sup>. Se valió para ello de la falta de «conocimiento» por los demandados de las pretensiones jurídicas opuestas del demandante. En sus propias palabras:

<sup>42</sup> Para quien lo esencial es una «manifestación de voluntad» por una de las partes [*Asunto del Sudoeste Africano (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*], objeciones preliminares, *supra*, nota 10, pp. 567-568, párrs. 2-3]. Véase también la Opinión individual del Juez Owada en las sentencias sobre las *obligaciones nucleares* (*supra*, nota 2, párr. 7) y KOLB, R., *loc. cit.*, nota 4, p. 100.

<sup>43</sup> El segundo elemento fue la propia presentación de la demanda ante la Corte, que para las Islas Marshall era constitutiva de una controversia internacional. Y, por último, el tercer elemento era la conducta de los demandados relativa al desarme nuclear (y en el caso de Pakistán y Reino Unido, relativa a la *negociación* del desarme nuclear) antes y después de dicho momento.

<sup>44</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párr. 48.

«The evidence must show that the parties “hold clearly opposite views” with respect to the issue brought before the Court [...]. As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were “positively opposed” by the applicant»<sup>45</sup>.

33. En otra parte de las sentencias, la CIJ retomó un planteamiento formulado en *Georgia c. Rusia*, indicando que una declaración solo puede dar lugar a una controversia si se refiere a la materia en cuestión «with sufficient clarity to enable the State against which [that] claim is made to identify that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter»<sup>46</sup>. En consecuencia, explicó que el tema de la Conferencia de Nayarit no era tanto el desarme nuclear, sino el impacto humanitario de las armas nucleares. Pero, sobre todo, se refirió al *contenido* de la declaración de Nayarit, que según la Corte no especificaba qué conducta concreta del demandado justificaba las acusaciones formuladas por las Islas Marshall. Este último aspecto fue considerado a la luz de las circunstancias particulares, dado que las tres demandas criticaban un patrón de conducta que había perdurado durante años sin que el demandante hubiera formulado protesta alguna<sup>47</sup>.

### 2.3.3. *La limitada relevancia de los intercambios procesales entre las partes*

34. El nuevo criterio del «conocimiento» de las pretensiones de la otra parte no hubiera bastado para desestimar las tres demandas si se hubiera aceptado la alegación marshalesa según la cual una demanda equivale a una notificación de la existencia de una controversia. El demandante invocó a este respecto la tradicional laxitud de la Corte en cuanto al cumplimiento de requisitos formales que pueden subsanarse con facilidad (lo que el Juez Crawford denominó el «principio *Mavrommatis*»)<sup>48</sup>, así como la metodología aplicada en ciertas sentencias<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 38 (redonda añadida).

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 46, en referencia a *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, *supra*, nota 33, párr. 30.

<sup>47</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párr. 47. En el caso de India, el demandado invocó durante las audiencias orales sus numerosas iniciativas en foros multilaterales a favor de negociar el desarme nuclear; sin embargo, la Corte no dio relevancia al argumento (más detalles en las Opiniones individuales del Vicepresidente Yusuf, párrs. 25-32 y del Juez Bhandari, párrs. 1-50). Y, por último, el Reino Unido esgrimió su ausencia de la conferencia de Nayarit como justificación de su ignorancia de la reclamación de las Islas Marshall. La Corte no consideró decisivos estos argumentos; véase en todo caso CR 2016/3, pp. 19-20, párrs. 23-26 y pp. 26-27, párrs. 42-44 (Bethlehem) y CR 2016/7, pp. 18-19, párrs. 32-35 (Bethlehem).

<sup>48</sup> Conforme al mismo, «[t]he Court, whose jurisdiction is international, is not bound to attach to matters of form the same degree of importance they might possess in municipal law»: véase *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, *supra*, nota 15, p. 34. La regla fue refinada en *Croacia c. Serbia*, en el contexto de una demanda presentada cuando el demandado no era

(Véase nota 49 en página siguiente)

## 35. La Corte respondió de la siguiente manera:

*«In principle, the date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court [...].*

*Conduct subsequent to the application (or the application itself) may be relevant for various purposes, in particular to confirm the existence of a dispute [...] to clarify its subject-matter [...] or to determine whether the dispute has disappeared as of the time when the Court makes its decision [...].*

*However, neither the application nor the parties' subsequent conduct and statements made during the judicial proceedings can enable the Court to find that the condition of the existence of a dispute has been fulfilled in the same proceedings [...]. If the Court had jurisdiction with regard to disputes resulting from exchanges in the proceedings before it, a respondent would be deprived of the opportunity to react before the institution of proceedings to the claim against its own conduct. Furthermore, the rule that the dispute must in principle exist prior to the filing of the application would be subverted»<sup>50</sup>.*

36. Más adelante se discutirán los detalles de este razonamiento, cuestionado por varios jueces que entendían que debería permitirse que una controversia *in statu nascendi* como la planteada por las Islas Marshall pudiera cristalizar mediante la presentación de una demanda<sup>51</sup>. Por el momento, basta con comprobar que la solución de la Corte trató de evitar la paradoja según la cual, si los requisitos formales deben reunirse «en principio» cuando la demanda es recibida por la Secretaría («principio *Mavrommatis*»), permitir que la mera comunicación de la demanda cree una controversia tornaría superfluo todo análisis de la cuestión (y con ello la jurisprudencia en la materia)<sup>52</sup>.

### 3. ¿FORMALISMO SIN CAUSA? CONTROVERSIA INTERNACIONAL Y FUNCIÓN JUDICIAL DE LA CORTE

37. Una vez identificados los hitos de la jurisprudencia en la materia, se hace necesario responder a los interrogantes planteados en la introducción

---

todavía parte en el Estatuto de la Corte, al señalarse que «*the Court, like its predecessor, has also shown realism and flexibility in certain situations in which the conditions governing the Court's jurisdiction were not fully satisfied when proceedings were initiated but were subsequently satisfied, before the Court ruled on its jurisdiction*»: véase *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, Sentencia de 18 de noviembre de 2008 sobre objeciones preliminares, *ICJ Reports* 2008, p. 438, párr. 81.

<sup>49</sup> Tales como *Ciertas propiedades (Liechtenstein c. Alemania)*, *Camerún c. Nigeria* y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavia)*. Más detalles en *infra*, nota 91.

<sup>50</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párrs. 40-41.

<sup>51</sup> Véase, por todos, la Opinión disidente del Juez Crawford: «*[t]o put it at its lowest, there was an incipient dispute between the Marshall Islands and the nuclear-weapon States at the time of Nayarit [...] by the time of Nayarit, by stages, tentatively, but in time, the Marshall Islands had associated itself with one side of that multilateral disagreement, revealing sufficiently for present purposes a claim in positive opposite opposition to the conduct and claims of the nuclear-weapons States, including the respondent State*» (párr. 25).

<sup>52</sup> Argumento compartido por el Juez Crawford (*ibid.*, párr. 24). Véase también GROSS, L., *Essays on International Law and Organization*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, p. 1055.

a este trabajo, relativos al fundamento de la jurisprudencia más reciente de la Corte. Ello se hará mediante la evaluación de los requisitos que fijan el mínimo común denominador de la noción de controversia internacional (a su vez, los más controvertidos): el criterio del conocimiento y la necesidad de que esta surja antes de la demanda. Respecto del primero, se explicará que no es ni tan novedoso, ni tan subjetivo, ni tan formalista como se ha sugerido. En relación con el segundo (pieza clave de las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*) se intentará explicar su conexión con la protección de la función judicial de la Corte en relación con demandas unilaterales. Para ello, se abordarán los posibles motivos que han llevado a la Corte a rechazar la posibilidad de que una controversia «cristalice» mediante una demanda.

### 3.1. El criterio del «conocimiento»: tentativa de justificación

#### 3.1.1. *No tan novedoso: el conocimiento en la jurisprudencia previa de la Corte*

38. Son numerosas las voces según las cuales el nuevo criterio del «conocimiento» de la existencia de una controversia no encuentra acomodo en la jurisprudencia previa de la Corte<sup>53</sup>. A decir verdad, la sección relativa al Derecho aplicable de las sentencias sobre las *obligaciones nucleares* sugiere lo que Prosper Weil ha denominado «la ficción del *continuum* jurisprudencial», o la aparente existencia de una jurisprudencia constante allá donde, en realidad, no la hay<sup>54</sup>. Ello no implica, sin embargo, que el criterio del conocimiento (entre otros elementos de las sentencias) sea una creación de la Corte. Por el contrario, en mi opinión, la Corte desarrolla su jurisprudencia anterior en función de las circunstancias planteadas en el caso concreto. Ello es así no solo porque el «conocimiento» de las pretensiones del demandante haya sido considerado ya en dos sentencias recientes, sino también (y sobre todo) por-

<sup>53</sup> Así, para el Vicepresidente Yusuf, a la Corte le hubiera bastado con aplicar el test de la «oposición positiva» (Opinión particular, párr. 16). Para el Juez Cançado Trindade, el nuevo criterio «*undermin[es] the Court's] own ability to infer the existence of a dispute from the conflicting courses of conduct of the contending parties*» (Opinión disidente, párr. 19). Según la Jueza Sebutinde, «*[t]his new test is not only alien to the established jurisprudence of the Court but also directly contradicts what the Court has stated in the past and with no convincing reasons*» (Opinión disidente, párr. 30). Para el Juez Robinson, «*[t]he paragraphs relied upon by the Majority as establishing awareness as a criterion of a dispute should be contrasted with the establishment of an "awareness" or "knowledge" test in other decisions of the Court, and the care the Court takes in setting up a test of this nature*» (Opinión disidente, párr. 35). El Juez Crawford afirmó que «*[w]hile the term "awareness" has sometimes been used in other cases in deciding whether there was a dispute, it has never been stated as a legal requirement, only as a description of the factual situation*» (Opinión disidente, párr. 6). Según el Juez *ad hoc* Bedjaoui la Corte «*se couvre aujourd'hui des nuages menaçants de la décision de 2011, pourtant fondée sur une clause compromissoire facultative, de sorte qu'une ambiguïté certain brouille le panorama*» (Opinión disidente, párr. 25). Incluso el Presidente Abraham consideró que, antes de la sentencia *Georgia c. Rusia*, la Corte era menos rigurosa en la definición de la existencia de una controversia, y que la presente sentencia sigue la línea jurisprudencial más reciente (Declaración, párr. 4).

<sup>54</sup> WEIL, P., *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, París, Pédone, 1994, p. 15.

que es la premisa lógica de la aceptada caracterización de las controversias internacionales como «oposición positiva» de puntos de vista.

39. En efecto, la necesidad de que el demandado conozca el punto de vista contrario de la otra parte (formalizado en las sentencias de 2016) hunde sus raíces en la sentencia sobre el *Sudoeste Africano*, que ya recogía el nudo gordiano del criterio<sup>55</sup>. Como indica el Juez Owada en su opinión individual adjunta a las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*:

«[i]n international relations between States, as is so often the case between individuals, States frequently adopt different or divergent opinions on a given issue. Such differences or divergences, even when they are well established, do not ipso facto represent a legal dispute of which a court of law can be seized for adjudication [...] It is this positive opposition manifested between the parties which transforms a mere factual disagreement into a legal dispute susceptible of adjudication»<sup>56</sup>.

En un contexto multilateral en donde se intercambian a diario puntos de vista jurídicos en foros y conferencias internacionales, no puede haber «oposición positiva» de puntos de vista si la reclamación de una parte no «alcanza» *como tal* a la otra, quedando así las opiniones divergentes de las partes como barcos que se cruzan de noche<sup>57</sup>.

40. Además, la «oposición positiva» de puntos de vista requiere que la reclamación tenga un nivel mínimo de concreción para que el demandado pueda tener constancia («conocimiento») de qué conducta es considerada contraria a Derecho<sup>58</sup>. El nivel de concreción de la reclamación dependerá de las circunstancias. De las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares* parece desprenderse que, en contextos multilaterales, no basta ni con que el demandante forme parte de un grupo de Estados opuestos a la conducta del demandado, ni con el sentido de su voto respecto de resoluciones relevantes en la materia (elemento acogido con escepticismo por la Corte pero que, no está de más afirmar, fue bastante errático en el caso de las Islas Marshall)<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> *Contra*, BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, pp. 14-15. Este autor se refiere a las circunstancias particulares del caso, obviamente diferentes a las de las planteadas por las Islas Marshall. A mi juicio ello no impide considerar la relevancia de una sentencia que se refería a la noción de controversia de manera general, al margen de la cuestión particular del interés de los demandantes en actuar ante la Corte.

<sup>56</sup> Opinión individual del Juez Owada, párr. 6.

<sup>57</sup> Michael Becker pregunta a este respecto: de lo contrario, «*what is the difference between views that are "positively opposed" and the mere existence of "opposing views"?*» (*loc. cit.*, nota 4, p. 14).

<sup>58</sup> Como acertadamente explica la Jueza Donoghue en su Opinión individual, el problema planteado en los asuntos relativos a las Islas Marshall no es tanto el conocimiento por parte del demandado de las *declaraciones* formuladas por el demandante (que la Corte asume), sino si dichas declaraciones se referían con suficiente claridad a la problemática planteada en La Haya (párr. 8). *Contra*, la Opinión disidente de la Jueza Sebutinde (párr. 26) y PALESTINI, L., *loc. cit.*, nota 4, p. 566.

<sup>59</sup> En efecto, después de votar a favor durante años, entre los años 2003 y 2012 las Islas Marshall cambiaron el rumbo, avalando solo una vez (en 2004) la resolución anual de la Asamblea General relativa al Dictamen consultivo sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* que reclama a los Estados comenzar las negociaciones sobre desarme nuclear. En el resto de ocasiones (ocho) se abstuvieron, e incluso en el año 2003 votaron en contra (más detalles en la opinión particular del Juez Bhandari, párr. 36). Los demandados tomaron buena nota de dicho patrón de voto para apoyar sus argumentos: véase, en particular, CR 2016/4, p. 18, párr. 11 (Gill).

41. Otro factor a tener en cuenta es el temporal, sobre todo si la conducta del demandado se produce durante un largo periodo de tiempo sin que el demandante se pronuncie al respecto. Como afirman las tres sentencias, «[s]uch a specification would have been particularly necessary if, as the Marshall Islands contends, the Nayarit statement as aimed at invoking the international responsibility of the Respondent on the grounds of a course of conduct which had remained unchanged for many years»<sup>60</sup>.

42. Por todo ello, en mi opinión, el conocimiento del punto de vista opuesto del demandante es la premisa lógica de la «oposición manifiesta» de puntos de vista. Al margen de que se compartan o no las conclusiones de la Corte respecto de la declaración de Nayarit, resulta difícil cuestionar la formulación de tal criterio. No es casualidad que, en un posible lapsus al que la Corte no prestó atención, las Islas Marshall utilizaran el término en cuestión precisamente para explicar las consecuencias de sus propias declaraciones sobre los demandados<sup>61</sup>.

43. Pero aún hay más: las sentencias sobre objeciones preliminares dictadas en *Georgia c. Rusia* y *Nicaragua c. Colombia* (y, en menor medida, *Bélgica c. Senegal*) hacían presagiar la relevancia del test del «conocimiento», pues en la primera la Corte se refirió al conocimiento por parte de Rusia de ciertos planteamientos o iniciativas georgianas en su análisis de los intercambios entre las partes<sup>62</sup>; y en la segunda se concluyó que «*Colombia was aware that its enactment of Decree 1946 and its conduct in the maritime areas declared by the 2012 Judgment to belong to Nicaragua were positively opposed by Nicaragua*»<sup>63</sup> (aunque la utilización de esta última decisión no está exenta de controversia, porque se dictó al día siguiente de terminar las audiencias orales en los asuntos relativos a las *obligaciones nucleares*)<sup>64</sup>.

44. Ciertamente, en ambas decisiones el criterio entró por la puerta de atrás de la aplicación del derecho a las particulares del caso, y no por la puerta de entrada de la formulación del derecho aplicable (es lo que llevó a varios jueces a estimar que dicho requisito era una constatación fáctica en lugar de un criterio jurídico)<sup>65</sup>. Pero a mi modo de ver, la distinción no es relevante:

<sup>60</sup> *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India)*, *supra*, nota 2, párr. 47.

<sup>61</sup> *Statement of Observations of the Marshall Islands re Preliminary Objections Raised by the United Kingdom*, de 15 de octubre de 2015, párr. 41.

<sup>62</sup> *Aplicación de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Rusia)*, *supra*, nota 33, p. 63, párr. 100 y p. 120, párr. 113.

<sup>63</sup> *Asunto sobre las supuestas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos (Nicaragua c. Colombia)*, *supra*, nota 3, pp. 32-33, párr. 73. *Contra*, PALESTINI, L., *loc. cit.*, nota 4, párr. 565 (por razones que no me parecen convincentes). Respecto a *Bélgica c. Senegal*, la Corte no argumentó en términos de «conocimiento» su desestimación de las pretensiones de Bélgica respecto de ciertas obligaciones consuetudinarias relacionadas con la prohibición de la tortura. Aun así, a mi entender, dicha sentencia tiene cierta relevancia. Como afirmó el entonces Juez Abraham en su Opinión individual, «*le différend relatif au droit conventionnel s'était manifesté, par les échanges entre les Parties, avant même l'introduction de la requête, tandis que le différend relatif au droit coutumier ne s'est manifesté que par leurs échanges devant la Cour*» (*supra*, nota 3, párr. 12, redonda añadida).

<sup>64</sup> PROUXL, V.-J., *loc. cit.*, nota 4, p. 12.

<sup>65</sup> Véase, por todas, la Opinión disidente del Juez Crawford, párr. 6.

que un criterio se formule de uno u otro modo, lo importante es su aplicación a la resolución del caso; eso es algo que la Corte hizo en ambas sentencias<sup>66</sup>.

45. Se ha argumentado también que la sentencia *Georgia c. Rusia* versaba sobre una cláusula jurisdiccional cuyas condiciones no son aplicables a una cláusula facultativa<sup>67</sup>. Aunque relevante, no me parece un argumento definitivo. Que una condición se refiera a una cláusula jurisdiccional que limita la competencia de la Corte a cierto tipo de controversias no implica su exclusión automática de otros supuestos cuando hay *ratio legis*<sup>68</sup>. Desde esta perspectiva, resulta justificado aplicar a las cláusulas facultativas del art. 36.2 del Estatuto el requisito (planteado en *Georgia c. Rusia* respecto de una cláusula jurisdiccional) según el cual los intercambios entre las partes deben ser lo suficientemente claros como para que el demandado pueda deducir de ellos las pretensiones de la otra parte<sup>69</sup>.

### 3.1.2. *No tan subjetivo: conocimiento y «estado mental» del Estado*

46. Otro de los planteamientos esgrimidos contra el test del «conocimiento» se refiere a su subjetividad, en el sentido de que dicho criterio requiere indagar (en palabras de una jueza disidente), «into the “mind” of a respondent State in order to find out about its state of awareness»<sup>70</sup>.

47. Antes de analizarse el argumento, es necesaria una aclaración. Las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares* no establecen, a mi modo de ver, un criterio que requiera ser considerado de manera constante por la Corte<sup>71</sup>. Por el contrario, en la práctica, esta solo deberá valorar la existencia de «conocimiento» cuando así lo requieran las circunstancias —por ejemplo, porque el demandado cuestiona la existencia de una controversia ante la falta de interacción previa entre las partes—; así parecen confirmarlo recientes autos sobre medidas provisionales<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Véase también la Sentencia arbitral de 18 de marzo de 2015 en el *Asunto de la República de Mauricio c. Reino Unido*, no publicada todavía, párr. 382 (disponible en <https://www.pcacases.com/web/view/11>, 20 de noviembre de 2017): «[i]n the Tribunal's view, Article 283 [of UNCLOS] requires that a dispute have arisen with sufficient clarity that the Parties were aware of the issues in respect of which they disagreed».

<sup>67</sup> Véase, en particular, la Opinión disidente del Juez Bennouna (sin párrafos).

<sup>68</sup> Ya lo hizo la CPII en *Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria)*, *supra*, nota 3, p. 83, en relación con el elemento temporal que será analizado *infra*.

<sup>69</sup> En el mismo sentido: véase SERENI, A. P., *Diritto internazionale IV. Conflitti internazionali*, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 1589-1590. *Mutatis mutandis*, véase también KDHIR, M., *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, 2.<sup>a</sup> ed., Bruselas, Bruylant, 2000, p. 129.

<sup>70</sup> Opinión disidente de la Jueza Sebutinde, párr. 31.

<sup>71</sup> *Contra*, BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, p. 14.

<sup>72</sup> *Asunto Jadhav (India c. Pakistán)*, Auto de 18 de mayo de 2017 (no publicado todavía), párr. 29; *Aplicación de la Convención Internacional para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Rusia)*, Auto de 19 de abril de 2017 (no publicado todavía), párrs. 22-23 e *Inmunidades y procedimientos penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*, Auto de 7 de diciembre de 2016 (no publicado todavía), párrs. 47 y 66.

48. Ya en relación con el supuesto carácter «subjetivo» del test del conocimiento, debe anotarse en primer lugar el doble componente del criterio. Bajo la fórmula abreviada de «conocimiento» se esconde en realidad un doble test escalonado. El primero, y más exigente, es el del conocimiento en sentido estricto por parte del demandado de las pretensiones contrarias del demandante. Si este no se cumple, todavía es posible satisfacer el segundo test de la «imposibilidad de que el demandado pudiera desconocer» («*could not have been unaware, ne pouvait ne pas avoir connaissance*») las pretensiones del demandante. Este último test es puramente objetivo.

49. Respecto de la primera parte del test, es indudable que la valoración del nivel de conocimiento por parte de un Estado de una pretensión jurídica «opuesta» ofrece un amplio margen de apreciación judicial, como se ha podido apreciar en las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*<sup>73</sup>. Pero ello no excluye el carácter objetivo de la *determinación* por parte de la Corte del conocimiento de la existencia de una controversia, pues, como apunta uno de los jueces disidentes, «*it is [...] perfectly posible to conduct an objective examination of a subjective factor*»<sup>74</sup>. En efecto, la Corte no necesita apreciar el estado de «consciencia» del Estado respecto de una situación (como quizá pudiera deducirse de una traducción errónea del término inglés *awareness*)<sup>75</sup>, sino que efectuará una evaluación objetiva del mensaje comunicado a la luz de las circunstancias de hecho, tal y como hizo la Corte en las sentencias *Nicaragua c. Colombia y obligaciones nucleares*.

50. La determinación del «conocimiento» del Estado de un determinado hecho o situación no es ajena al Derecho internacional. Los artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado incorporan el «conocimiento» (*awareness*) como criterio jurídico en los arts. 16.a) y 18 en relación con la responsabilidad por ayuda, asistencia y coerción, respectivamente<sup>76</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido a la «imposibilidad de ignorar» a efectos de determinar la responsabilidad del Estado *ex art. 4* de la Carta de Derechos Fundamentales por el traslado de un solicitante de asilo a otro Estado miembro donde corre el riesgo de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes<sup>77</sup>. Asimismo, la «imposibilidad de desconocer» fue

<sup>73</sup> La Corte dispone de un margen similar para determinar la materia de la controversia, una cuestión que, como es sabido, puede ser decisiva para su competencia: véanse *Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, *supra*, nota 30, p. 609, párr. 50, y *Competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá)*, Sentencia de 4 de diciembre de 1998, *ICJ Reports* 1998, p. 467, párr. 87.

<sup>74</sup> Opinión disidente del Juez Robinson, párr. 25.

<sup>75</sup> Aunque no es la auténtica, la versión francesa de las sentencias aclara el término de la versión inglesa.

<sup>76</sup> Según el cual la responsabilidad internacional por ayuda o asistencia solo puede producirse cuando el Estado «[l]o hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito» [artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la CDI*, 2001, vol. II, Parte II, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2)]. En relación con dicho test, véase GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 263-270 y las referencias allí citadas.

<sup>77</sup> Asunto C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, párr. 94.

decisiva en el *Asunto sobre el estrecho de Corfú* en relación con la responsabilidad de Albania por la colocación de minas que afectaron a dos buques de guerra británicos y su tripulación<sup>78</sup>.

### 3.1.3. *No tan formalista: la prueba del conocimiento*

51. Como ya se ha indicado, es en la crítica al formalismo de la Corte donde más convergen las opiniones de jueces disidentes y comentaristas. En general, se considera que el criterio del conocimiento equivale de hecho a requerir una notificación al Estado demandado, lo que contradice la jurisprudencia según la cual ni la notificación de la intención de iniciar un procedimiento judicial ni la protesta diplomática formal son necesarias para la existencia de una controversia<sup>79</sup>.

52. Además, se cuestiona la evaluación por la Corte del factor temporal, que fue decisivo de las citadas sentencias. En este sentido, se discrepa de la necesidad de que la controversia cristalice antes de la demanda para que el requisito se cumpla. Dicho argumento se fundamenta en dos motivos: por un lado, que la jurisprudencia de la Corte solo indica que la controversia debe «en principio» existir en el momento de la demanda<sup>80</sup>; por otro, que la Corte ha sido siempre flexible en relación con el cumplimiento de requisitos formales que pueden satisfacerse una vez iniciado un procedimiento («principio *Mavrommatis*»)<sup>81</sup>; tanto más cuanto que, en el caso de las Islas Marshall, la presentación de la demanda subsanó el defecto formal<sup>82</sup>.

53. A mi juicio, requerir que se conozca o no se pueda ignorar una controversia no equivale de hecho a requerir una notificación. Obviamente, comunicar por la vía diplomática el desacuerdo con otro Estado resolverá, o al menos facilitará la labor (aún más si cabe cuando las partes intentan lograr una solución negociada antes de someter la controversia al arreglo judicial)<sup>83</sup>. Pero ello no implica que la jurisprudencia más reciente haya renunciado a la regla según la cual no es necesario un intercambio formal entre las partes, pues todo dependerá de las circunstancias. Así lo confirma la sentencia

<sup>78</sup> *Asunto sobre el estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, Sentencia de 9 de abril de 1949, *ICJ Reports* 1949, pp. 22-23. También *Asunto anglo noruego de pesquerías (Reino Unido c. Noruega)*, Sentencia de 18 de diciembre de 1951, *ICJ Reports* 1951, p. 139.

<sup>79</sup> BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, p. 10.

<sup>80</sup> Como se explica en detalle en la Opinión individual del Juez Tomka (párr. 15).

<sup>81</sup> *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, *supra*, nota 14, p. 34, y *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio (Croacia c. Serbia)*, *supra*, nota 48, p. 438, párr. 81 y p. 441, párr. 85.

<sup>82</sup> En este sentido, las sentencias no son fáciles de explicar desde un punto de vista de la economía judicial, pues el demandante habría podido plantear una nueva demanda ante la Corte. Indudablemente, las sentencias se habrían beneficiado de un análisis de las objeciones preliminares formuladas por los demandados, como sugieren los Jueces Gaja y Bhandari.

<sup>83</sup> Véase, entre otros muchos, WELLENS, K., *Economic Conflicts and Disputes Before the World Court (1922-1995). A Functional Analysis*, La Haya/Boston/Londres, Kluwer Law International, 1996, p. 16.

de 2016 en *Nicaragua c. Colombia*, en la que, recordemos, por un lado la ausencia de notificación previa no impidió la existencia de una controversia relativa a los derechos soberanos del demandante en ciertas zonas del Mar del Caribe; y, por otro, se consideró que no existía una controversia relativa a las supuestas violaciones colombianas de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza.

54. En consecuencia, la aproximación poco formalista del Juez Morelli, integrada por la Corte en la citada *Camerún c. Nigeria*, sigue a mi juicio siendo aplicable:

«*the dispute may result from a claim by one of the parties followed either by the denial of that claim by the other party or by a course of conduct by the other party contrary to the claim. But there may also be a dispute resulting first of all from a course of conduct by one of the parties against which the other party raises a protest*»<sup>84</sup>.

Esta tesis se aplica en particular a las controversias bilaterales de larga data, en las cuales es incluso factible asumir que una determinada conducta no objetada expresamente no pueda ser ignorada como susceptible de oposición jurídica por la otra parte —eventualidad cada vez menos probable en la era Twitter—. Una conclusión similar parece aplicable a una controversia que pueda concernir a un grupo reducido de Estados.

55. En cuanto a las controversias multilaterales<sup>85</sup>, después de las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*, parece razonable inferir que se requerirá algo más del demandante a efectos de razonar satisfecho el requisito de existencia de una demanda, pues este no podrá ampararse únicamente en patrones de voto en la AGNU ni en la conducta del demandado, al menos cuando estemos ante una conducta continuada por parte del demandado que no fue objeto de protesta. Se trata de un efecto colateral de la no exigencia de perjuicio material *individualizable* como requisito de admisibilidad de una demanda relativa a una obligación *erga omnes*<sup>86</sup>; criterio afortunadamente abandonado por la Corte, pero cuya ausencia requiere que se señale el desacuerdo con mayor claridad a la otra parte.

56. En síntesis, en las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*, la Corte ha buscado *bilateralizar* un contexto multilateral, encauzando de esta manera su (indiscutible) competencia para resolver controversias multilate-

<sup>84</sup> Opinión disidente en el *Asunto del Sudoeste Africano (Etiopía c. Sudáfrica y Liberia c. Sudáfrica)*, objeciones preliminares, *supra*, nota 10, párr. 4. No está de más citar la opinión disidente del Juez *ad hoc* Caron en *Nicaragua c. Colombia*, quien discrepó abiertamente de la aproximación anti-formalista de la Corte a las circunstancias del caso (pp. 19-23, párrs. 80-82).

<sup>85</sup> Por controversia multilateral, me refiero a aquella que interesa a la comunidad internacional en su conjunto y cuya resolución puede depender de una acción conjunta de un grupo de Estados o de una organización internacional. Sobre los tratados que regulan este tipo de materias, véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J. y ABEGÓN, M., «El concepto y efectos de los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional», *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 167-193. Sobre las controversias cuya resolución depende de una acción conjunta de varios Estados, véase *supra*, nota 8.

<sup>86</sup> Como se recuerda en la Opinión disidente del Juez Crawford (párrs. 20-21).

rales<sup>87</sup>. Dicha «bilateralización» se tendrá que producir con un nivel mínimo de concreción, de manera que el demandado conozca o no pueda ignorar qué conducta se le imputa y qué obligaciones jurídicas se invocan en su contra; la forma no es decisiva, sino que es un elemento más a tener en cuenta<sup>88</sup>.

### 3.2. El elemento temporal de la controversia internacional y la función judicial de la Corte: tentativa de explicación

57. En las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*, la Corte ha justificado la fijación de límites temporales al requisito de la existencia de la controversia en torno a un argumento de justicia procesal. Recordémoslo:

«[i]f the Court had jurisdiction with regard to disputes resulting from exchanges in the proceedings before it, a respondent would be deprived of the opportunity to react before the institution of proceedings to the claim against its own conduct. Furthermore, the rule that the dispute must in principle exist prior to the filing of the application would be subverted»<sup>89</sup>.

58. Este fragmento ha sido cuestionado desde dos puntos de vista.

Por un lado, en conexión con el citado «principio *Mavrommatis*», se ha argumentado que contradice una serie de sentencias anteriores en las que se justificó la existencia de una controversia en base a los intercambios *procesales* mantenidos por las partes<sup>90</sup>. Aunque relevante, el argumento no nos parece concluyente, pues ni la jurisprudencia previa es clara<sup>91</sup>, ni el «principio *Mavrommatis*» debe aplicarse a una condición formal que protege al demandado *antes* de incoarse un procedimiento (como tampoco debe aplicarse, por ejemplo, a una cláusula jurisdiccional que requiera intentar negociar, por el simple hecho de que los intercambios entre las partes ante la Corte eviden-

<sup>87</sup> PROUXL, V.-J., *loc. cit.*, nota 4, p. 8.

<sup>88</sup> *Contra*, BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, p. 10, y GALINDO, G. R. B., *loc. cit.*, nota 4, p. 76.

<sup>89</sup> *Supra*, nota 2, párr. 40.

<sup>90</sup> Véase por todas la Opinión disidente del Juez Bennouna (sin párrafos). Otra opinión autorizada en este sentido puede encontrarse en SHAW, M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Leiden/Boston, Brill, 2016, pp. 510-511.

<sup>91</sup> En efecto, a mi entender, ninguno de los tres precedentes citados como contrarios a las tres sentencias de 2016 es totalmente concluyente. El primero es el *Asunto de Timor Oriental (Portugal c. Australia)*. Si bien la Corte resolvió la cuestión de la existencia de una controversia sobre la base de los intercambios procesales (pp. 99-100, párr. 22), hubo protesta formal previa por parte de Portugal, como la Corte indica en la propia sentencia (30 de junio de 1995, *ICJ Reports* 1995, p. 104, párr. 32). El segundo es *Bosnia c. Serbia*, asunto en el que no hubo intercambios previos, pero que fue decidido en un contexto de hostilidades entre las partes (*Aplicación de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio*, Sentencia de 11 de julio de 1996 sobre objeciones preliminares, *ICJ Reports* 1996, pp. 614-615, párrs. 28-29). El tercero es *Ciertas Propiedades (Liechtenstein c. Alemania)*, en el cual hubo negociaciones previas (*ICJ Reports* 2005, p. 19, párr. 25). Un cierto apoyo (limitado) hacia la tesis contraria puede encontrarse en el *Asunto sobre el derecho de paso sobre territorio indio (Portugal c. India)*, Sentencia de 12 de abril de 1960, *ICJ Recueil* 1960, pp. 28-29, donde la Corte se basó en la fecha en que la controversia emergió por primera vez a la hora de determinar el contenido de su función judicial, y no tanto en la fecha en que dictó su sentencia, cuando el contenido de la controversia había ya evolucionado.

cien que dicha vía sería infructuosa)<sup>92</sup>. Ello es el caso, al menos, cuando la subsanación del defecto formal se produce mediante la *mera presentación de la demanda* (a diferencia de otro factor externo, como la entrada en vigor de un tratado o la accesión del demandado a las Naciones Unidas), pues de lo contrario se priva al criterio de cualquier aplicabilidad práctica.

Por otro lado, se ha cuestionado que la figura del requerimiento previo sea aplicable a las relaciones interestatales. Pero ante la poca claridad del Estatuto<sup>93</sup>, la opinión de Georges Abi-Saab (muy citado por las partes durante las audiencias orales en los asuntos planteados por las Islas Marshall) resulta persuasiva. Según este autor:

«[i]l paraît difficile d'admettre que l'on puisse assigner un justiciable devant un tribunal sans lui avoir fait connaître au préalable ce qu'on lui demande et sans lui avoir donné ainsi la possibilité d'y accéder»<sup>94</sup>.

59. La necesidad de que la controversia cristalice antes de la demanda también había sido defendida por el Juez Morelli, quien se refirió a este respecto a la sentencia de la CPJI en el *Asunto sobre la Compañía de Electricidad de Sofía y Bulgaria* (quizá por motivos relacionados con la protección de la función judicial de la Corte)<sup>95</sup>. Mucho antes, el Juez Moore había indicado en su opinión disidente en el *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina* que la necesidad de mantener intercambios mínimos entre las partes es «*tested by the ordinary conceptions of fair dealing as between man and man*»<sup>96</sup>. Y, más recientemente, el actual secretario de la Corte ha indicado que «[i]nevitably, some form of protest or discussion must predate the submission of

<sup>92</sup> *Contra*, PALESTINI, L., *loc. cit.*, nota 4, pp. 572-573. Por otro lado, este autor considera que la sentencia *Nicaragua c. Colombia* no es un precedente relevante, porque en este asunto el Pacto de Bogotá expiró el día después de presentada la demanda, por lo que la Corte se vio forzada a situarse en el momento de presentación de esta (p. 573). Sin embargo, el argumento no es válido, porque la sentencia exigió la existencia de controversia *antes* de presentarse la demanda, en lugar de aceptar la presentación de la demanda *como tal* a efectos de establecer la existencia de la controversia.

<sup>93</sup> Las sentencias sobre las *obligaciones nucleares* se apoyan en el art. 38 del Estatuto, que se refiere a las «controversias que le sean sometidas» (*supra*, nota 2, para. 38). Un cierto apoyo podría encontrarse también en el art. 40.1, que requiere que la demanda indique «el objeto de la controversia y las partes». La ambigüedad del Estatuto ha llevado a Michael Becker a afirmar que el requerimiento de que la controversia exista antes de la demanda es un criterio «político» (*loc. cit.*, nota 4, p. 14, nota al pie 69). Y ello es cierto, pues estamos ante una opción de política judicial que responde a la poca claridad del Estatuto al respecto. Como no es menos cierto que la solución contraria también habría sido una opción de política judicial igualmente legítima.

<sup>94</sup> ABI-SAAB, G., *Les exceptions préliminaires dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, París, Pédone, 1967, p. 124.

<sup>95</sup> Opinión disidente, *supra*, nota 84, párr. 4, p. 566 (con referencia a PCIJ, *Series A/B*, núm. 77, p. 83). Véase también la Opinión disidente de la Jueza Donoghue en *Georgia c. Rusia* (*supra*, nota 33, p. 331, nota al pie 2). En el mismo sentido: véanse BOS, M., *Les conditions du procès en droit international public*, Leiden, Brill, 1957, pp. 200 y 204, y BOURQUIN, M., «Dans quelle mesure le recours à des négociations diplomatiques est-il nécessaire avant qu'un différend puisse être soumis à la juridiction internationale?», en VVAA, *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, París, Pédone, 1960, p. 49. Para una interpretación diferente, véase la Opinión disidente del Juez Crawford en las sentencias sobre las *Obligaciones de negociar el desarme nuclear*, *supra* nota 2, párr. 14. Véase también PALESTINI, L., *loc. cit.*, nota 4, p. 570.

<sup>96</sup> *Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, *supra*, nota 15, Opinión disidente, p. 61.

the “dispute” to the Court»<sup>97</sup>. La Corte parece aplicar esta tesis a las demandas de las Islas Marshall, pero lo hace de manera no formalista, en el sentido de no requerir una comunicación *formal* para poner en conocimiento de la otra parte el contenido de la controversia. Además, deja abierta la posibilidad de que la demanda pueda crear la controversia, pues sigue afirmando que la regla relativa a la existencia de una controversia previa a la demanda se aplica «en principio»<sup>98</sup>.

60. Ahora bien, cabe preguntarse si la protección del demandado basta como explicación del razonamiento de la Corte. Dado que, en su origen, la existencia de una controversia internacional es un requisito que afecta al núcleo de la función judicial de la Corte<sup>99</sup>, resulta necesario indagar si existe alguna conexión entre esta y el tenor de las últimas decisiones en la materia. Al respecto, las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares* podrían aportar una pista.

61. En efecto, a nadie se le escapa que, tras años de costosa litigación, la función de la Corte de «resolver» controversias entre Estados en las materias indicadas en el art. 38.1 del Estatuto no necesariamente contribuye a mejorar la relación entre las partes. Ello es sobre todo el caso cuando un Estado demanda a otro de manera unilateral, como indicara la CPJI en su sentencia sobre la *Interpretación de las sentencias núms. 7 y 8 (Fábrica de Chorzów)* de 1927<sup>100</sup>.

62. La aplicación de los requisitos de la existencia de una controversia antes de la demanda parece ir encaminada a reforzar una opción de política judicial, como es la de evitar «ataques sorpresa» ante la Corte. Dicha opción podría parecer entroncar con una determinada concepción de la relación entre su función judicial y otros medios de arreglo pacífico de controversias internacionales, en la cual la Corte aparece como opción de última instancia<sup>101</sup>. Sin embargo, a mi juicio, el fundamento último de esta solución radica más

---

<sup>97</sup> COUVREUR, Ph., *op. cit.*, nota 21, p. 106. También THIRLWAY, H., *The International Court of Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, p. 53.

<sup>98</sup> A este respecto, no ha clarificado cuáles son las posibles excepciones. El Reino Unido sugirió una en las audiencias orales: la de la situación de urgencia en la cual el demandante no puede esperar a poner en conocimiento de la otra parte la reclamación, tesis cuya aceptación plantearía interesantes interrogantes sobre la relación entre dicha excepción y el criterio de la urgencia requerido para otorgar medidas cautelares: véase CR 2016/3, p. 28, párr. 47 (Bethlehem). También cabría discutir si el demandante no puede igualmente justificar un «ataque sorpresa» en el temor a la retirada o modificación de la base de competencia de la Corte (como ha hecho el Reino Unido en relación con las controversias nucleares). Se trata de una eventualidad invocada por el Juez Tomka para criticar las sentencias relativas a las *Obligaciones de negociar el desarme nuclear* que, a mi juicio, debería ser considerada con prudencia (párr. 29).

<sup>99</sup> Al respecto, se han criticado las sentencias relativas a las *Obligaciones de negociar el desarme nuclear* bajo el argumento de que la existencia de una controversia solo busca proteger la función judicial de la Corte: véase BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, pp. 13-14. A mi entender, nada impide que el criterio proteja otros objetivos.

<sup>100</sup> *Supra* nota 22.

<sup>101</sup> KOLB, R., *loc. cit.*, nota 4, p. 100. Es la doctrina clásica del «sucedáneo»; al respecto, véase por ejemplo MIAJA DE LA MUELA, A., «Solución de diferencias internacionales (teoría jurídica general)», en *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales (1955-1956)*, pp. 211-212.

bien en una aproximación escéptica a la capacidad de la CIJ de contribuir al arreglo pacífico de controversias (y en sentido más amplio, a las relaciones amistosas entre los Estados) cuando el demandado se enfrenta a un pleito inesperado (casos relativos a las *Obligaciones nucleares*) o a una pretensión jurídica no planteada previamente en el contexto de una controversia con el demandante (*Bélgica c. Senegal* y *Nicaragua c. Colombia*). En tales circunstancias, la Corte debe proteger no solo la situación del demandado<sup>102</sup>, sino también su propia función judicial y, de manera incidental, la cláusula facultativa a fin de evitar retiradas «retributivas»<sup>103</sup>. En todo caso, no se trata de una opción perfectamente coherente, porque la propia Corte había determinado en una jurisprudencia anterior que los «ataques sorpresa» son todavía posibles, en particular cuando el demandante comunica la aceptación de la cláusula facultativa a la Secretaría General de las Naciones Unidas e introduce una demanda en las horas siguientes<sup>104</sup>.

63. Llevando el argumento más lejos, un autor ha sostenido que la noción de controversia se convertirá en un elemento maleable que le permitirá a la Corte aplicar un «*certiorari* implícito» a fin de evitar asuntos que puedan dificultar su función judicial al no ser «manejables en un procedimiento judicial contradictorio» (en el caso de las demandas marshallesas, porque planteaban cuestiones multilaterales de difícil resolución por la vía bilateral)<sup>105</sup>. Para este autor se trata, en fin, de abordar vía competencia una cuestión que la Corte ha resuelto en otras ocasiones en sede de admisibilidad general<sup>106</sup>. Sin embargo, dejando al margen las demandas planteadas por las Islas Marshall, no parece que los otros dos casos en que el criterio de la existencia de una controversia produjo efectos relevantes se plantearan dificultades particulares a la función judicial de la CIJ<sup>107</sup>. Por tanto, la relevancia de dicha explicación también está por comprobar.

<sup>102</sup> Es dudoso que dicha opción encuentre un fundamento en la Carta de la ONU, pues el Capítulo VI no prevé un método de gradación de los mecanismos de arreglo pacífico de controversias enumerados en el art. 33 de la Carta [véase también la Resolución 2625 (XXV) AGNU]. Ahora bien, tampoco hay contradicción con esta porque la Corte no requiere al demandante entablar negociaciones previas, sino solo que tal posibilidad exista *en teoría*.

<sup>103</sup> Declaración de la Jueza Xue, párrs. 5-6. Véase, igualmente, sobre la cautela, que la Corte debe mostrar ante las «sorpresas» inesperadas por los Estados que aceptan la competencia de la Corte, la Declaración del Juez *ad hoc* Verhoeven en *Actividades Armadas en el territorio del Congo (RDC c. Uganda)*, Auto de 29 de noviembre de 2001, *ICJ Reports* 2005, pp. 684-685, relativo a la admisibilidad de una demanda reconventional.

<sup>104</sup> *Asunto sobre el derecho de paso sobre territorio indio (Portugal c. India)*, Sentencia de 26 de noviembre de 1957 sobre excepciones preliminares, *ICJ Recueil* 1957, pp. 145-147.

<sup>105</sup> KOLB, R., *loc. cit.*, nota 4, p. 97. La expresión es de JENNINGS, R., «Reflections on the Term “Dispute”», en MACDONALD, R. St. J. (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 1993, p. 405. Véase también BIANCHI, A., *loc. cit.*, nota 5, p. 82. Hace años una opinión similar fue expresada en GROSS, L., *op. cit.*, nota 52, p. 828.

<sup>106</sup> Véase, entre otras, la Sentencia en el *Asunto del Camerún del Norte (Camerún c. Reino Unido)*, Sentencia de 2 de diciembre de 1963 sobre objeciones preliminares, *ICJ Reports* 1963, p. 38.

<sup>107</sup> Incluso en *Georgia c. Rusia*, otro asunto de gran relevancia política, el análisis de la Corte relativo al momento de nacimiento de la controversia entre las partes no condujo a ningún resultado concreto (Opinión individual del Juez Abraham, *supra*, nota 33, p. 230, párrs. 21-22).

#### 4. CONCLUSIONES

64. ¿Síntoma de creciente formalismo o toma en serio de un requisito que entronca con el núcleo de su función judicial? Con la mira puesta en la jurisprudencia de la CIJ y su predecesora, este trabajo ha mantenido que existen importantes argumentos que fundamentan la segunda opción. Ciertamente es que se ha constatado la existencia de elementos que muestran al mismo tiempo flexibilidad y rigor respecto del requisito de la controversia internacional. Aun más, se ha apuntado a que ambas tendencias son en cierto modo contradictorias, pues la Corte utilizaba metodologías en tiempos anteriores que han sido desechadas con rotundidad en sentencias más recientes. Pero ello no impide concluir que, particularmente en las sentencias relativas a las *obligaciones nucleares*, la Corte ha aclarado planteamientos que hasta el momento parecían indeterminados, estableciendo así un mínimo común denominador basado en la existencia de una «oposición positiva de puntos de vista» antes de la demanda como pieza clave del sistema. El criticado criterio del «conocimiento» es parte de dicho mínimo, si bien no parece que vaya a ser aplicado de manera sistemática.

65. Además, este trabajo ha intentado explicar el fundamento de los desarrollos más recientes de la Corte en base a una aproximación «escéptica» a la capacidad de la Corte de cumplir su misión principal de «resolver controversias internacionales» cuando se plantean demandas unilaterales en base a la cláusula facultativa —es decir, cuando el demandado es privado de su teórico derecho a retractarse de su conducta antes de instarse la vía judicial—. No se han descartado otras explicaciones, en particular la que apunta a un uso de la controversia internacional como «*certiorari* implícito»; si bien la aplicabilidad de esta tesis es limitada, pues en el fondo estamos todavía ante un criterio flexible y fácil de cumplir si los abogados del demandante valoran con cautela la fase pre-procesal. Pero el hecho de que un criterio sea fácil de cumplir no menoscaba en absoluto su relevancia.

66. En fin, se comparta o no, del razonamiento anterior se deduce que hay una lógica jurídica sostenible detrás del aparente rigorismo de la Corte. A nadie sorprende que, al ampararse en criterios formales que pueden ser satisfechos luego de presentada la demanda, la Corte no haya suscitado entusiasmas adhesiones académicas. Pero, al menos, la lógica explicada en el presente trabajo refuta argumentos basados en intrigas palaciegas de escaso valor científico, emplazando el debate en lugares doctrinales más reconocibles<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Para una acertada crítica a dichas aproximaciones, véase BECKER, M., *loc. cit.*, nota 4, pp. 20-24.

## RESUMEN

### LOS REQUISITOS PROCESALES EN SERIO: LA EXISTENCIA DE UNA «CONTROVERSI INTERNACIONAL» EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La noción de «controversia internacional» ha cobrado una importancia creciente en la determinación de la competencia de la CIJ. Pero ha sido en las sentencias sobre las *Obligaciones relativas a las negociaciones sobre el cese de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear (Islas Marshall c. India, Pakistán y Reino Unido)* donde el término ha tenido consecuencias más decisivas. Al hilo de las críticas de «formalismo» vertidas sobre esta jurisprudencia, este trabajo pretende en primer lugar poner la noción en perspectiva histórica, identificando para ello dos tendencias opuestas en la jurisprudencia de la CIJ y su predecesora: una que prioriza la flexibilidad y otra que prioriza el rigor. Seguidamente, se intentará explicar la orientación de las últimas decisiones en la materia desde la óptica de la protección de la función judicial de la Corte.

**Palabras clave:** Corte Internacional de Justicia, controversia internacional, formalismo, «conocimiento» de la existencia de una controversia, función judicial.

## ABSTRACT

### TAKING PROCEDURAL REQUIREMENTS SERIOUSLY: THE EXISTENCE OF AN «INTERNATIONAL DISPUTE» IN THE CASE LAW OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

The notion of «international dispute» has become increasingly relevant in the determination of the ICJ's jurisdiction, but it has been in the judgments rendered in the cases *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India, Pakistan and United Kingdom)* that the term has been most decisive. Following the allegations of «formalism» made against these decisions, this work aims first to put the notion into historical perspective by identifying two opposing tendencies in the Court's case law: one prioritising flexibility and another one prioritising rigorousness. Next, this work will try to explain the rationale of the most recent decisions on the matter through the prism of the protection of the judicial function of the Court.

**Keywords:** International Court of Justice, international dispute, formalism, «awareness» of the existence of a dispute, judicial function.



## LA DEROGATIO FORI EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Beatriz CAMPUZANO DÍAZ\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ADMISIBILIDAD DE LA *DEROGATIO FORI* EN NUESTRO SISTEMA AUTÓNOMO.—2.1. Antecedentes.—2.2. La admisibilidad de la *derogatio fori* tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.—3. LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LOPJ.—3.1. El Reglamento (UE) núm. 1215/2012.—3.2. Otros instrumentos internacionales.—4. EL RÉGIMEN DE LA *DEROGATIO FORI* EN LA LOPJ.—4.1. Naturaleza de los foros derogables y materias en relación con las que se admite la *derogatio fori*.—4.2. El acuerdo tiene que celebrarse con ocasión de una determinada relación jurídica en favor de un tribunal extranjero.—4.3. La validez formal del acuerdo.—4.4. La validez material del acuerdo.—4.5. Tratamiento procesal.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. Los acuerdos de sumisión expresa presentan indudables ventajas. En primer lugar, las partes ganan en previsibilidad y seguridad jurídica. En un mundo jurídicamente fragmentado, donde la diversidad de normas nacionales de competencia judicial internacional permitiría llevar el litigio a los tribunales de un país u otro, las partes pueden fijar de antemano el tribunal que será competente, evitando así quedar a merced de las estrategias procesales oportunistas que pudiera desarrollar una de ellas en caso de conflicto<sup>1</sup>. En segundo término, con los acuerdos de sumisión expresa se pueden elegir los tribunales de un determinado país por razones de neutralidad, especialización, agilidad procesal, o simplemente porque en ese país resulte más fácil obtener un adecuado asesoramiento jurídico<sup>2</sup>. Se añade, en tercer lugar, que los acuerdos de sumisión expresa pueden convertirse en un factor de reducción de costes para quien consiga concentrar todos los litigios que deriven de

---

\* Profesora Contratada Doctora (Acr. TU) en la Universidad de Sevilla ([bcampuza@us.es](mailto:bcampuza@us.es)).

<sup>1</sup> JODLOWSKI, J., «Les conventions relatives a la prorogation et a la dérogation a la compétence internationale en matière civile», *RCADI*, 1974, t. 143, pp. 475-588, esp. p. 503.

<sup>2</sup> KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1980, pp. 1-2.

su actividad comercial ante los tribunales de un determinado país, sometién-dolos a un mismo Derecho<sup>3</sup>.

2. La materialización de todas estas ventajas dependerá, no obstante, de que los Estados vinculados con la relación jurídica respeten los efectos de los acuerdos de sumisión expresa: el efecto de prórroga o *prorrogatio fori*, en cuya virtud debe conocer del litigio el tribunal elegido; y el efecto de derogación o *derogatio fori*, en cuya virtud debe abstenerse de conocer del litigio un tribunal distinto del elegido. Ello se producirá cuando el acuerdo de sumisión expresa sea eficaz y válido conforme al ordenamiento del tribunal elegido y conforme también al ordenamiento cuyo tribunal debe abstenerse de conocer, a pesar de gozar de competencia judicial internacional. La normativa reguladora de estos acuerdos puede ser compartida por un grupo de Estados, en cuyo caso se aplicaría una normativa uniforme y común<sup>4</sup>.

3. En este trabajo vamos a analizar la derogación de la competencia de nuestros tribunales cuando las partes se han sometido a los tribunales de un Estado extranjero con el que no nos vincula ningún instrumento internacional. Las disposiciones de la recientemente reformada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («LOPJ»)<sup>5</sup> en relación con la *derogatio fori* van a constituir el objeto de nuestro estudio.

## 2. LA ADMISIBILIDAD DE LA DEROGATIO FORI EN NUESTRO SISTEMA AUTÓNOMO

### 2.1. Antecedentes

4. La admisibilidad de la *derogatio fori* ha pasado por diferentes fases en nuestra historia más reciente, que presentaremos brevemente conforme al siguiente esquema: una primera fase, previa a la aprobación de la LOPJ; una segunda fase, tras la aprobación de esta Ley, que introdujo una nueva regulación de la competencia judicial internacional; y una tercera fase, determinada por la reciente reforma de la LOPJ, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio<sup>6</sup>, a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe.

5. En relación con la primera fase se impone aludir el trabajo que Enrique Pecourt García dedicó a esta cuestión. El autor, tras un amplio análisis de Derecho comparado en el que clasificaba diferentes ordenamientos en función del grado de admisibilidad que mostraban hacia la *derogatio fori*, llegaba a la conclusión de que nuestro país se encontraba entre los que no la

<sup>3</sup> En este sentido es bien conocido el caso de la jurisprudencia estadounidense, *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho», *REDI*, 1998, núm. 2, pp. 93-119.

<sup>4</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, p. 177.

<sup>5</sup> *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

<sup>6</sup> *BOE* núm. 174, de 22 de julio de 2015.

admitían, a pesar de ciertos vaivenes jurisprudenciales, en base a argumentos vinculados con la idea de soberanía estatal y con la naturaleza pública e imperativa de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional<sup>7</sup>.

6. La segunda fase vino marcada, como decíamos, por la aprobación de la LOPJ, que aunque no se refirió expresamente a la *derogatio fori*, sí introdujo una nueva regulación de la competencia judicial internacional, que permitía realizar una interpretación favorable a su admisibilidad. En defensa de esta interpretación, Julio D. González Campos y Miguel Amores Conradi se refirieron a los siguientes aspectos: el art. 22 LOPJ diferenciaba las competencias exclusivas de las restantes, que eran facultativas; la admisión de la sumisión expresa en favor de nuestros tribunales suponía que también debía admitirse en favor de tribunales extranjeros, sin que pudiera seguir defendiéndose el carácter indisponible de las normas de competencia judicial internacional; el reconocimiento de los efectos de un convenio arbitral debía acompañarse del reconocimiento también de los efectos de un acuerdo de sumisión a tribunales extranjeros, para no incurrir en una contradicción; los intereses de los particulares, en especial los de aquellos que operan en el comercio internacional, podían verse perjudicados de no admitirse los efectos de estos acuerdos de sumisión a tribunales extranjeros; y había que tener en cuenta además que nuestro sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones daba por bueno el ejercicio de competencia de un tribunal extranjero basada en la sumisión expresa de las partes implicadas<sup>8</sup>. No obstante, otros autores como José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, sin discutir la conveniencia de la admisibilidad de la *derogatio fori*, sí ponían el acento en que era necesario que esta figura se regulara en nuestro ordenamiento, dado que suponía privar al tribunal español de una competencia que le venía atribuida *ex lege*, lo cual afectaba al principio de legalidad, tan importante en el sector de la competencia judicial internacional<sup>9</sup>.

7. La jurisprudencia en esta segunda fase también tuvo vaivenes, aunque acabó consolidándose una línea interpretativa favorable a la admisibilidad de

---

<sup>7</sup> «La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional», *REDI*, 1964, núm. 1, pp. 60-80; núm. 3, pp. 370-405; núm. 4, pp. 528-560.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Lección X: Competencia judicial internacional», en PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho internacional privado*, 6.ª ed., Madrid, UNED, 1996, pp. 316 y ss.; AMORES CONRADI, M., «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989, núm. 1, pp. 113-156, esp. pp. 144 y ss. En sentido similar se expresaron también otros autores, véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15.ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 338; RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 90 y ss.; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2007, pp. 303-304. En relación con la vinculación que puede establecerse entre los intereses del comercio internacional y la *derogatio fori* resulta emblemático el caso de la jurisprudencia estadounidense *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, en HARTLEY, T. C., *International Commercial Litigation. Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 190 y ss.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 8.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013, p. 110.

la *derogatio fori*. En este sentido, la STS (Sala de lo Civil), de 30 de abril de 1990, siguió anclada en conceptos antiguos, refiriéndose a los vínculos existentes entre el ejercicio de la jurisdicción y la soberanía nacional como motivo para rechazar la *derogatio fori*<sup>10</sup>. Le siguieron, en una línea negativa, la STS (Sala de lo Civil), de 18 de junio de 1990<sup>11</sup>, y la STS (Sala de lo Civil), de 20 de julio de 1992, donde se realizaron confusas consideraciones sobre la ley aplicable al fondo del litigio como condicionante de la admisibilidad de la *derogatio fori*<sup>12</sup>. En sentido favorable, la STS (Sala de lo Civil), de 19 de noviembre de 1990<sup>13</sup>, se refirió a que la libertad de las partes para someterse a un tribunal extranjero se veía avalada por el art. 22 LOPJ. Especialmente clara y contundente sería la STS (Sala de lo Civil), de 13 de octubre de 1993<sup>14</sup>, donde se afirmó que si el art. 22.2 de la LOPJ ofrecía la posibilidad de someterse a los tribunales españoles, sería absurdo y perturbador para el tráfico jurídico externo que no se admitiese la sumisión a tribunales extranjeros, cuando el litigio no se correspondiese con las materias objeto de competencia exclusiva. Después vendría la STS (Sala de lo Civil), de 10 de noviembre de 1993<sup>15</sup>, que mantendría la postura favorable a la admisibilidad de la *derogatio fori*, aunque acabaría rechazándola en este caso concreto con consideraciones relativas a que la invocaba el demandado domiciliado en España, lo cual suponía un abuso de Derecho que rayaba en el fraude procesal. Con carácter más reciente, y como muestra de la consolidación de la línea interpretativa favorable a la admisibilidad de la *derogatio fori*, cabe referirse a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 31 de octubre de 2007<sup>16</sup> y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 31 de mayo de 2012<sup>17</sup>.

8. A nivel de nuestras Audiencias Provinciales se ha seguido esta línea favorable a la admisibilidad, con base en los argumentos ya señalados. Como muestra cabe referirse a las Sentencias de la AP de Castellón de 26 de mayo de 1997<sup>18</sup> y de la AP de Madrid (Sección 11.<sup>a</sup>), de 30 de abril de 2004<sup>19</sup>, donde se aludió a la creciente internacionalización del tráfico mercantil, que se vería perturbado con posturas opuestas a la admisibilidad de la *derogatio fori*. La Sentencia de la AP de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>), de 10 de julio de 2000, se refirió a la posibilidad de someterse a tribunales extranjeros con el límite de las competencias exclusivas<sup>20</sup>. Y junto a ellas, y también en línea con las consideraciones de nuestro Tribunal Supremo, las Sentencias de la AP Má-

<sup>10</sup> REDI, 1990, núm. 2, con nota de AMORES CONRADI, M., pp. 606-612.

<sup>11</sup> REDI, 1991, núm. 1, con nota de GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., pp. 190-194.

<sup>12</sup> REDI, 1993, núm. 2, con nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., pp. 445-453.

<sup>13</sup> REDI, 1991, núm. 1, pp. 194-195.

<sup>14</sup> REDI, 1994, núm. 1, con nota de ÁLVAREZ RUBIO, J. J., pp. 301-304.

<sup>15</sup> REDI, 1994, núm. 1, con nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., pp. 388-393.

<sup>16</sup> REDI, 2007, núm. 2, con nota de ARENAS GARCÍA, R., pp. 758-760.

<sup>17</sup> Consultada en CENDOJ, ECLI:ES:TS:2012:4025.

<sup>18</sup> REDI, 1999, núm. 1, p. 170.

<sup>19</sup> REDI, 2005, núm. 1, con nota de GARAU SOBRINO, F., pp. 336-344.

<sup>20</sup> REDI, 2001, núms. 1 y 2, con nota de ARENAS GARCÍA, R., pp. 472-481. La posibilidad de someterse a tribunales extranjeros que acoge esta sentencia se vería posteriormente confirmada en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>), de 31 de octubre de 2007, ya mencionada.

laga (Sección 4.<sup>a</sup>), de 21 de mayo de 1994<sup>21</sup>, de la AP Badajoz (Sección 3.<sup>a</sup>), de 23 de marzo de 2001<sup>22</sup> y de la AP de Vizcaya (Sección 4.<sup>a</sup>), de 15 de marzo de 2002<sup>23</sup>, no descartaron la admisibilidad de la *derogatio fori*, aunque sí se refirieron a que cuando es el demandado domiciliado en nuestro país quien presenta la declinatoria por falta de jurisdicción, opera con manifiesto abuso de Derecho.

## 2.2. La admisibilidad de la *derogatio fori* tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

9. La *derogatio fori* parece abordarse con cierta desconfianza. Tal como se ha señalado, los Estados son más reacios a regular la admisibilidad de la *derogatio fori* que la *prorrogatio fori*, y cuando la regulan suelen someterla a requisitos o límites específicos<sup>24</sup>.

10. Este sería el caso de nuestro país. La LOPJ se ocupó de la competencia judicial internacional en sus arts. 21 a 25. En el art. 22.2 LOPJ reguló la sumisión expresa de las partes a nuestros tribunales en el orden civil, para nada dijo, como ya se ha visto, en relación con la posibilidad de someterse a un tribunal extranjero. Han tenido que pasar muchos años para que la LOPJ se reformara mediante la *Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*<sup>25</sup>, a la que le han llovido las críticas. Como con razón se ha señalado, se trata de una reforma que llega tarde; que extiende a varios preceptos la regulación de la competencia en el orden civil, lo cual resultaba innecesario debido a sus limitadas posibilidades de aplicación por la importante presencia de normas internacionales; y que presenta carencias técnicas, que en ocasiones llegan a manifestarse en expresiones sin sentido<sup>26</sup>. No obstante, el hecho de que se haya incorporado una regulación de la *derogatio fori*, aún con las deficiencias que tendremos ocasión de ir señalando, debe ser objeto de una valoración positiva.

11. Concretamente, se regula en el art. 22 ter, apartados 4 y 5 LOPJ, que no es el lugar más adecuado, por tratarse de un precepto que está dedicado al foro general del domicilio del demandado. En estos dos apartados, a los que nos referiremos en detalle más adelante, se establece que la competencia de

<sup>21</sup> REDI, 1996, núm. 1, con nota de ESTEBAN DE LA ROSA, F., pp. 287-294.

<sup>22</sup> REDI, 2002, núm. 1, con nota de ESTEBAN DE LA ROSA, F., pp. 365-371.

<sup>23</sup> REDI, 2003, núm. 1, con nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., pp. 375-384.

<sup>24</sup> QUEIROLO, I., *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Padua, Cedam, 2000, p. 98.

<sup>25</sup> Sobre el proceso de reforma de la LOPJ, véase HERRANZ BALLESTEROS, M., «Anteproyecto de Ley orgánica del poder judicial: normas de competencia judicial internacional en el orden civil y social», REDI, 2014, núm. 2, pp. 339-345.

<sup>26</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 16.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2016, pp. 337-338.

nuestros tribunales podrá ser excluida en virtud de un acuerdo de elección de foro en favor de tribunales extranjeros, siempre que se trate de materias en las que estén permitidos los acuerdos de sumisión en favor de nuestros tribunales. Se añade, en el confuso art. 22 bis LOPJ, que no surtirán efectos los acuerdos que excluyan la competencia de los tribunales españoles exclusivamente competentes, conforme a lo establecido en el art. 22 LOPJ.

12. En definitiva, tras la reforma de la LOPJ se incorpora por fin a nuestro ordenamiento una disposición sobre la *derogatio fori*, que viene a completar, muchos años después, la regulación de los efectos de los acuerdos de sumisión expresa. Esta disposición, que pasamos a analizar, tiene como límite compartido con la *prorogatio fori* que debe estar referida a una materia en la que esté permitido el acuerdo de las partes para fijar la competencia, y como límite específico que no debe afectar a materias de nuestra exclusiva competencia.

### 3. LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LA LOPJ

#### 3.1. El Reglamento (UE) núm. 1215/2012

13. Son muchas las normas de origen internacional que vinculan a nuestro país y que permiten y regulan los acuerdos de sumisión expresa. Un papel fundamental le corresponde al Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)<sup>27</sup>, que se aplica a los acuerdos celebrados en favor de los tribunales de un Estado miembro (art. 25). La prórroga de la competencia del tribunal del Estado miembro elegido y la derogación de la competencia de los tribunales de los demás Estados miembros viene determinada por esta normativa uniforme y común<sup>28</sup>. El efecto derogatorio depende del carácter exclusivo del acuerdo de sumisión expresa, que se presume salvo indicación en contrario (art. 25.1).

14. El Reglamento 1215/2012 no se pronuncia sobre los efectos de los acuerdos de sumisión expresa en favor de tribunales de terceros Estados, en supuestos en que los tribunales de los Estados miembros pudieran ser competentes con arreglo a alguna de las disposiciones del Reglamento (p. ej., en virtud del art. 4 relativo al foro del domicilio del demandado). La cuestión ya hace tiempo que se planteó en el marco del Convenio de Bruselas de 27

<sup>27</sup> DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>28</sup> En relación con ello cabe referirse a la Sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung y otros*, asunto C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, donde se afirmó que la resolución de un Estado miembro por la que declina su competencia en virtud de la existencia de una cláusula atributiva de competencia en favor de otros tribunales, debe ser reconocible en los demás Estados miembros. Esta conclusión no se vio afectada por el hecho de que en este caso la cláusula fuera a favor de los tribunales de Islandia y se hubiera tenido en cuenta el Convenio de Lugano, que en palabras del TJUE debe considerarse equivalente.

de septiembre de 1968<sup>29</sup>, señalando el Informe Schlosser que la validez de tales acuerdos debía resolverse conforme al Derecho nacional de los Estados miembros<sup>30</sup>. Esta consideración se recogería posteriormente en la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime*, asunto C-387/98 (p. 19)<sup>31</sup>.

15. No obstante, con posterioridad, dos decisiones del TJUE vinieron a causar cierta incertidumbre. Por una parte, la Sentencia del TJCE de 1 de marzo de 2005, *Owusu*, asunto C-281/02<sup>32</sup>, donde se afirmó que el Convenio de Bruselas de 1968 se oponía a que un tribunal de un Estado miembro declinase la competencia que le confería el foro del domicilio del demandado, por considerar que era más adecuado que conociese el tribunal de un tercer Estado (p. 46). En este caso se trataba de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* y no de reconocer los efectos de un acuerdo atributivo de competencia en favor de los tribunales de un tercer Estado, si bien el efecto final era el mismo: que el tribunal competente del Estado miembro declinase su competencia. Por otra parte, en el Dictamen del TJCE 1/03, de 7 de febrero de 2006, a propósito de la competencia para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>33</sup>, se afirmó que este Convenio contenía cláusulas idénticas a los arts. 22 y 23 del Reglamento 44/2001<sup>34</sup>, arts. 24 y 25 del Reglamento 1215/2012, que podían dar lugar a que se considerase competente al tribunal de un tercer Estado parte en el Convenio de Lugano a pesar de que el demandado estuviese domiciliado en un Estado miembro, en una circunstancia en que si no se aplicase este Convenio

<sup>29</sup> DO C núm. 27, de 26 de enero de 1998 (versión consolidada).

<sup>30</sup> Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 1978, elaborado por el Profesor Dr. P. SCHLOSSER (DO C, núm. 189, de 28 de julio de 1990, párr. 176).

<sup>31</sup> ECLI:EU:C:2000:606, nota de JIMÉNEZ BLANCO, P., *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, pp. 467-472. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en su nota a la Sentencia del TS (Sala 1.ª), de 20 de julio de 1992, se refirió a la discusión doctrinal que existía en torno a si la remisión a los Derechos nacionales era a efectos de la admisibilidad y validez de la *derogatio fori* o solo de la validez, en un momento en que la cuestión tenía relevancia dadas las dudas que se suscitaban sobre la admisibilidad de la *derogatio fori* en nuestro sistema autónomo, *op. cit.*, nota 10, p. 448. Posteriormente, en la Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, asunto C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., en *REDI*, 2013, núm. 1, pp. 203-208, se señalaría en relación con una cláusula de sumisión expresa en favor de un tribunal de un tercer Estado inserta en un contrato de trabajo, que no podía perjudicar el objetivo de proteger al trabajador como parte contratante más débil a la que se le ofrece una pluralidad de foros (p. 64). El TJUE estableció restricciones para proteger a una parte débil, adentrándose, en relación con esta materia donde la normativa europea está inspirada en un principio de protección, en cuestiones vinculadas con la admisibilidad. En sentido similar se había pronunciado con anterioridad nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su Sentencia de 12 de junio de 2003, *REDI*, 2003, núm. 2, con nota de ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., pp. 924-931.

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2005:120.

<sup>33</sup> DO L núm. 339, de 21 de diciembre de 2007.

<sup>34</sup> Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L núm. 12, de 16 de enero de 2001.

de Lugano sería competente el tribunal de un Estado miembro (p. 153)<sup>35</sup>. En definitiva, y según la doctrina, parecía sugerirse con esta afirmación que en defecto de convenio no había por qué respetar las competencias exclusivas de terceros Estados o los acuerdos de sumisión expresa en favor de tribunales de terceros Estados<sup>36</sup>.

16. Durante el proceso de reforma del Reglamento 44/2001 se abogó por que se evitara esta situación de incertidumbre, siendo especialmente activo en este sentido el Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado<sup>37</sup>. No obstante, el hecho de que no se hiciera, y de que sí se incorporara en el Reglamento 1215/2012 una solución para los supuestos de litispendencia y conexidad con terceros Estados, que podrá aplicarse, entre otras circunstancias, cuando el órgano del tercer Estado tenga competencia exclusiva (cdo. 24), ha generado ciertas dudas en torno a si el respeto a las competencias exclusivas de terceros Estados o a los acuerdos de sumisión expresa en favor de tribunales de terceros Estados se limitaría a estas reglas, dependientes de que el proceso se hubiera iniciado en el tercer Estado con anterioridad<sup>38</sup>. A nosotros nos parece más correcta y prudente la postura de quienes señalan que el Reglamento 1215/2012 no ha resuelto finalmente esta cuestión<sup>39</sup>, considerando los limitados efectos que se quisieron que esta norma tuviera en las relaciones conectadas con terceros Estados<sup>40</sup>. Ello supondría, en definitiva, que la validez de los acuerdos de sumisión expresa en favor de tribunales de terceros Estados seguiría dependiendo de las normas nacionales de competencia judicial internacional, en nuestro país de la LOPJ.

### 3.2. Otros instrumentos internacionales

17. Nuestro país se encuentra vinculado por otros instrumentos internacionales que también regulan los acuerdos de sumisión expresa. En el plano multilateral hay que referirse al Convenio de Lugano, que se aplica en los

<sup>35</sup> ECLI:EU:C:2006:81.

<sup>36</sup> FRANCO, S., «La refonte du Règlement Bruxelles: champ d'application et compétence», *Revue de Droit Commercial Belge*, 2013, núm. 5, pp. 307-333, esp. p. 313.

<sup>37</sup> Este Grupo llegó incluso a presentar un borrador de los artículos que debían incorporarse al Reglamento para cubrir estas situaciones. Véase *Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations* (Bergen, 21 de septiembre de 2008, Padua, 20 de septiembre de 2009, Copenhagen, 19 de septiembre de 2010), <http://www.gedip-egpil.eu> (consultada el 19 de octubre de 2017).

<sup>38</sup> Sobre el debate existente a este respecto véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma», *REEI*, 2014, núm. 28, pp. 1-35, esp. pp. 20 y ss.

<sup>39</sup> NUYTS, A., «La refonte du règlement Bruxelles I», *Revue critique de droit international privé*, 2013, pp. 1-64, esp. p. 9; FRANCO, S., *op. cit.*, nota 30, pp. 319-320.

<sup>40</sup> Cabe señalar que en la Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2016, *Taser International Inc.*, asunto C175/15, ECLI:EU:C:2016:176, aunque se trataba de un supuesto referido aún al Reglamento 44/2001, no se descartaron los efectos de una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales de un tercer Estado con el argumento de que ya se había iniciado un proceso ante los tribunales de un Estado miembro, sino en base a que la parte demandada se había sometido a estos tribunales y la sumisión tácita prevalece sobre la expresa (p. 25).

Estados miembros de la Unión Europea, Suiza, Noruega e Islandia. Como es bien sabido, se trata de un convenio muy similar en su contenido al Reglamento 1215/2012, que se ocupa de los acuerdos de sumisión en su art. 23. Igualmente, el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro<sup>41</sup>, que regula los efectos prorrogatorios y derogatorios que derivan de estos acuerdos en sus arts. 5 y 6 respectivamente. Este Convenio se aplica únicamente a los acuerdos de elección de foro con carácter exclusivo, previendo también una presunción en favor de su exclusividad (arts. 1.1 y 3). La UE se ha adherido a este Convenio, que por el momento está teniendo una aceptación muy limitada más allá del ámbito europeo —solo se encuentra vigente en México y Singapur—. En el plano bilateral debemos referirnos al Tratado entre España y El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000<sup>42</sup>, que también se refiere a la sumisión expresa en su art. 5.2<sup>43</sup>.

18. Se añade que nuestro país se encuentra vinculado por una red de Convenios referidos a materias específicas, que en algunos casos incorporan normas de competencia judicial internacional que permiten a las partes elegir el tribunal competente, fundamentalmente en el sector del transporte internacional. El efecto derogatorio de la competencia de nuestros tribunales que pudiera derivar de estos convenios dependerá de cómo configuren el acuerdo de sumisión expresa, particularmente de si lo hacen con carácter exclusivo de modo que no sea posible acudir a otro tipo de foros<sup>44</sup>.

19. Hasta ahora todos los Instrumentos mencionados se refieren a cuestiones de derecho patrimonial. Su ámbito material coincide con el cubierto por el Reglamento 1215/2012, lo cual plantea a veces complicados problemas de delimitación, sobre los que no vamos a entrar aquí. Pero junto a ellos, y por obra de la Unión Europea, hemos de señalar que los acuerdos de elección de foro también se han adentrado en importantes sectores del Derecho de familia y sucesiones, ofreciéndose en diversos Reglamentos un marco normativo uniforme en relación con su eficacia y validez, que prima sobre nuestra normativa interna. En este sentido hay que referirse al Reglamento (CE) núm. 4/2009 en materia de alimentos<sup>45</sup>, que en su art. 4 consagra, con ciertas limitaciones en función de los sujetos afectados, los acuerdos de elección de

<sup>41</sup> DO L núm. 133, de 29 de mayo de 2009.

<sup>42</sup> BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001.

<sup>43</sup> Aunque en este precepto no se establece expresamente una presunción en favor del carácter exclusivo del acuerdo, así parece desprenderse de su tenor literal y de la distribución de competencia que hace en las relaciones bilaterales entre España y El Salvador.

<sup>44</sup> Para un análisis muy completo de estos convenios internacionales referidos a materias específicas, con referencia a las circunstancias en que permiten los acuerdos de sumisión expresa así como a los aspectos de estos acuerdos que regulan, véase GARAU SOBRINO, F., *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008, pp. 46 y ss.

<sup>45</sup> Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DO L núm. 7, de 10 de enero de 2009.

foro; al Reglamento (UE) núm. 650/2012 en materia sucesoria<sup>46</sup>, que presenta como particularidad que la elección de foro aparece vinculada a la previa elección de la ley aplicable realizada por el causante (art. 5); y a los Reglamentos (UE) núms. 2016/1103 y 2016/1104 relativos a los regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las parejas de hecho registradas<sup>47</sup>, que también vinculan la elección del tribunal competente con la ley aplicable o el lugar de celebración del matrimonio o conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada, respectivamente (art. 7 de ambos Reglamentos)<sup>48</sup>. En todos los Reglamentos mencionados se contempla el carácter exclusivo del acuerdo.

#### 4. EL REGIMEN DE LA *DEROGATIO FORI* EN LA LOPJ

##### 4.1. Naturaleza de los foros derogables y materias en relación con las que se admite la *derogatio fori*

20. La naturaleza de los foros derogables y especialmente las materias en relación con las que puede admitirse la *derogatio fori* no tienen una respuesta clara, debido a la deficiente redacción que presenta la LOPJ tras su reforma.

21. Para determinar la naturaleza de los foros derogables hay que referirse al art. 22 ter.4 LOPJ, que dispone lo siguiente: «No obstante, la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero». Como vemos, se realiza una remisión al art. 22 ter.1 LOPJ, que se refiere a «materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies», estableciendo a continuación que «si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, estos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies».

22. Pues bien, de esa remisión al art. 22 ter.1 LOPJ, cuyo tenor literal acabamos de reflejar, entendemos que pueden extraerse dos conclusiones de

---

<sup>46</sup> Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DO L* núm. 201, de 27 de julio de 2012.

<sup>47</sup> Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, *DO L* núm. 183, de 8 de julio de 2016.

<sup>48</sup> Se añadiría el art. 12 del Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, *DO L* núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, que prevé la prórroga de la competencia en materia de responsabilidad parental en unas circunstancias muy concretas. El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 recoge en su art. 10 una disposición similar.

cara a determinar la naturaleza de los foros derogables. La primera conclusión es que la *derogatio fori* se permite en materias distintas de las contempladas en los arts. 22, 22 sexies y 22 septies, que se refieren a los foros de competencia exclusiva, las medidas provisionales y de aseguramiento y la materia concursal, respectivamente.

23. La exclusión de la *derogatio fori* de las materias reguladas con foros de naturaleza exclusiva se confirma además en el art. 22 bis.1 LOPJ, conforme a la interpretación que le da sentido a este confuso precepto, al que después nos referiremos. Se trata de una exclusión que está en línea con lo que ya venía manteniéndose unánimemente a nivel doctrinal<sup>49</sup> y en nuestra jurisprudencia<sup>50</sup>. Se añade que las materias reguladas en el art. 22 LOPJ coinciden con las reguladas en el art. 24 del Reglamento 1215/2012, que será el precepto realmente aplicable para fundamentar la competencia de nuestros órganos jurisdiccionales, y que por su carácter imperativo no permite el juego de la voluntad de las partes implicadas.

24. La exclusión de las medidas provisionales o de aseguramiento resulta lógica desde una perspectiva práctica, pues no tendría sentido que las partes acordaran la competencia de un tribunal extranjero para adoptar este tipo de medidas<sup>51</sup>. La materia concursal, donde se debe dar respuesta con carácter colectivo a los intereses de un número indeterminado de acreedores, no resulta apropiada para los acuerdos de sumisión. La normativa específica existente al respecto, a la que se remite desde el art. 22 septies LOPJ —Reglamento (UE) 2015/848<sup>52</sup> y Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>53</sup>—, así lo demuestra.

25. La segunda conclusión a la que nos referíamos es que la *derogatio fori* sí se permitirá en relación con los foros de competencia comprendidos en el art. 22 ter.1 LOPJ, que son el foro de la sumisión, el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales de los arts. 22 quáter y 22 quinquies. Como en este caso se trata de determinar la operatividad del acuerdo de sumisión expresa en favor de tribunales extranjeros debemos descartar la referencia a la sumisión a los tribunales españoles, quedándonos que la *derogatio fori* puede operar en aquellos supuestos en que nuestros tribunales resulten competentes en base al foro general del domicilio del demandado o en base a los foros especiales<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> AMORES CONRADI, M., *op. cit.*, nota 8, p. 147; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 8, p. 339; GARAU SOBRINO, F., *op. cit.*, nota 44, p. 186; RODRÍGUEZ BENOT, A., *op. cit.*, nota 8, p. 97; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 8, pp. 303-304.

<sup>50</sup> Anteriormente ya tuvimos oportunidad de referirnos a la claridad con la que se pronunció en favor de la *derogatio fori* la Sentencia del TS (Sala 1.<sup>ª</sup>), de 13 de octubre de 1993, haciendo la salvedad de las materias objeto de competencia exclusiva (véase párr. 7).

<sup>51</sup> GARAU SOBRINO, F., *op. cit.*, nota 44, pp. 187-188.

<sup>52</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, DO L núm. 141, de 5 de junio de 2015.

<sup>53</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

<sup>54</sup> En este sentido ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, 11.<sup>ª</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 165; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ

26. Una vez determinada la naturaleza de los foros derogables, la cuestión que toca plantearse a continuación es si en relación con todas las materias cubiertas por estos foros puede ser operativa la *derogatio fori*. Al respecto, el art. 22 ter.5 LOPJ dispone que «no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos». En definitiva, se impone consultar cuáles son las materias respecto de las cuales cabe sumisión expresa a los tribunales españoles y, consecuentemente, a tribunales extranjeros.

27. Tenemos que ir para ello al art. 22 bis.1 de la LOPJ, cuyo tenor literal carece de sentido. Dice este precepto: «En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan competencia a los tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quater, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles exclusivamente competentes conforme a lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos».

28. Este precepto ya ha suscitado elocuentes comentarios. Por una parte, llama la atención la referencia que se hace a que nuestros tribunales serán competentes en aquellas materias en que una norma expresamente lo permita. Tal como se ha señalado, si el objetivo de la LOPJ es fijar la competencia de nuestros tribunales: ¿qué sentido tiene referirse a una norma para que lo permita?<sup>55</sup> Además, si con esa referencia se quiere aludir a una norma extraña a la propia LOPJ, como no existe, una interpretación literal del art. 22 bis LOPJ llevaría a la absurda conclusión de que la sumisión en favor de nuestros tribunales es imposible<sup>56</sup>. Por otra parte, el art. 22 bis.1 LOPJ prosigue señalando, como hemos visto, que no surtirán efectos los acuerdos que atribuyan competencia a los tribunales españoles si son contrarios a lo establecido en los arts. 22 quater, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles exclusivamente competentes conforme a lo establecido en el art. 22. Es evidente que la norma incurre en un sinsentido, pues no puede haber una sumisión a los tribunales españoles

---

LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Cizur Menor; Thomson Reuters, 2016, p. 123. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., señalan que como la *derogatio fori* se regula en el art. 22 ter LOPJ relativo al foro del domicilio del demandado, podría entenderse que solo este foro es el derogable; aunque concluyen señalando que la lógica y el buen sentido, así como el hecho de que el Reglamento 1215/2012 sea la norma modelo, inclinan a pensar que también pueden derogarse los foros especiales, *op. cit.*, nota 26, p. 386.

<sup>55</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La competencia judicial internacional en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, núm. 8614, de 28 de septiembre de 2015, pp. 1-11, esp. p. 4.

<sup>56</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, p. 358; CORDERO ÁLVAREZ, C. I., «La autonomía jurisdiccional en el sistema autónomo español tras la reforma de la LOPJ», en OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C. (dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 97-116, esp. p. 99.

que sea contraria a unas normas que tienen por objeto fijar la competencia de estos mismos tribunales.

29. En definitiva, el tenor literal del art. 22 bis.1 LOPJ resulta extremadamente confuso, lo cual tiene escasa incidencia desde el punto de vista de la *prorrogatio fori* por la preferencia aplicativa de numerosos instrumentos internacionales, y en particular del Reglamento 1215/2012, pero no así desde el punto de vista de la *derogatio fori*. Interesa reflexionar sobre el sentido querido de la norma, o al menos intentarlo, para determinar el ámbito material de admisibilidad de la *derogatio fori* en nuestra LOPJ<sup>57</sup>.

30. Si consideramos el contexto de la norma objeto de análisis, que es con la que se inicia el art. 22 bis LOPJ relativo a la sumisión a nuestros tribunales, cabe entender que a lo que pretendía referirse el legislador es a las materias en relación con las cuales pueden someterse las partes a nuestros tribunales. Se ha señalado que la dicción correcta del precepto, conforme a la intención querida del legislador, hubiera sido «en aquellas materias en las que no se excluya la sumisión o se condicione su ejercicio», «no surtirán efectos los acuerdos atributivos de competencia que no se ajusten a las condiciones establecidas en los arts. 22 quáter y 22 quinquies LOPJ»<sup>58</sup>. Se excluye de consideración la referencia que también se hace en el art. 22 bis LOPJ a los arts. 22 sexies y 22 septies LOPJ referidos a las medidas provisionales o de aseguramiento y a la materia concursal, por las razones anteriormente apuntadas.

31. Pues bien, dicha propuesta interpretativa llevaría a un resultado lógico en relación con el art. 22 quinquies LOPJ. Este precepto se refiere a los foros especiales en materia patrimonial, fundamentalmente obligaciones contractuales y extracontractuales, haciendo referencia expresamente en su encabezado a que se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita. Resulta por tanto claro que en relación con las materias previstas en el art. 22 quinquies LOPJ se admite la sumisión y no se excluye su ejercicio. En relación con algunas de las materias contempladas —los contratos de consumo y seguros— se establecen además condiciones especiales, inspiradas en el Reglamento 1215/2012<sup>59</sup>. La conclusión, en el ámbito que a nosotros interesa,

<sup>57</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., se muestra sin embargo partidario de una solución más drástica, al señalar que puede imaginarse lo que realmente quiso decir el legislador y a partir de ahí intentar «reconstruir» todo el precepto, pero que lo más oportuno sería simplemente hacer una *interpretatio abrogans*, por absurdo, de este apartado, *op. cit.*, nota 55, p. 4.

<sup>58</sup> ESPINAR VICENTE, J. M. y PAREDES PÉREZ, J. I., «Análisis y valoración crítica de la regulación de la sumisión a la jurisdicción española antes y después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 7/1985)», *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 199-247, esp. pp. 232-233; ESPINAR VICENTE, J. M., «Los riesgos de la incorrecta adaptación de las normas de la Unión Europea. La sumisión de las partes a la jurisdicción española tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015», *La Ley, Unión Europea*, 30 de noviembre de 2015, núm. 31, pp. 1-6, esp. p. 3.

<sup>59</sup> Como muestra de la defectuosa técnica legislativa de la LOPJ, las limitaciones en relación con los contratos de seguro y consumo se reiteran, con algún matiz diferenciador, tanto en el art. 22 bis.1.II como en el párrafo final del art. 22 quinquies LOPJ. Sobre las limitaciones en relación con las cláusulas de sumisión expresa insertas en las condiciones generales referidas a contratos de consumo, véase FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., «Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la

sería que en relación con las materias contempladas en el art. 22 quinquies LOPJ se admitiría la *derogatio fori*, con la limitación particular en aquellos contratos en los que existe una parte débil como, por otra parte, ya venía defendiendo la doctrina antes de la reforma de la LOPJ<sup>60</sup>.

32. Interesa señalar que el contrato de trabajo no se contempla por tratarse de una materia regulada en el art. 25 LOPJ relativo al orden social, a pesar de que en el marco del Reglamento 1215/2012 se regula de forma muy similar a los contratos de consumo y seguros. Anteriormente ya tuvimos oportunidad de referirnos a la Sentencia del TJUE de 19 de julio de 2012, *Mahamdia*, asunto C-154/11<sup>61</sup>, donde no se descartó la eficacia de una cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales de un tercer Estado inserta en un contrato de trabajo, siempre que no privara al trabajador, como parte más débil, de la posibilidad de acudir a otros tribunales que fueran competentes con arreglo al Reglamento. EL TJUE realizó una interpretación tuitiva de los intereses del trabajador, en línea similar a lo que establece nuestra LOPJ en relación con los contratos de consumo y seguros, que puede servir de modelo a nuestros tribunales.

33. Por otra parte, más difícil resulta llegar a una conclusión clara con la propuesta interpretativa anteriormente señalada en relación con el art. 22 quáter LOPJ, donde se regulan los foros especiales en materia de persona, familia y sucesiones. Para empezar, este precepto, a diferencia del art. 22 quinquies LOPJ, no hace referencia expresa en su encabezado a los acuerdos de sumisión expresa o tácita. Aunque alude a que es aplicable en defecto de los criterios anteriores, entre los que se encontraría el art. 22 bis LOPJ relativo a la sumisión, lo cierto es que la diferencia de redacción que presenta con el art. 22 quinquies LOPJ da pie a divergencias interpretativas<sup>62</sup>. Se añade que de acogerse una interpretación favorable a que no se excluye la operatividad de la sumisión, se observa que solo se establece en el art. 22 quáter LOPJ un condicionante en relación con la elección de foro en materia sucesoria, sin que tenga sentido, considerando las materias que se regulan, entender su admisión generalizada en relación con las demás. La problemática se trata de solventar con la referencia a un condicionante implícito basado en un criterio de proximidad, siempre que se trate de un procedimiento de jurisdicción contenciosa en el que haya partes que puedan disponer libremente de sus derechos para llegar a un acuerdo<sup>63</sup>.

---

Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios», *REEI*, 2015, núm. 29, pp. 1-36.

<sup>60</sup> AMORES CONRADI, M., *op. cit.*, nota 8, p. 147; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 8, p. 339; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 8, pp. 303-304.

<sup>61</sup> Véase nota 31.

<sup>62</sup> ESPINAR VICENTE, J. M. y PAREDES PÉREZ, J. I., no descartan los acuerdos de sumisión en relación con las materias comprendidas en el art. 22 quáter LOPJ, *op. cit.*, nota 58, pp. 235-236. Pero FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., se muestran más partidarios de una interpretación que atienda al tenor literal del art. 22 quáter, que no se refieren expresamente a la sumisión con la salvedad de la materia sucesoria, aun reconociendo que se trataría de una solución que carecería de justificación debido al tenor de los instrumentos europeos, *op. cit.*, nota 54, p. 114.

<sup>63</sup> ESPINAR VICENTE, J. M. y PAREDES PÉREZ, J. I., *op. cit.*, nota 58, pp. 235-236; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., señalan concretamente que en base a estos requisitos quedarían fuera del

34. Con independencia de estos posicionamientos a nivel doctrinal, sí tenemos al menos la certeza de que los acuerdos de sumisión expresa se permiten en diversos Reglamentos de la UE vinculados al Derecho de familia y sucesiones, con ciertas limitaciones basadas en un criterio de proximidad y particulares exigencias de carácter formal —Reglamentos 2201/2003, 4/2009, 650/2012, 2016/1103, 2016/1104—, que en algunos casos llegan a desplazar por completo a nuestra LOPJ. La referencia que se hace en el art. 22 ter.5 LOPJ a que no tendrá efecto la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos, debería llevarnos, dada la deficiente redacción de la LOPJ, a tomar como guía lo dispuesto en los Reglamentos europeos<sup>64</sup>. En las materias previstas en los Reglamentos mencionados queda claro que se admite la sumisión a los tribunales españoles, y si ése es el criterio a seguir para determinar el ámbito de admisibilidad de la *derogatio fori*, habría que actuar en consecuencia<sup>65</sup>.

---

ámbito de la sumisión los litigios cuyo objeto versa sobre el estado jurídico de los menores, los que se refieren a cuestiones vinculadas a la identidad y capacidad de las personas, como son los procesos de incapacitación y filiación, y los procesos en los que estén presentes intereses públicos o estatales o relativos al funcionamiento de los servicios públicos, *op. cit.*, nota 26, p. 359. Para un análisis del impacto que puede tener el carácter inquisitivo o dispositivo del proceso o el carácter de jurisdicción contenciosa o voluntaria del proceso sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad, véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 51-74, esp. pp. 56 y ss.

<sup>64</sup> El Reglamento 2201/2003 no contempla los acuerdos de elección de foro en relación con los supuestos de divorcio y separación judicial y la propuesta de reforma que se está tramitando tampoco, véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional?», en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (dirs.), HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (coords.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 91-102. Como ello obedece a un criterio de política legislativa consistente en que la adopción de esta reforma no se vea afectada por el principio de unanimidad y no a que se consideren inadecuados los acuerdos de elección de foro en relación con esta materia, pensamos que el divorcio y la separación judicial podrían quedar incluidos en el ámbito material de admisibilidad de la *derogatio fori*. De hecho, contamos con antecedentes jurisprudenciales en nuestro país en los que se han aceptado los acuerdos de sumisión en relación con esta materia, véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, p. 359.

<sup>65</sup> Se ha planteado si en relación con estos Reglamentos debería seguirse el mismo criterio que hemos visto a propósito del Reglamento 1215/2012, donde se mantiene que la *derogatio fori* depende del Derecho nacional dado que el Reglamento no se ocupa de esta cuestión —recuérdese el Informe Schlosser y la Sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime*, asunto C-387/98—. Una postura diferente en relación con estos Reglamentos se basaría en el completo desplazamiento que algunos de ellos hacen de las soluciones contenidas en la LOPJ, de forma que si el Reglamento en cuestión no se ocupa de los acuerdos de sumisión en favor de los tribunales de un tercer Estado habría que descartar su eficacia. No obstante, estamos de acuerdo con JIMÉNEZ BLANCO, P. cuando afirma que se trataría de un argumento de carácter formal y que resultaría cuestionable que esta normativa europea tuviera tal vocación de universalidad como para privar de toda eficacia derogatoria a un acuerdo de sumisión en favor de los tribunales de un tercer Estado, *op. cit.*, nota 63, p. 64.

#### 4.2. El acuerdo tiene que celebrarse con ocasión de una determinada relación jurídica en favor de un tribunal extranjero

35. Para que se plantee la *derogatio fori* las partes deben haberse sometido expresamente a los tribunales de un Estado extranjero. Tras la reforma de la LOPJ, el art. 22 bis.2 ofrece una definición de qué debe entenderse por acuerdo de sumisión expresa a favor de los tribunales españoles: «Aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual»<sup>66</sup>. Esta misma definición habrá de servirnos para apreciar, desde nuestra perspectiva de análisis, cuándo se han sometido a un tribunal extranjero.

36. Como cabe observar se requiere un pacto, esto es, que las partes se hayan puesto de acuerdo a través de la expresión de su consentimiento. Como la existencia del consentimiento se ha venido vinculando con el cumplimiento de los requisitos formales, nos referiremos a esta cuestión en el siguiente epígrafe. En segundo término, ese pacto debe ser para atribuir competencia a los tribunales españoles, que en nuestro caso sería a tribunales extranjeros. Siguiendo las pautas interpretativas que nos ofrece el Reglamento 1215/2012, por la evidente influencia que ha tenido en nuestra LOPJ, el pacto podrá realizarse en favor de los tribunales de un Estado extranjero en general o de un tribunal específico de un Estado extranjero, pudiendo bastar también una circunstancia objetiva que permita determinar con claridad el tribunal al que las partes han querido someterse. En tercer lugar, el pacto o acuerdo de sumisión expresa debe estar referido a una determinada relación jurídica, que es una cuestión diferente del alcance que se quiera dar a este acuerdo. Como dice el propio art. 22 bis.2 LOPJ, el acuerdo puede estar referido al conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre las partes respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual<sup>67</sup>. En cuarto término, aunque en la definición del art. 22 bis.2 LOPJ no se haga una referencia a la presunción en favor del carácter exclusivo del acuerdo, pues desde una perspectiva unilateral no tendría sentido ir más allá de aludir a la competencia

---

<sup>66</sup> La incorporación de esta definición debe valorarse positivamente, pues con anterioridad se acudía a los requisitos previstos en nuestras normas internas de competencia territorial, que no resultaban adecuados, véase RODRÍGUEZ BENOT, A., «España en el espacio judicial europeo: ¿primeros tropiezos jurisprudenciales?», *REDI*, 1994, núm. 2, pp. 587-627, esp. pp. 598-599.

<sup>67</sup> Como se señaló en la Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 1992, *Powell Duffryn*, asunto C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115, con este requisito se trata de evitar que una parte resulte sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan darse en las relaciones que mantiene con la otra parte y que puedan derivar de relaciones distintas de aquella con motivo de la cual se pactó el acuerdo atributivo de competencia (p. 31). En la Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, asunto C-352/13 (ECLI:EU:C:2015:335) se ha vuelto a aludir a esta cuestión, incorporando reflexiones sobre si la cláusula incorporada en un contrato podría extenderse a cuestiones de responsabilidad delictual (pp. 68-69).

de los tribunales españoles, entendemos que cabe deducirla del art. 22 ter.4 LOPJ, cuando se refiere a que la competencia podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero. Cualquier efecto diferente de esta exclusión entendemos que debería especificarse en el acuerdo.

37. La sumisión a los tribunales españoles no se supedita a la existencia de vínculos con nuestro país, por lo que habría que considerar que tampoco se requerirán vínculos con el tribunal extranjero elegido<sup>68</sup>. Esta libertad que-remos ponerla en relación con la línea jurisprudencial a la que anteriormente nos referíamos, en el sentido de rechazar la *derogatio fori* cuando la plantea el demandado domiciliado en nuestro país, por considerar que se trataría de un abuso de derecho prohibido por el art. 11.2 LOPJ, dado que lo más beneficioso para este demandado se supone que es litigar ante los tribunales de su domicilio.

38. Tal interpretación ignora que las partes llegaron a un acuerdo para litigar ante unos determinados tribunales y que el demandado puede estar interesado en mantener la vigencia de dicho acuerdo por razones vinculadas al derecho material o procesal aplicable<sup>69</sup>. La doctrina se ha decantado por ello de forma prácticamente unánime en contra de dicha línea jurisprudencial, señalando que el abuso de derecho solo podría apreciarse en circunstancias muy excepcionales<sup>70</sup>. En cuanto a cuáles podrían ser esas circunstancias excepcionales hemos de señalar que el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro contempla algunas situaciones en las que no operaría la *derogatio fori*, que podrían servir de modelo. Su art. 6.c) se refiere a situaciones de manifiesta injusticia o de contrariedad con el orden público del tribunal ante el que se ha acudido y su art. 6.d) a causas excepcionales que fueran más allá del control de las partes, que aparecen ejemplificadas en el Informe que acompaña al Convenio quedando de manifiesto que se trata de circunstancias muy excepcionales<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Esta afirmación debe matizarse en relación con el sector del Derecho de familia y sucesiones si se toman como modelo los Reglamentos de la UE para admitir la *derogatio fori* (véase párr. 34), dado que dichos Reglamentos sí establecen límites en relación con la elección del tribunal competente.

<sup>69</sup> ESTEBAN DE LA ROSA, F., *op. cit.*, nota 21, p. 293; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., se ha referido a argumentos relacionados con el fundamento contractual de la cláusula de elección de foro, así como a razones de eficiencia para descartar el abuso de derecho salvo en circunstancias muy excepcionales, *op. cit.*, nota 3, pp. 111 y ss.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, nota 23, pp. 378 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, pp. 387-388; GARAU SOBRINO, F., *op. cit.*, nota 44, p. 194.

<sup>71</sup> En el Informe explicativo del Convenio se señala que en el art. 6.c) quedarían comprendidas las situaciones en que una de las partes no pudiera obtener un procedimiento justo en el Estado extranjero, quizás por parcialidad o corrupción, o porque existieran otros motivos concretos relacionados con esa parte que le impidieran incoar un procedimiento o defenderse en un procedimiento ante el tribunal elegido; y como ejemplo de situaciones que quedarían comprendidas en el art. 6.d) se alude a que hubiera una situación de guerra en el Estado al que pertenece el tribunal elegido o a que el tribunal elegido hubiera dejado de existir o hubiera cambiado tan profundamente que no se le pudiera seguir considerando como el mismo tribunal que eligieron las partes, HARTLEY, T. y DOGAUCHI, M., *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, editado por la Oficina Permanente de la Conferencia, <http://www.hcch.net> (consultada el 19 de octubre de 2017), p. 51.

### 4.3. La validez formal del acuerdo

39. El art. 22 bis.2 LOPJ dispone que el acuerdo de sumisión expresa «deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero».

40. Como cabe observar, se trata de una formulación claramente inspirada en el Reglamento 1215/2012<sup>72</sup>, que difícilmente tendrá operatividad en lo que a la sumisión de las partes a nuestros tribunales se refiere, dado su carácter subsidiario. Entendemos que sí debe servirnos no obstante para apreciar que las partes se han sometido válidamente a un tribunal extranjero a efectos de que opere la *derogatio fori*<sup>73</sup>. Dichos requisitos de forma son fruto de una evolución normativa, que ha venido determinada en buena medida por la jurisprudencia del TJUE, con la que se ha tratado de encontrar un equilibrio entre los intereses derivados del comercio internacional, que exigen huir de excesivos formalismos, y el principio de seguridad jurídica, que exige garantizar que el consentimiento de las partes efectivamente se ha prestado<sup>74</sup>. Como ya han sido amplia y exhaustivamente analizados a propósito del Reglamento 1215/2012 no vamos a entrar aquí en su análisis, limitándonos a reflexionar sobre dos aspectos que nos resultan interesantes en relación con la *derogatio fori*.

41. Como veíamos en el epígrafe anterior, el acuerdo de sumisión expresa, a los tribunales españoles o a los tribunales extranjeros, se basa en un pacto entre las partes (art. 22 bis.2 LOPJ). La jurisprudencia del TJUE a propósito de los requisitos de validez formal ha venido vinculando su cumplimiento con la existencia del consentimiento, desde sus primeras decisiones sobre el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Como el Regla-

---

<sup>72</sup> El art. 22 bis.2 LOPJ dispone también que «se considerará igualmente que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación dentro del proceso iniciado en España, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra». Esta precisión adicional, que se aparta de lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012, ha sido justamente criticada por la doctrina señalando que si este acuerdo se produce *intra processum* estaríamos en realidad ante un supuesto de sumisión tácita, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, p. 363; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 55, p. 5.

<sup>73</sup> Al igual que señalamos en el epígrafe anterior, si se toman como modelo los Reglamentos de la UE para admitir la *derogatio fori* en materia de Derecho de familia y sucesiones, habría que considerar que en estos Reglamentos los requisitos formales son más estrictos.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ BENOT, A., «Art. 25», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLÉN, M. L. y MONTERO MURIEL, F. J. (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, p. 565.

mento 1215/2012 ha introducido una solución para las cuestiones de validez material, se ha planteado cuál debía ser el ámbito de aplicación de esta nueva disposición y si debía extenderse a la existencia del consentimiento. La doctrina ha sido prácticamente unánime al señalar que la línea interpretativa del TJUE no debía verse afectada y que el consentimiento debía seguir deduciéndose del cumplimiento de los requisitos formales<sup>75</sup>. Se añade que esta interpretación se ha confirmado en dos recientes sentencias del TJUE, que aunque referidas al Reglamento 44/2001, tienen el interés añadido de que mantienen la interpretación anterior en un contexto en el que el Reglamento 1215/2012 ya se encuentra vigente —Sentencia del TJUE de 7 de julio de 2016, *Höszig*, as. C-222/15 (p. 38)<sup>76</sup> y de 28 de junio de 2017, *Leventis y Vafias*, asunto C-436/16 (p. 34)<sup>77</sup>—.

42. Tal interpretación pensamos que se extenderá a nuestra LOPJ a efectos de apreciar que existe el acuerdo de las partes en favor de un tribunal extranjero, dado que el art. 22 bis.2 LOPJ es una copia de lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012. Y como la aplicación de esta normativa se ha interpretado en la práctica de forma muy flexible, especialmente cuando se ha hecho referencia a los usos del comercio internacional, puede suceder que desde la perspectiva del tribunal extranjero elegido se considere que el acuerdo no es válido, si tiene criterios más restrictivos a este respecto. Recuérdese que estamos analizando los acuerdos de sumisión expresa en favor de tribunales de Estados extranjeros, con los que carecemos de una normativa uniforme y común.

43. El segundo aspecto sobre el que queríamos reflexionar está relacionado con el anterior. Como es bien sabido, la Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 1999, *Castelleti*, asunto C-159/9<sup>78</sup>, se refirió a los usos del comercio internacional para pronunciarse en favor de la validez de una cláusula de sumisión expresa inserta por una de las partes en un conocimiento de embarque. A nivel interno, nuestra jurisprudencia se ha referido también en numerosas ocasiones a esta modalidad de validez formal en relación con este mismo supuesto, llegando a igual resultado<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Entre otros, MAGNUS, U., «Sonderkollisionsnorm für das Statut von Gerichtsstands- und Schiedsgerichtvereinbarungen?», *IPRax*, 2016, núm. 6, pp. 521-531, esp. p. 523; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Prorogation of Jurisdiction», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 293; HERRANZ BALLESTEROS, M., «The Regime of Party Autonomy in the Brussels I Recast: the Solutions Adopted for Agreements on Jurisdiction», *Journal of Private International Law*, vol. 10, 2014, núm. 2, pp. 291-308, esp. p. 302.

<sup>76</sup> ECLI:EU:C:2016:525.

<sup>77</sup> ECLI:EU:C:2017:497.

<sup>78</sup> ECLI:EU:C:1999:142. nota de RODRÍGUEZ BENOT, A., *REDI*, 1999, núm. 2, pp. 701 y ss.

<sup>79</sup> A modo de ejemplo véase Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>), de 20 de septiembre de 1999, *AEDIPr*, t. I, 2001, con nota de MIGUEL ASENSIO, P. A., pp. 888-901 y de RODRÍGUEZ BENOT, A., *REDI*, vol. LII, 2000, núm. 2, pp. 568-573; Sentencia de la AP de Valencia de 18 de octubre de 2000, *AEDIPr*, t. II, 2002, con nota de ÁLVAREZ RUBIO, J. J., pp. 609-618; Sentencia de la AP Cádiz de 28 de mayo de 2001 y Auto de la AP Cádiz de 10 de septiembre de 2001, *AEDIPr*, t. III, 2003, con nota de FACH GÓMEZ, K., pp. 805-820; Sentencia de la AP de Pontevedra (Sección 5.<sup>a</sup>), de 14 de enero de 2002 y Sentencia de la AP de Cantabria (Sección 4.<sup>a</sup>), de 10 de julio de 2002, *AEDIPr*, t. IV, 2004, con nota de ESTEVE

44. Pues bien, la reciente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima<sup>80</sup>, pretende poner fin a tal interpretación a través de su art. 468, que establece lo siguiente: «Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo»<sup>81</sup>.

45. Este precepto se aplica en defecto de norma internacional. En el caso de que las partes se hubieran sometido a los tribunales de un Estado miembro de la UE se aplicará el art. 25 del Reglamento 1215/2012<sup>82</sup>, sin que la interpretación que ha ido desarrollando el TJUE debiera verse afectada por el mencionado art. 468. Pero en el caso de que las partes se hubieran sometido a los tribunales de un tercer Estado sí sería relevante, de modo que el requisito de que hayan sido negociadas individual y separadamente supondría que no bastaría para su validez con la mera inserción del acuerdo de sumisión por una de las partes en el clausulado impreso de un contrato y la consiguiente apelación a los usos del comercio internacional<sup>83</sup>.

---

GONZÁLEZ, L., pp. 732-757; Auto de la AP Cádiz (Sección 7.ª), de 22 de diciembre de 2003, *AEDIPr*, t. V, 2005, con nota de GARAU SOBRINO, F., pp. 604-617; Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 29 de septiembre de 2005, *AEDIPr*, t. VI, 2006, con nota de FUENTES CAMACHO, V., pp. 838-848; Auto de la AP de Madrid (Sección 28.ª), de 23 de abril de 2010, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1048-1051; Auto de la AP de Madrid (Sección 28.ª), de 17 de octubre de 2011, *AEDIPr*, 2011, t. XI, pp. 1096-1098.

<sup>80</sup> BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

<sup>81</sup> El sector asegurador ha influido en la reforma que incorpora la Ley de Navegación Marítima, pues en los litigios relativos a la validez de los acuerdos de elección de foro insertos en un conocimiento de embarque suele aparecer como parte involucrada una aseguradora, subrogada en los derechos de una de las partes originarias del contrato. A los intereses del sector asegurador obedece el art. 251 de la Ley, conforme al cual el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el Capítulo I del Título IX; así como el referido art. 468 de la Ley, que es al que se remite desde el art. 251, que trata de evitar el automatismo con que los jueces españoles han venido vinculando la existencia y validez del acuerdo con los usos del comercio internacional. Véase SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN, A. M., «La Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos», *Diario La Ley*, de 13 de julio de 2016, núm. 8802, pp. 1-14.

<sup>82</sup> La misma consideración debe hacerse en relación con otros convenios internacionales, particularmente, el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, que es prácticamente idéntico. En relación con el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 debe tenerse en cuenta que en su art. 2.f) excluye de su ámbito de aplicación el transporte de personas y de mercaderías.

<sup>83</sup> En este sentido ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La dimensión procesal internacional en la Ley de navegación marítima», *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 159-203, esp. p. 177. En palabras de GÓMEZ JENE, M., el art. 468 de la Ley de Navegación Marítima eleva excesivamente el nivel de seguridad jurídica en este ámbito, desmarcándose de las tendencias legislativas y jurisprudenciales más modernas que, sin renunciar a un estándar mínimo de seguridad jurídica, intentan encontrar un punto de equilibrio entre esa seguridad y el principio de *favor negotii*, «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, núm. 2, pp. 112-129, esp. p. 114.

46. Esta decisión de nuestros tribunales en nada influiría la decisión del tribunal extranjero elegido, lo cual podría generar un escenario de una cierta complejidad procesal si este órgano tuviera, en relación con esta materia, unos criterios más permisivos<sup>84</sup>. Como ya hemos señalado, nos movemos en un entorno de falta de uniformidad jurídica, con lo que la apreciación de los tribunales de los distintos Estados vinculados con la relación jurídica sobre la validez del acuerdo de sumisión puede variar. Se añade, como factor de complejidad adicional, que el art. 468 de la Ley de Navegación Marítima aboca a nuestros tribunales a proceder de forma diversa en función de cuál sea el Estado a cuyos tribunales se han sometido las partes, lo cual no parece que vaya a ser tarea fácil<sup>85</sup>. No hay que descartar que este precepto acabe generando una interpretación más restrictiva en relación también con el Reglamento 1215/2012. De momento nuestra jurisprudencia, aunque escasa y por tanto poco significativa, no muestra que vaya a ser así. Cabe referirse a dos Autos de la AP de Valencia, de 8 de noviembre de 2016<sup>86</sup> y de 15 de mayo de 2017<sup>87</sup>, donde se diferenció entre el acuerdo de sumisión a favor de un Estado miembro y de un tercer Estado, para justificar que en este último caso sí cabía hacer una interpretación más restrictiva al amparo del art. 468 de la Ley de Navegación Marítima.

#### 4.4. La validez material del acuerdo

47. El art. 22 bis.2 LOPJ dispone que la competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión. En relación con este párrafo se ha señalado que la validez solo puede ser enjuiciada por los tribunales españoles, cuestionando que quién si no iba a enjuiciarla, y que ello debe ser así tanto en relación con el efecto prorrogatorio como derogatorio del acuerdo, a pesar del silencio del art. 22 ter.4 LOPJ a este respecto<sup>88</sup>.

48. Considerando la influencia que el Reglamento 1215/2012 ha tenido en la reforma de la LOPJ, esa referencia a la competencia del órgano jurisdiccional elegido para pronunciarse sobre la validez del acuerdo, entendemos que puede relacionarse con la autonomía que tiene este acuerdo con respecto al contrato en el que normalmente se contiene —su validez se contempla específicamente para hacer competente al tribunal elegido—, y que ese pronunciamiento debe englobar también las cuestiones de validez material.

49. Conforme al art. 25 del Reglamento 1215/2012, el tribunal elegido será competente, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno Derecho en cuan-

---

<sup>84</sup> MIGUEL ASENSIO, P., «Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de navegación marítima», blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, entrada el 9 de octubre de 2014 (consultado por última vez el 14 de octubre de 2017).

<sup>85</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *op. cit.*, nota 83, p. 180.

<sup>86</sup> Consultada en CENDOJ, ECLI:ES:APV:2016:607A.

<sup>87</sup> Consultada en CENDOJ, ECLI:ES:APV:2017:1811A.

<sup>88</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 55, p. 5.

to a su validez material según el Derecho del Estado miembro elegido, lo cual incluirá sus normas sobre conflicto de leyes (cdo. 20). Se trata de una norma uniforme de remisión, inspirada en el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro<sup>89</sup>, con la que se ha introducido una respuesta para las cuestiones de validez material de la que antes carecía el Reglamento. Es de suponer que el art. 22 bis.2 LOPJ pretendiera referirse también a la validez material y, de hecho, su formulación en clave unilateral llevaría en la práctica a la misma consecuencia jurídica que el Reglamento: la validez material se decidiría conforme al Derecho español por el tribunal español que ha sido elegido.

50. De aceptarse la aplicación de esta misma solución en relación con la *derogatio fori* supondría que la validez material del acuerdo de sumisión habría de resolverse conforme al Derecho del tribunal extranjero elegido, incluyendo sus normas de conflicto<sup>90</sup>. Se trataría de una solución beneficiosa desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues se llegaría a la misma conclusión sobre la validez material del acuerdo que el tribunal supuestamente elegido. No obstante, su aplicación en la práctica, incluso en relación con los instrumentos internacionales que la recogen expresamente, nos suscita interrogantes dada su complejidad: al dato de que habrá de aplicarse un Derecho extranjero con la influencia que la actuación de las partes a este respecto pudiera tener, se añade que las soluciones previstas en dicho Derecho extranjero para la validez material de los acuerdos de sumisión expresa pueden ser poco claras o inexistentes —como muestra nuestro ordenamiento, donde se propone una aplicación analógica de lo dispuesto en el Reglamento 593/2008 (Roma I), que excluye esta materia de su ámbito de aplicación [art. 1.2.e)]<sup>91</sup>—.

#### 4.5. Tratamiento procesal

52. La parte demandada ante nuestros tribunales que quiere que se respete el acuerdo de sumisión expresa en favor de un tribunal extranjero debe plantear una cuestión de competencia judicial internacional. Si el deman-

<sup>89</sup> Al respecto véase BEAUMONT, P. y YÜRSEL, B., «The Validity of Choice of Court Agreements under the Brussels I Regulation and the Hague Choice of Court Agreements Convention», en BOELE-WOELKI, K., EINHORN, T., GIRSBERGER, D. y SYMEONIDES, S. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber amicorum K. Siehr*, Zurich, Schulthess, 2010, pp. 563-577; USUNIER, U., «Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25.1 du Règlement Bruxelles I bis», en AFFAKI, G. y GRIGERA NAON, H., *Jurisdictional Choices in Times of Troubles*, Paris, International Chamber of Commerce, 2015, pp. 158-176.

<sup>90</sup> Cuando se alude a cuestiones de validez material en el marco del Reglamento 1215/2012 se consideran los posibles vicios del consentimiento. La inclusión de las cuestiones de capacidad que pudieran afectar a la validez material del acuerdo de elección resulta más dudosa, considerando la exclusión de esta materia en relación con las personas físicas [art. 1.2.a)].

<sup>91</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, pp. 258-259.

dado comparece y contesta a la demanda se estaría sometiendo tácitamente a nuestros órganos jurisdiccionales. El demandado podría no comparecer. Pero en este caso hay que recordar que la *derogatio fori* se refiere a la actuación de nuestros tribunales en supuestos en los que tienen competencia judicial internacional, por lo que conforme a lo dispuesto en los arts. 36 y 38 LEC no procedería la abstención de oficio. Como se ha señalado además en relación con la polémica en torno a si en el marco del Reglamento 1215/2012 los acuerdos de sumisión expresa se controlan de oficio o a instancia de parte, si el interesado no lo alega, puede que el tribunal ni siquiera llegue a ser conocedor de que existe un acuerdo de sumisión en favor de los tribunales de otro Estado, dado que la información de la que dispondrá se limitará a la que le haya suministrado el demandante<sup>92</sup>.

53. La LOPJ ha introducido una peculiaridad en el tratamiento procesal. Tras señalar que la «competencia podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un tribunal extranjero, añade que los tribunales suspenderán el procedimiento y solo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia». En nuestro ordenamiento las cuestiones de competencia judicial internacional se plantean a través de la declinatoria (arts. 63 y ss. LEC)<sup>93</sup>, donde se prevé, si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, que lo declare mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso. Conforme a la LOPJ, la posibilidad de que los tribunales españoles pudieran ejercer finalmente su competencia quedaría en suspenso, merced a lo que decidiese un tribunal extranjero.

54. Tal disposición presenta como ventaja que al operar en un marco normativo caracterizado por la ausencia de uniformidad jurídica, tiene en cuenta que el órgano jurisdiccional supuestamente elegido puede considerar que el acuerdo no es válido. Su aplicación en la práctica puede plantear no obstante problemas, debido al carácter indefinido del plazo de suspensión, pues no se fija límite temporal alguno<sup>94</sup>. En este sentido, ante la posibilidad de que un tribunal extranjero se demorase excesivamente produciendo indefensión, sería conveniente ofrecer una solución inspirada en las normas sobre litispendencia y conexidad con terceros Estados, donde también está prevista la suspensión del procedimiento ante nuestros tribunales, con la salvedad de que podría retomarse su desarrollo si no se observa que el tribunal extranjero pueda concluir en un tiempo razonable<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> GARAU SOBRINO, F., *op. cit.*, nota 44, pp. 129-130; KRAMER, X., «Art. 28», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 317-318.

<sup>93</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>94</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 26, p. 386; CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *op. cit.*, nota 56, pp. 113-114; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, nota 55, p. 5.

<sup>95</sup> Véanse los arts. 33 y 34 del Reglamento 1215/2012 y los arts. 39 y 40 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

## 5. CONCLUSIONES

55. La incorporación de una disposición a nuestra LOPJ sobre la *derogatio fori* debe ser bien recibida, porque da respuesta a una carencia que presentaba nuestro ordenamiento, en el sentido que ya había anticipado la doctrina y jurisprudencia. Se puede decir que con esta reforma se incorpora por fin a nuestro sistema autónomo una regulación completa de los efectos de los acuerdos de sumisión expresa, cuya regulación estaba limitada hasta ahora a la *prorrogatio fori*.

56. Se trata de una regulación aplicable en defecto de normativa internacional, que suscita no obstante numerosos interrogantes debido a las deficiencias técnicas que presenta. Del tenor del art. 22 ter LOPJ se desprende que la *derogatio fori* puede operar cuando nuestros tribunales resulten competentes en virtud del foro general del domicilio del demandado o de los foros especiales, pero la determinación de las materias concretas en relación con las que puede operar no está clara. El art. 22 ter LOPJ remite al art. 22 bis LOPJ, cuyo tenor literal carece de sentido, lo cual obliga a tratar de averiguar lo que quiso decir nuestro legislador. Con una adecuada reforma de la LOPJ, la cuestión referente a las materias en relación con las que se admite la *derogatio fori* debería haber quedado resuelta con total claridad.

57. En la reforma de la LOPJ se observa una fuerte influencia del Reglamento 1215/2012, tanto en relación con la definición que se hace de lo que es un acuerdo de sumisión expresa, como en la regulación de los requisitos de validez formal e, implícitamente, de validez material. La apreciación de la validez del acuerdo de sumisión expresa en favor de tribunales extranjeros puede inspirarse por ello en la abundante jurisprudencia del TJUE a propósito de estos acuerdos en el marco del Reglamento.

### RESUMEN

#### LA DEROGATIO FORI EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

En este artículo se analiza el régimen de la *derogatio fori* tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo se centra en la actuación de los tribunales españoles de cara a verificar la existencia de un acuerdo de sumisión expresa a tribunales extranjeros, así como el control de su validez formal y material de cara a justificar la suspensión del procedimiento en nuestro país.

**Palabras clave:** *derogatio fori*, antecedentes, regulación, acuerdo de sumisión, validez formal y material.

### ABSTRACT

#### THE DEROGATIO FORI IN THE JUDICIARY ORGANIZATION ACT

This article deals with the regulation of the *derogatio fori* after the amendment of the Ley Orgánica del Poder Judicial (Judiciary Organization Act). The article focuses on the

way our tribunals should act to verify that the parties have agreed to submit the dispute to a foreign tribunal and that such agreement is valid from a formal and substantive perspective, in order to stay the proceedings in our country.

**Keywords:** *derogatio fori*, precedents, regulation, choice of court, formal and substantive validity.



## TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2014/60/UE SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DE UN ESTADO MIEMBRO MEDIANTE LA LEY 1/2017

María Jesús ELVIRA BENAYAS \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PUNTO DE PARTIDA; LA DIRECTIVA 93/7/CEE Y LA LEY 36/1994, DE 23 DE DICIEMBRE, DE INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 93/7/CEE.—2.1. El Reglamento 3911/92 y la Directiva 93/7/CEE.—2.2. La Ley 36/1994 de transposición de la Directiva 93/7/CEE.—3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILÍCITA DE UN ESTADO MIEMBRO Y SE ENCUENTREN EN OTRO ESTADO MIEMBRO: DIRECTIVA 2014/60/UE.—4. LEY 1/2017, DE 18 DE ABRIL, SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA.—4.1. Ámbito material.—4.2. La Autoridad Central y sus funciones.—4.3. La competencia de los tribunales españoles.—4.4. Juicio verbal y admisibilidad de la demanda. Indemnización equitativa.—4.5. Ley aplicable a la propiedad tras la restitución.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La publicación en abril de la Ley 1/2017<sup>1</sup>, por la que se traspone al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE<sup>2</sup> establece un nuevo marco para la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro y que se encuentren en territorio español. En tal supuesto

---

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid ([mariajesus.elvira@uam.es](mailto:mariajesus.elvira@uam.es)). Todas las páginas *web* citadas han sido consultadas el día 20 de noviembre de 2017, salvo que se indique otra fecha en el caso concreto.

<sup>1</sup> Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, *BOE* núm. 93, de 19 de abril de 2017.

<sup>2</sup> Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 (refundición), *DO L* núm. 159, de 28 de mayo de 2014.

debemos entender incluidos tanto aquellos bienes que hayan salido de nuestro territorio en infracción de las normas sobre protección de patrimonio como las relativas a la exportación de bienes culturales así como los que no hayan sido devueltos «al término de una salida temporalmente realizada legalmente, o que se infrinja cualquier otra condición de dicha salida temporal» (arts. 2 de la Directiva 2014/60/UE y 2.3 de la Ley 1/2017).

2. Para llegar hasta aquí se han sucedido distintas normas e iniciativas con el objetivo de reducir el tráfico ilegal de obras de arte y de establecer procedimientos para la restitución al lugar de donde salieron ilícitamente. El camino comienza con el Reglamento 3911/92<sup>3</sup> y la Directiva 93/7/CEE<sup>4</sup> —incorporada al ordenamiento español mediante la Ley 36/1994<sup>5</sup>— como una respuesta comunitaria al comercio ilícito de bienes culturales en la misma dirección que la Convención UNESCO de 1970<sup>6</sup> y, posteriormente, al Convenio UNIDROIT 1995<sup>7</sup>. Podemos encontrar sintonía entre los Convenios y las normas europeas pero también se han producido desencuentros, a los que nos referiremos posteriormente.

3. La escasa aplicación de la Directiva 93/7/CEE<sup>8</sup>, así como los avances en ciertas cuestiones vinculadas con el tráfico ilícito de bienes culturales<sup>9</sup> hicieron necesaria la revisión del texto que culminó con la Directiva 2014/60/

<sup>3</sup> El Reglamento (CEE) núm. 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre, relativo a la exportación de bienes culturales, *DO L* núm. 395, de 31 de diciembre de 1992.

<sup>4</sup> Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, *DO L* núm. 74, de 27 de marzo de 1993.

<sup>5</sup> Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, *BOE* núm. 307, de 24 de diciembre de 1994. Fue modificada por Ley 18/1998, de 15 de junio, de modificación parcial de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, *BOE* núm. 143, de 16 de junio de 1998; y por el Real Decreto 211/2002, de 22 de febrero, por el que se actualizan determinados valores incluidos en la Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, *BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2002.

<sup>6</sup> Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 de noviembre de 1970 (en adelante Convención UNESCO), *BOE* núm. 31, de 5 de febrero de 1986.

<sup>7</sup> Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (en adelante Convenio UNIDROIT), *BOE* núm. 248, de 16 de octubre de 2002.

<sup>8</sup> Por las razones que más adelante veremos contenidas en los cuatro informes de seguimiento de la Directiva.

<sup>9</sup> Principalmente en lo relativo a la cooperación penal o administrativa/aduanera. Así, por ejemplo, véanse *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, elaborado por CECOJI-CNRS, Informe final, octubre de 2011, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ca56cfac-ad6b-45ab-b940-e1a7fa4458db/language-en>; y el informe encargado a Deloitte por la DG de Impuestos y aduanas. «Fighting illicit trafficking in cultural goods: analysis of customs issues in the EU», Informe final, junio de 2017, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fadd3791-aa40-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF> (consultados ambos el 15 de octubre de 2017).

UE. Veremos las novedades que esta introduce respecto de aquella así como los elementos que mantiene pero que deben ser valorados en un nuevo contexto. Nuevo contexto en el que es necesario mencionar la introducción de un foro especial para la restitución de bienes culturales (art. 7.4) del Reglamento 1215/2012<sup>10</sup> (en adelante *RBI bis*).

Todo ello conforma la Ley 1/2017 y determinará la aplicación de la misma. Veamos pues el desarrollo de las normas indicadas y cómo se materializan en este texto.

## **2. PUNTO DE PARTIDA: LA DIRECTIVA 93/7/CEE Y LA LEY 36/1994, DE 23 DE DICIEMBRE, DE INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 93/7/CEE**

4. El interés de la Unión Europea en la protección de los bienes culturales se muestra desde sus inicios<sup>11</sup>. Así, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957<sup>12</sup>, se disponía, de una parte, la libertad de importación y exportación de mercancías (arts. 28 y 29) y de otra, las posibles restricciones a la misma (art. 36) vinculados con la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.

5. La clave del desarrollo posterior la encontramos en el art. 13 del Acta Única Europea<sup>13</sup>, que establecía el 31 de diciembre de 1992 como fecha límite para establecer un mercado europeo sin fronteras interiores. Esta nueva situación puso de manifiesto la necesidad de crear mecanismos de protección para los bienes culturales, toda vez que el Tribunal de Justicia había indicado su inclusión en categoría de «mercancías»<sup>14</sup>. Así, el Parlamento Europeo en su Resolución de 13 de diciembre de 1990<sup>15</sup> pedía la adopción de medidas de control en la exportación de estos bienes así como la conveniencia de estable-

---

<sup>10</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

<sup>11</sup> Sobre el desarrollo de esta protección, véanse, entre otros, VERÓN BUSTILLO, E. J., *Protección del Patrimonio Histórico en la UE*, Documento de investigación sobre Seguridad interior, DOC-ISIE núm. 21/2014, de 23 de junio de 2014, [www.iuisi.es](http://www.iuisi.es); SABEL DEL ESTAL, M., «Circulación y tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2014, núm. 3, pp. 113-148, [www.ceej.es](http://www.ceej.es), o ÁLVAREZ JIMÉNEZ, J. I., «La protección del patrimonio cultural europeo frente a la exportación ilegal», *Revista de Derecho UNED*, 2010, núm. 6, pp. 13-40.

<sup>12</sup> Véase la Versión consolidada del mismo, *DO C* núm. 325, de 24 de diciembre de 2002.

<sup>13</sup> *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 1987. Véase, así mismo, como muestra de este temprano interés, CHATELAIN, J., *Means of combating the theft of and illegal traffic in works of art in the nine countries of the EEC. XII/757/76-E* (EU Commission - Working Document), 1976, <http://aei.pitt.edu/id/eprint/38742>.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (en adelante STJ) de 10 de diciembre de 1968, asunto 7/68, *Comisión c. Italia*, ECLI:EU:C:1968:51. En ella se indica que debe entenderse por mercancías «los productos que puedan valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de transacciones comerciales».

<sup>15</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre circulación de bienes culturales en la perspectiva del mercado único (A3-324/90), *DO C* núm. 19, de 28 de enero de 1991, pp. 287-289.

cer un sistema de restitución de los bienes culturales exportados ilegalmente así como otras medidas administrativas y penales.

6. Las medidas que se adoptaron se desarrollaban en dos direcciones: una, la relativa a la exportación de los bienes culturales y, la otra, la referida a la restitución de los bienes culturales que hubiesen salido ilegalmente de un Estado miembro (ya fuese por exportación ilegal, ya por ser objeto de algún delito). En el primer caso, la medida adoptada fue el Reglamento (CEE) núm. 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre, relativo a la exportación de bienes culturales —derogado por el Reglamento 116/2009—<sup>16</sup> y, en el segundo, la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo, adoptada con el fin de restituir bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro —derogada, entre otras, por la Directiva 2014/60/UE, a la que nos referiremos más adelante—.

## 2.1. El Reglamento 3911/92 y la Directiva 93/7/CEE

7. Ambos instrumentos conforman la estructura básica (inicial) de protección para la circulación de bienes culturales. El Reglamento supedita las exportaciones de estos a la presentación de una autorización de exportación, pudiendo ser denegada si los bienes están amparados por una legislación nacional que los protege y contempla tanto la exportación intracomunitaria como la que tiene como destino terceros Estados. Mientras, la Directiva establece reglas para la restitución de bienes que hayan salido del territorio de un Estado miembro, bien en infracción de las disposiciones nacionales, bien del Reglamento 3911/92 y se encuentre en otro Estado miembro en el momento de solicitar la restitución del mismo. Con estos instrumentos se pretende crear un sistema cuya aplicación sea «lo más sencilla y eficaz posible»<sup>17</sup>. Por ello, los bienes protegidos en ambos casos forman parte de un listado común incorporado en respectivos Anexos y establecen mecanismos coordinados entre sí<sup>18</sup>.

8. Por su parte, la Directiva perfila una definición común de qué se entiende por bien cultural para ser protegido por la misma. Para ello utiliza un listado de categorías que establece mediante un anexo. Así mismo incorpora la figura de las Autoridades Centrales y regula sus funciones en la restitución de bienes (arts. 3 y 4), determina el cómputo para la prescripción de la demanda de restitución de un año (art. 7), fija la posibilidad de una compensación para el poseedor de buena fe que haya actuado con la diligencia debida (art. 9), así como una regla sobre Derecho aplicable a la propiedad tras la restitución (art. 12). Podemos determinar dos tipos de reglas: las que tienen una naturaleza administrativa (como es el caso de la referencia a las Autoridades

<sup>16</sup> Reglamento (CE) núm. 116/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, *DO L* núm. 39, de 10 de febrero de 2009.

<sup>17</sup> Considerando 3 de la Directiva 93/7/CEE.

<sup>18</sup> Principalmente en lo que se refiere a la cooperación administrativa.

Centrales) y aquellas que se refieren, estrictamente, a la restitución del bien (plazos, procedimiento/tribunal que puede conocer o Derecho aplicable)<sup>19</sup>.

9. Pero los Informes sobre la aplicación de la Directiva —previstos en su art. 16—<sup>20</sup> desvelaron que esta no había sido adecuadamente aplicada por varios motivos, que no era lo suficientemente disuasoria para evitar la salida ilícita de bienes culturales a otros Estados miembros. Por ello, a partir del Tercer Informe sobre la aplicación de la Directiva<sup>21</sup> se proponía la modificación de la Directiva para ayudar a recuperar con mayor facilidad el patrimonio evadido. Pero ¿cuáles son las principales carencias/deficiencias que ha mostrado la Directiva 93/7/CEE?

10. En el considerando 8 de la Directiva 2014/60/UE se señalan las razones que explican su mal funcionamiento o su escaso uso:

«El objetivo de la Directiva 93/7/CEE consistía en garantizar la restitución física de los bienes culturales al EM de cuyo territorio hubieran salido de forma ilegal, con independencia de los derechos de propiedad sobre dichos bienes. La aplicación de dicha Directiva, sin embargo, ha mostrado las limitaciones del sistema para obtener la restitución de bienes de esa índole. Los informes relativos a la aplicación de la Directiva han puesto de manifiesto la escasa frecuencia de su aplicación, que obedece, en particular, al carácter limitado de su ámbito de aplicación debido a las condiciones establecidas en el anexo de dicha Directiva, a la brevedad del plazo en el que pueden presentarse demandas de restitución y a los costes relacionados con estas»<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Véase, entre otras, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «La Directiva 93/7/CEE del Consejo, de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro», en VVAA, *La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales*, Madrid, 2006, pp. 153-161, [http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI\\_14\\_Directiva\\_Consejo.pdf](http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/lcti/capitulos/LCTI_14_Directiva_Consejo.pdf).

<sup>20</sup> Nos referimos a los informes de seguimiento de aplicación de la Directiva. Concretamente: «Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social», de 25 de mayo de 2000, Documento COM(2000) 325 final (Primer informe en que, además, se valoraba la aplicación del Reglamento 3911/92 y que, en los siguientes, se abandonaría); «Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social», de 21 de diciembre de 2005, Documento COM(2005) 675 final (Segundo Informe); «Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social», de 30 de julio de 2009, Documento COM(2009) 408 final (Tercer Informe), e «Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social», de 30 de mayo de 2013, Documento COM(2013) 310 final (Cuarto Informe).

<sup>21</sup> En este sentido, «Tercer Informe», *cit. supra* en nota 20 del presente trabajo, p. 9. En él se indicaba la necesidad de reflexionar sobre la posible revisión, proponiéndose la creación de un grupo de trabajo *ad hoc* para identificar los problemas y «proponer soluciones eficaces y aceptables para todos los Estados miembros».

<sup>22</sup> En el «Primer Informe» citado en nota 20 del presente trabajo, Italia advertía de la conveniencia de extender el plazo a tres años, en paralelo al que establece el art. 3.3 del Convenio UNIDROIT (p. 16).

En el mismo «Informe», Países Bajos proponían la posibilidad de que los propietarios privados también pudiesen utilizar el procedimiento de restitución con el fin de evitar que tuviesen que esperar a que el Estado de origen (requerente) presentase la demanda para, posteriormente, tras la restitución, plantear una demanda de determinación de la propiedad (p. 17). Esta duplicidad de procedimientos así como el coste en tiempo y recursos también explicaría que, como se indica en el mismo Informe, se acuda más a las soluciones amistosas (*extra* Directiva) que a los procedimientos judiciales (*intra* Directiva) (p. 15) lo que estaría respaldado, además, por el aumento de la cooperación administrativa que genera la propia Directiva.

11. Tres serán, por tanto, las carencias que muestra la Directiva: el carácter limitado de su ámbito de aplicación debido a las condiciones establecidas por el anexo, la brevedad del plazo y el coste relacionado con demandas de restitución<sup>23</sup>.

La primera de estas carencias se refiere a la delimitación de la protección solo a cierto tipo de categorías incluidas en el Anexo de la Directiva y que impedían su uso en multitud de ocasiones cuando la calificación como bienes culturales procedía de las normas internas y no estaba incluida en el listado del Anexo. La segunda se vincula a lo escaso que resulta el plazo de un año para poder interponer la demanda de restitución. Y, la tercera, que hace referencia al coste que supone para el propietario legal tener que litigar una vez que se proceda a la restitución para determinar su propiedad<sup>24</sup>. De cómo se han abordado estas deficiencias en la Directiva 2014/60/UE, haremos referencia posteriormente.

12. Además de estos defectos y carencias, es destacable el desarrollo y la eficacia de la cooperación administrativa y penal<sup>25</sup> vinculada con los bienes culturales.

No obstante, debe reconocerse una virtud a la Directiva 93/7/CEE —como se ha reiterado en los Informes de seguimiento—: la de la labor de sensibilización y su carácter disuasorio frente a la salida ilegal de un bien<sup>26</sup>.

## 2.2. La Ley 36/1994 de transposición de la Directiva 93/7/CEE<sup>27</sup>

13. Mediante la Ley 36/1994 se incorpora al ordenamiento español la Directiva 93/7/CEE, si bien lo hace de forma incompleta, limitada a los aspectos

<sup>23</sup> También pueden citarse otras deficiencias que influyeron negativamente en su uso: dificultades operativas derivadas de la insuficiencia de efectivos humanos, la falta de formación específica de los agentes aduaneros, la descoordinación de las instancias implicadas, la diversidad de impresos de autorización... En este sentido, RODRÍGUEZ PINEAU, E. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «La protección de los bienes culturales en la Unión Europea: Un régimen puesto a prueba», en VVAA, PÉREZ-PRAT DURBAN, L. y ANTONIO LAZARI, A. (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 268.

Otra de las razones para su escaso uso es la búsqueda de soluciones alternativas a la vía judicial (soluciones amistosas) y, en consecuencia, de no utilizar ni las normas de competencia judicial internacional ni las acciones de restitución a las que se refiere la Directiva. Al respecto, véase, entre otras, CORNU, M. y RENOLD, M. A., «New Developments in the Restitution of Cultural Property: Alternative Means of Dispute Resolution», *International Journal of Cultural Property*, 2010, pp. 1-31.

<sup>24</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ PINEAU, E. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *op. cit.* en nota 23 del presente trabajo, p. 248. Para las autoras, la legitimación activa del Estado y no del propietario desincentiva su uso porque el particular tendría que ir en primer lugar al proceso para que actúe el Estado y, posteriormente, un segundo proceso para reclamar la propiedad del bien.

<sup>25</sup> En este sentido, véanse RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *op. cit.* en nota 19 del presente trabajo, pp. 156-157; y RODRÍGUEZ PINEAU, E. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *op. cit.*, nota 23, p. 263.

<sup>26</sup> En este sentido, véase RODRÍGUEZ PINEAU, E. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *op. cit.*, p. 245.

<sup>27</sup> Sobre esta transposición y la ley que la desarrolla véanse, entre otros, FUENTES CAMACHO, V., «La lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales (Algunas reflexiones críticas en torno a la Ley 36/1994, de 23 de diciembre)», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Ref. D-92, tomo 2 (La Ley 12166/2001); FUENTES CAMACHO, V., «La Ley 36/1994, de 23 de diciembre, de incorporación al

tos meramente procedimentales<sup>28</sup>. En efecto, la ley establece la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las acciones civiles de restitución de los bienes localizados en España (art. 2)<sup>29</sup>; de reglas sobre legitimación activa (art. 4) y legitimación pasiva (art. 5); sobre el ejercicio de la acción de restitución —plazo para el mismo— (art. 6). Olvida, sin embargo, incorporar el art. 12 en el que se determina la ley que regirá la propiedad del bien cultural tras su restitución lo que obligó a acudir directamente a la referida Directiva<sup>30</sup>.

14. Al igual que la Directiva, la Ley 36/1994 ha tenido una escasa aplicación<sup>31</sup>. En su uso ante los tribunales españoles solo es destacable lo ocurrido

---

ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 1995-2, pp. 488-492; CALVO CARAVACA, A. L. y CAAMIÑA DOMINGUEZ, C. M., «L'incorporation au régime juridique espagnol de la normative communautaire de restitution de biens culturels», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, octubre de 2010, núm. 2, pp. 33-51, [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).

<sup>28</sup> Así se señala en el Preámbulo de la Ley 1/2017 donde en relación con el texto de 1994 se indica que «se redactó a la manera de una breve ley de carácter procesal, limitada en su mayor parte a recoger solo una sección del texto comunitario. Precisamente esta falta de desarrollo abocó a los aplicadores a recurrir frecuentemente al texto comunitario».

<sup>29</sup> Esto supondría que con el art. 2 de la Ley 36/1994 se privaría al Estado de origen de la acción penal por robo o contrabando, así como de la petición de restitución como responsabilidad civil derivada de delito. También lleva aparejada la pérdida de convertir en medida cautelar civil la medida cautelar penal previa. En este sentido, véase FUENTES CAMACHO, V., *op. cit.* en nota 27 del presente trabajo, p. 490. Sin embargo, el problema, a nuestro juicio, debería localizarse en otro momento ya que en la Directiva también surge la duda de la posibilidad de su aplicación a las acciones penales por su aplicación o no a la salida ilícita de los bienes producidas por robo o hurto de los mismos. En este sentido, véase FRIGO, M., *Circulation des biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*, Académie de Droit International de La Haye, 2016, p. 317. Señala este autor que mientras que el supuesto del robo está incluido en el Convenio UNIDROIT existen dudas sobre si es posible entenderlo incluido en la Directiva. Por ello entiende este autor que «se profilent des possibilités plus concrètes d'obtenir la restitution des biens par les biais de la convention, tandis que la directive représente un instrument plus limité» (p. 344).

En todo caso ello no impide usar las acciones civiles o penales previstas en los ordenamientos de los Estados miembros para su utilización por el Estado requirente como por el propietario del bien robado (art. 15 de la Directiva 93/7/CEE). Esta misma solución se mantiene en la Directiva 2014/60/UE (art. 16).

<sup>30</sup> Algunos autores han planteado el problema de aplicación de esta norma ya que no parece descartarse la posibilidad de reenvío, lo que podría frustrar la formulación de una regla uniforme para la determinación de la propiedad después de la restitución. En este sentido, FRIGO, M., *op. cit.* nota 29 del presente trabajo, p. 345, señala su carácter ambiguo «*car l'ampleur d'un tel renvoi n'est pas tout à fait clair*»; CALVO CARAVACA, A. L. y CAAMIÑA DOMINGUEZ, C. M., *op. cit.* nota 27 del presente trabajo, p. 51, señalan que en caso del ordenamiento español tal cuestión podría subsanarse mediante la interpretación de la regla *lex res sitae* «*du Système Juridique espagnol à la lumière de la normative communautaire, c'est-à-dire, en tant que loi du lieu où se trouve le bien culturel avant son exportation illégale*» pero que, además, en la versión española no hay duda sobre la remisión a la ley material del Estado de situación tras la restitución (p. 49).

<sup>31</sup> Consultada la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ) se obtiene un resultado de 10 resoluciones. De ellas dos relacionadas, una con el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia y la otra con los honorarios de abogados y procuradores. También encontramos una sobre quién es el poseedor a los efectos de la indemnización reclamada por el Estado español (Sentencia Audiencia Nacional, Sección 6.ª, de 21 de julio de 2016, ECLI:ES:AN:2016:3283). Fuera de esta base de datos podemos citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Santiago de Compostela, de 21 de octubre de 2013, relativo a un presunto delito de contrabando y la relativa al recurso

en relación con la Campana de la carabela Santa María, en el litigio entre la República Portuguesa y el Reino de España en el que el debate principal fue el cómputo del plazo de un año previsto en el art. 6 de la Ley y el momento a partir del cual debía computarse dicho plazo<sup>32</sup>.

### 3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILÍCITA DE UN ESTADO MIEMBRO Y SE ENCUENTREN EN OTRO ESTADO MIEMBRO: DIRECTIVA 2014/60/UE

15. Como hemos señalado, los Informes de seguimiento sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE constataron las razones de su inaplicación y poca eficacia en la consecución de sus objetivos respecto a la restitución de bienes culturales. En paralelo también se había modificado el Reglamento 3911/92 para incorporar mejoras en la aplicación de las reglas sobre exportación de bienes culturales mediante el Reglamento 116/2009 que había mostrado lo eficaz de la cooperación administrativa y de la colaboración entre distintas autoridades y organizaciones<sup>33</sup>. Por todo ello, se concluyó que era necesaria la reforma de la misma para corregir y mejorar el texto<sup>34</sup>.

---

de apelación que se presentó sobre ella resuelto el 23 de marzo de 2015. Pueden consultarse ambas, respectivamente en [www.elcorreogallego.es/adjuntos/documentos/20131022sentencia.pdf](http://www.elcorreogallego.es/adjuntos/documentos/20131022sentencia.pdf) (instancia) y [www.poderjudicial.es/stfls/.../Sentencia%20patterson-AP6.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/.../Sentencia%20patterson-AP6.pdf) (apelación).

<sup>32</sup> Véanse las Sentencias de 6 de marzo de 2006 del Juzgado de Primera Instancia núm. 39 de Madrid, Proc. 196/2004, en *Revista Jurídica La Ley* 428/2006 y de 21 de julio de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid ECLI:ES:APM:2008:11768.

Asimismo véanse FUENTES CAMACHO, V., «El caso de la campana de la Santa María: un indiscutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *Revista Jurídica La Ley*, 2006, núm. 3, pp. 1772-1778; e *id.*, «El caso de la campana de la “Santa María”: un discutible ejemplo de tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2007, núm. 10, pp. 239-256.

<sup>33</sup> Para ver de forma más extensa las implicaciones de la aplicación del Reglamento 116/2009 y de las iniciativas adoptadas, cfr. «Informe de la Comisión al PE, al Consejo y al Comité económico y social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 116/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales. 1 de enero de 2011-31 de diciembre de 2013», Documento COM(2015) 144 final, 1 de abril de 2015. Concretamente se hace mención a la dificultad de compartir información y necesidad de formación específica para funcionarios que identifiquen los bienes sospechosos (p. 7). Para ello se recomienda el refuerzo de cooperación entre cuerpos de seguridad, autoridades culturales y organizaciones privadas, se promueve la creación EU CULTNET y el Observatorio internacional sobre tráfico ilícito de bienes culturales presentado por el consejo internacional de museos (ICOM) <http://obs-traffic.museum/>.

En el citado Informe también se mencionan operaciones de recuperación de bienes culturales que demostrarían la eficacia de la cooperación entre autoridades. Concretamente se menciona la operación COLOSSEUM (noviembre de 2011) en la que intervinieron la Oficina regional de enlace sobre información de la Organización Mundial de Aduanas y otros 17 países y la operación ODYSSEUS (primera mitad de 2014).

<sup>34</sup> En el «Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión. Resumen de la Evaluación de Impacto», SWD (2013) 188 final, de 30 de mayo, se analizan las distintas opciones —y su valor económico— con las que se debía afrontar la modificación de la Directiva. Las dos opciones más eficientes son la de promover el uso por la Autoridades Centrales de herramientas informáticas comunes y, la otra, modificar la Directiva 93/7/CEE (pp. 8-9).

16. Las principales novedades de la Directiva 2014/60/UE respecto de su predecesora son<sup>35</sup>:

— *Ampliación de los bienes culturales protegidos mediante la eliminación del Anexo* en el que mencionaban las categorías a las que estos debían pertenecer para gozar de la protección de la norma. En su considerando 9 se señala: «El ámbito de aplicación de la presente Directiva debe extenderse a todo bien cultural clasificado o definido por un Estado miembro, en virtud de la legislación o los procedimientos administrativos nacionales, como patrimonio nacional, que posea valor artístico, histórico o arqueológico en el sentido del art. 36 TFUE»<sup>36</sup>.

— *Intensificación de la cooperación administrativa* que se incluyó en la Directiva 93/7/CEE (cdos. 5 y 11). A ella se vincula el uso del sistema IMI para consulta y cooperación (art. 5) para lo que se utilizará un «futuro» módulo específico en Reglamento 1024/2012<sup>37</sup> —y también para divulgar información sobre casos de bienes culturales que hayan sido robados o hayan salido de forma ilegal del territorio (art. 7, *in fine*)—. También puede extenderse su uso a otras autoridades competentes, si así lo estima cada Estado miembro (art. 5, último párrafo).

— *Ampliación del plazo para la interposición de la demanda de restitución* de uno a tres años<sup>38</sup> (art. 8) que se calcularán «a partir de la fecha en que la autoridad central competente del Estado miembro requirente haya tenido conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y de la identidad del poseedor o del tenedor del mismo».

— *Una mayor concreción de qué se debe entender por «diligencia debida»* (art. 10)<sup>39</sup> para poder ser compensado por la restitución del bien. Se incluyen criterios que pueden servir para su determinación, sin que los criterios que

<sup>35</sup> Véase, entre otros, FUENTES CAMACHO, V., «Avances en la lucha contra el tráfico ilícito intracomunitario de bienes culturales», *La Ley Unión Europea*, núm. 30, de 30 de octubre de 2015.

<sup>36</sup> Téngase en cuenta el considerando 10 en el que se establece el alcance del concepto «patrimonio nacional» en el marco del art. 36 TFUE.

<sup>37</sup> El considerando 11 establece como finalidad «disponer que las Autoridades Centrales cooperen eficientemente entre sí y que intercambien información [...] mediante la utilización del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) establecido por el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 [...] Para mejorar la aplicación de la presente Directiva, se debe establecer un módulo del sistema IMI específicamente diseñado para los bienes culturales». A esta labor se refiere el considerando 21 donde se señala que «la Comisión debe crear un grupo de expertos, compuesto por expertos de la autoridades centrales responsables de la aplicación de la presente Directiva, que deben participar, por ejemplo, en el proceso de diseñar específicamente un módulo del sistema IMI para los bienes culturales» (cursiva nuestra).

Véase el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior y por el que se deroga la Decisión 2008/49/CE, de la Comisión («Reglamento IMI»), DO L núm. 316, de 14 de noviembre de 2012. Su anexo debe ser modificado para incluir esta Directiva (cdo. 22) según la redacción contenida en el art. 18 de la presente Directiva.

<sup>38</sup> Véanse, en relación con la modificación de los plazos, los considerandos 13, 14 y 15 de la presente Directiva.

<sup>39</sup> El referido artículo establece: «Para determinar si el poseedor actuó con la diligencia debida se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular la documentación sobre la procedencia del bien, las autoridades de salida exigidas por el Derecho del Estado miembro requirente, en qué calidad actúan las partes, el precio pagado, la consulta por el poseedor de los registros accesi-

se establezcan tengan un carácter exhaustivo (cdo. 19). Asimismo, se establece una la inversión de la carga de la prueba para fijar esta actuación: es el poseedor que reclama la indemnización quien debe demostrar «que ejerció la diligencia debida en el momento de la adquisición del bien para obtener una indemnización» (cdo. 17). Para ello se señala la utilidad de poder contar con información pública sobre los bienes culturales y se anima a los Estados miembros a que procuren facilitar el acceso a dicha información (cdo. 18).

— *Promoción de medidas complementarias* para la protección eficaz de los bienes culturales así como para la prevención y lucha contra el tráfico ilegal. Así mismo, se indica la conveniencia de que los Estados miembros ratifiquen los Convenios UNESCO (1970) y UNIDROIT (1995) (cdo. 16).

— *Ampliación del periodo de presentación de informes* de seguimiento de tres a cinco años de la Directiva (art. 17).

17. Quedan abiertas, sin embargo, las mismas cuestiones que su antecesora planteaba en relación con la determinación de la competencia judicial para conocer de la acción de restitución y del Derecho aplicable a la propiedad una vez retornado el bien. Y esto es así porque se mantiene la misma redacción de los arts. 8 y 9 de la Directiva 93/7/CEE, respecto de la competencia judicial, en los arts. 9 y 10; y por lo que se refiere a la ley aplicable, el actual art. 13 de la Directiva 2014/60/UE es idéntico al art. 12 del texto de 1993. A ellas nos referiremos en relación con nuestra ley de transposición.

#### **4. LEY 1/2017, DE 18 DE ABRIL, SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA**

18. El 24 de abril de 2015 el Consejo de Ministros aprobó, a propuesta del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales por la que se transpone al Derecho español la Directiva 2014/60/UE<sup>40</sup>.

bles sobre bienes culturales robados [...] o cualquier otra gestión que una persona razonable hubiese realizado en las mismas circunstancias».

<sup>40</sup> En la nota de prensa se señala que «este Anteproyecto lo que hace es ampliar el ámbito de aplicación, para poder obtener esa restitución de bienes, a todos aquellos bienes que tengan interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico, con independencia de que formen parte de una colección pública o de otra índole, de que sean objetos aislados o no, y de que provengan de excavaciones legales o clandestinas, a condición de que estén clasificados o definidos como patrimonio cultural.

Entre las novedades está la designación de una autoridad central, que será la Secretaría de Estado de Cultura, que cooperará y fomentará una concertación entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros de la Unión Europea».

Nos parece interesante recordar que en esa misma sesión se aprobó el proyecto de la ley de cooperación jurídica internacional, que finalmente sería publicado como Ley 29/2015, de 30 de julio, *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

19. La Directiva establecía como fecha límite para la transposición el 18 de diciembre de 2015 (art. 19). Todo parecía presagiar que la incorporación al ordenamiento español se haría fuera del plazo establecido. Como así fue. Sin embargo, nuestro país no fue el único en incumplir el plazo dado. Junto a España la Comisión solicitó, mediante dictamen motivado, a ocho Estados miembros (Chipre, España, Finlandia, Francia, Lituania, Polonia, Portugal y Rumanía)<sup>41</sup> que procediesen a la transposición de la Directiva. Les concede un plazo «de dos meses para notificar a la Comisión la plena transposición de la Directiva; de no hacerlo, la Comisión podría llevarlos ante el TJUE»<sup>42</sup>.

20. La Ley 1/2017 cumple «todos los requerimientos» de la Directiva mediante la regulación de la acción de restitución, remite a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>43</sup> para su ejercicio como juicio verbal, establece reglas precisas de legitimación activa y pasiva, «especiales requisitos para la admisión de la demanda y del contenido de la sentencia que recaiga y finalmente, unas reglas especiales sobre la indemnización equitativa que eventualmente hubiera de satisfacerse»<sup>44</sup>.

#### 4.1. Ámbito material

21. Lo primero que cabe destacar es la ampliación de los ámbitos temporal y material de la Directiva. Por lo que se refiere al primero, mientras que en la Ley 36/1994 se limitaba la protección a los bienes que hubiesen salido de forma ilícita a partir del 1 de enero de 1993 (DT única), la Ley 1/2017 lo extiende a las salidas ilegales «producidas antes del 1 de enero de 1993» (DA 2.<sup>a</sup>)<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Pueden consultarse algunas de las normas de transposición (Alemania, Francia, Portugal, Italia, Irlanda y Reino Unido) en [http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_12/spl\\_3/dosier\\_sl\\_3\\_bienes\\_culturales\\_transparencia.pdf](http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_3/dosier_sl_3_bienes_culturales_transparencia.pdf).

<sup>42</sup> Es una de las decisiones incluidas en el «Paquete de julio de procedimientos de incumplimiento», hecho en Bruselas, el 22 de julio de 2016. Véase el documento completo, del que se ha extraído la información de este texto en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-2490\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2490_es.htm) (consultado el 14 de octubre de 2017).

Por lo que respecta a nuestro país debe tenerse en cuenta, además, la situación política que se creó en 2015, con la convocatoria de elecciones generales en diciembre del mismo año (lo que paralizó el trabajo parlamentario tras la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 y que no se recuperaría con una dinámica de normalidad hasta diez meses después) y una situación transitoria hasta una nueva convocatoria de elecciones en junio de 2016. Cabe entender la influencia de este contexto en la tramitación de la norma que analizamos. Una vez aprobado el Proyecto de Ley, el Gobierno la remitió al Congreso solicitando que se siguiese el procedimiento de urgencia.

<sup>43</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>44</sup> Último párrafo del Preámbulo de la Ley 1/2017.

<sup>45</sup> La forma en la que se ha hecho esta extensión es valorada negativamente por FUENTES CAMACHO, V., «Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales (1)», *La ley Unión Europea*, 31 de julio de 2017, núm. 50, pp. 3-4.

La extensión de la norma a los bienes salidos ilícitamente antes del 1 de enero de 1993 fue una sugerencia hecha en el «Informe del CGJP sobre el Anteproyecto de ley de restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión

22. En lo relativo al ámbito material, la ley no solo establece el procedimiento de restitución [«acción de restitución que se pueda presentar ante las autoridades españolas sobre bienes que hayan salido de forma ilegal de un territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea y que se encuentren en territorio español» (art. 1)], sino que, además, tutela los bienes culturales que hayan salido de forma ilícita del territorio español y se encuentren en territorio de otro Estado miembro. Este segundo elemento se desarrollará posteriormente en su art. 5.

23. Esta ampliación ya se incluía en el Anteproyecto y fue criticada en su Informe por el Consejo General del Poder Judicial<sup>46</sup>. En dicho Informe se indicaba que: «El prelegislador, por tanto, confunde el ámbito de la norma interna con el de la Directiva que quiere transponer [...]. Debería aclararse que se refiere exclusivamente al procedimiento que está vinculado con la acción de restitución ejercida ante los tribunales nacionales [...]. Debería, por tanto, corregirse la redacción del precepto, para referir la regulación del procedimiento exclusivamente a la acción de restitución ejercida ante los tribunales nacionales [...]. La norma proyectada contiene, en efecto, ciertas condiciones para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles [...]; pero no contiene en rigor normas de procedimiento para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales extranjeros»<sup>47</sup>.

24. La ley también extiende su protección a ciertos bienes que inicialmente no se encuentran dentro del concepto bien cultural. Tal extensión puede ser hecha por los Estados miembros en virtud del art. 15 de la Directiva y se materializa en el apartado *b*) del art. 2.1 de la Ley:

«*b*) Se encuentre incluido en inventarios de instituciones eclesiásticas, forme parte de colecciones públicas, o pertenezca a alguna de las categorías que se relacionan en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en las leyes que en materia de patrimonio histórico o cultural han aprobado las comunidades autónomas en el ejercicio de su competencia, en el Reglamento (CE) n.º 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales, sea su titularidad pública o privada, o en la propia

---

Europea», de 25 de junio de 2015 (en adelante Informe CGPJ sobre el Anteproyecto) puede consultarse en 20150630 Antep: Ley restitución bienes culturales-2.pdf, apartado 80, ya que en el texto de aquel se mantenía la misma posición contenida en la Ley 36/1994.

<sup>46</sup> En este sentido, RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE», *Revista General del Derecho Europeo*, octubre de 2017, núm. 43, p. 339.

Sin embargo, a nuestro juicio, la ley debería limitarse a establecer las reglas y procedimientos de las autoridades españolas cuando se encuentre en nuestro territorio un bien que haya salido o no se haya devuelto a otro Estado miembro. La norma, una vez incorporada, establece la competencia de los propios tribunales y el procedimiento que estos deberán seguir (siguiendo una categorización clásica, son normas unilaterales). Resulta dudoso que el legislador español pueda fijar la competencia de tribunales extranjeros o de los procedimientos que ante estos puedan utilizarse. Se entiende que la continuidad de la protección, que la garantía de la restitución, se obtiene mediante la transposición de la Directiva en cada uno de los Estados miembros.

<sup>47</sup> Conclusión 2.ª del «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», *op. cit.*, en nota 45 del presente trabajo, p. 37.

Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, publicada el día 12 de junio de 2015»<sup>48</sup>.

25. En cuanto a la consideración de que se trate de una exportación ilegal, la ley española se limita a reproducir lo establecido en el art. 2.2 de la Directiva. Se entiende que la exportación ilegal no es equivalente a la posibilidad utilizar acción de restitución. Así, la salida ilícita fundada exclusivamente en razones fiscales o formales ajenas al carácter cultural del bien no ampararía tal acción. Sí estarían incluidos los ilícitos penales (robo, hurto y apropiación indebida)<sup>49</sup>.

26. En su Informe, el Consejo General del Poder Judicial sugería la inclusión de alguna mención a la exportación de bienes culturales a través de Estados de tránsito, en consonancia con actuaciones desarrolladas en el seno de Naciones Unidas (concretamente por la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito —UNODC— que propone tal inclusión)<sup>50</sup>, si bien finalmente no se consideró necesaria dicha inclusión.

## 4.2. La Autoridad Central y sus funciones

27. Como vimos, la Directiva amplía las funciones de la Autoridad Central en la restitución así como en labores preventivas (información, cooperación con otras autoridades...).

En nuestra ley se establece que la Autoridad Central, a los efectos de la restitución de bienes que hayan salido de forma ilícita de un Estado miembro, será «la Secretaría de Estado de Cultura o el órgano superior de la Administración General del Estado que en cada momento asuma sus competencias en materia de patrimonio histórico» (art. 3.1)<sup>51</sup>. Entre sus funciones se incluyen las establecidas por los arts. 5 y 7 de la Directiva. Quisiéramos destacar una de ellas, la que se refiere a la posibilidad de utilizar un procedimiento de arbitraje para la restitución [art. 3.2.f) de la Ley]. El Consejo General del

<sup>48</sup> En relación con este texto véase la valoración que del mismo se hace en el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», *op. cit.*, apartados 45 a 52.

<sup>49</sup> En este sentido, véase la conclusión 8.ª del «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», ya citado.

<sup>50</sup> Véase «Informe del Grupo de expertos de la Oficina de NNUU contra la droga y el delito (UNODC) sobre protección contra el tráfico de bienes culturales», de 28 de octubre de 2009 (téngase en cuenta que la fecha indicada es la que aparece en el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» ya que en los documentos incluidos en la página oficial de UNODC la fecha es 24 a 26 de noviembre de 2009) [http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC\\_CCPCJ\\_EG.1\\_2012/UNODC\\_CCP-CJ\\_EG.1\\_2009\\_2\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.1_2012/UNODC_CCP-CJ_EG.1_2009_2_S.pdf).

Téngase en cuenta, además, otros textos citados en la conclusión 10.ª del «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» donde también se recoge la cuestión de la salida ilícita a través de Estados de tránsito y que servirán para reformar la conveniencia de su inclusión. Lo que, finalmente, no se hizo.

<sup>51</sup> Conexa a esta cuestión está la designación del Consejo de Patrimonio Histórico Español, como instrumento de colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas (art. 3.3 de la Ley).

Poder Judicial sugirió que pudieran, también, utilizarse otros mecanismos alternativo de resolución de diferencias entre poseedor/tenedor del bien y Estado requirente —en misma línea que otras propuestas internacionales—<sup>52</sup> lo que finalmente no se hizo.

28. Para la cooperación entre las Autoridades Centrales se impone el uso del sistema de información del Mercado Interior (IMI) al que se refería el mencionado art. 5 de la Directiva en su último apartado y para la intervención de las Autoridades centrales en la presentación de la demanda, el art. 7 de la Directiva. En relación con este último extremo, el Consejo General del Poder Judicial señaló que en la propuesta no se indica con claridad la cooperación entre Autoridades centrales respecto de la información de presentación de la demanda. Asimismo, sugería la conveniencia de que tal extremo se regulase junto a las reglas de admisión de la demanda en lugar de en las relativas a la legitimación donde se incluían en el Anteproyecto<sup>53</sup>. Finalmente, el legislador incluyó el contenido del art. 7 de la Directiva en el apartado 4 del art. 10 en el que se fijan las reglas sobre admisión de la demanda.

### 4.3. La competencia de los tribunales españoles

29. El art. 5 de la presente Ley establece la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la acción de restitución de los bienes que se encuentren en nuestro territorio. Añade que será la jurisdicción civil la encargada de conocer de ello. También el art. 7 se refiere a la competencia de los tribunales del Estado miembro requerido para conocer de la acción de restitución. En ambos preceptos se incorpora —casi de un modo literal— lo previsto tanto en la Directiva que se transpone como en su antecesora (arts. 5 y 8 de la Directiva 93/7/CEE y arts. 8 y 9 de la Directiva 2014/60/UE). También a la competencia judicial se refieren los arts. 9 de la Directiva 93/7/CEE y 10 de la Directiva 2014/60/UE, referidos a la indemnización equitativa y que veremos más adelante.

30. En el Informe del Consejo General del Poder Judicial se valora positivamente el precepto del Anteproyecto que es el mismo de la Ley, y lo hace porque es coherente con lo establecido en el art. 7.2 (*sic*) del Reglamento Bruselas *I bis* con la determinación de la competencia de los tribunales del Estado donde se encuentra el bien cuya restitución se solicita (apdo. 58). Sin embargo, a continuación señala que «el texto proyectado carece de virtualidad práctica más allá de los casos en los que el demandado no esté domiciliado en un Estado de la Unión» (apdo. 59)<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> En este sentido véase el apartado 55 del «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» y el «Informe del Grupo de expertos de la Oficina de NNUU contra la droga y el delito (UNODC)», ambos, anteriormente citados, respectivamente, en notas 45 y 50 del presente trabajo.

<sup>53</sup> En este sentido, véase el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», apartado 68.

<sup>54</sup> Anteriormente, en el mismo «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» se señala que el Reglamento 1215/2012 «no contiene un foro de competencia específico para el ejercicio de acciones reales

A ello añade que como el precepto del Anteproyecto solo establece una regla de competencia judicial internacional «sin descender a fijar una regla de competencia territorial» para lo que habrá que acudir a las reglas generales de los arts. 50 y ss. LEC. Esta falta de determinación de la competencia territorial «puede dar lugar a un vacío normativo en los casos que el demandado no se encuentre domiciliado o con residencia habitual en territorio español» o no concurra alguna de las conexiones prevista en el citado precepto o en el art. 52 de la LEC. Para evitar esta falta de norma, el Consejo General del Poder Judicial recomienda que se incluya «un fuero subsidiario a los generales establecidos en el art. 50 de la LEC la regla de competencia territorial conforme al criterio *forum res sitae*» (apdo. 60)<sup>55</sup>. A nuestro juicio, toda esta reflexión es un tanto innecesaria ya que: 1. La ley se aplica y la competencia se determina cuando un bien cultural ha salido de un Estado miembro y se encuentra en otro Estado miembro, con independencia de dónde se encuentre el demandado. 2. Ya hay una regla para estos supuestos: el art. 22 *quinquies f*) y, anteriormente, en el art. 22.3 de la LOPJ.

31. En este contexto surge la pregunta de si no sería aplicable el art. 7.4 del Reglamento Bruselas I *bis* en estos casos<sup>56</sup> y, en caso afirmativo, cómo funcionaría con esta norma. Si, en realidad, la regla que carece de relevancia es esta y no la contenida en las Directivas y en la ley que analizamos<sup>57</sup>.

32. En primer lugar debemos recordar que la Ley 1/2017 solo legitima para interponer la acción de restitución al Estado miembro requirente del

---

sobre bienes muebles, lo que tiene como consecuencia que si el demandado está domiciliado en otro Estado de la Unión Europea y no existe sumisión a los tribunales españoles, estos deberán declararse incompetentes para conocer de las acciones relativas a derechos reales sobre bienes culturales españoles de carácter mueble, incluso aunque se encuentren situados en España, lo que puede ocasionar una gran desprotección al patrimonio cultural español» (*sic*) (apdo. 26).

Un poco más delante, en el apartado 31, se señala que «las normas de intervención españolas pierden efectividad cuando el bien cultural se encuentra en el extranjero [...] y si se aplica el art. 10.1 CC», y, en consecuencia, «la ley española, por lo que no quedará suficientemente protegido el patrimonio cultural de los Estados extranjeros».

<sup>55</sup> En este mismo sentido, véanse las Conclusiones del «Informe del CGPJ al Anteproyecto...», citado a lo largo de este trabajo.

<sup>56</sup> Véanse, entre otros, FRANZINA, P., «The proposed new rule of special jurisdiction regarding rights *in rem* in movable property: A good option for a reformed Brussels I Regulation?», *Diritto del commercio internazionale*, 2011-3, pp. 789-808 [en este trabajo se ha utilizado la publicación de la copia electrónica publicada en <http://ssrn.com/abstract=1818922> (consultada el 30 de octubre de 2017)]. En ella se refiere a la propuesta inicial de un foro especial para la propiedad de los bienes muebles, en general, si bien aborda la cuestión sobre su aplicación específica en la nota 53, p. 14 y en la p. 17 de la publicación electrónica.

Véase, además, FRIGO, M., *op. cit.*, en nota 29 del presente trabajo, p. 301, la influencia sobre este artículo del art. 8 del Convenio UNIDROIT.

<sup>57</sup> Los autores de la Directiva 93/7/CEE partían de una naturaleza administrativa o cuasoadministrativa de la acción de restitución por lo que no consideraron siquiera la aplicación del Convenio de Bruselas para este tipo de litigios. Sin embargo, no se tuvo en cuenta: el uso de la noción autónoma de civil y mercantil que se utiliza en el texto; su aplicación por un órgano jurisdiccional cualquiera que sea su naturaleza y, por último, que en el art. 12 se aborda la cuestión de la propiedad. Todo ello conduce a dudar que la acción de restitución prevista en la Directiva esté excluida del campo de aplicación del Convenio. En este sentido, JAYME, E. y KOHLER, C., «L'interaction des règles de conflit contenes dans le droit dérive de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1995-1, p. 36.

que salió ilícitamente el bien. Cualquier otro sujeto interesado en la restitución (el presente propietario, por ejemplo) no puede utilizar el cauce de la norma. Asimismo, solo es posible interponer la acción de restitución y no cualquier otra acción civil que pudiera existir para la recuperación del bien<sup>58</sup>.

33. Por su parte, el Reglamento Bruselas I *bis* permitiría acudir a este foro (y, por descontado, al general o a la posibilidad del juego de la autonomía de la voluntad) al propietario del bien cultural «para incoar un procedimiento sobre reclamaciones de orden civil [...] con el objeto de recuperar ese bien atendiendo a la propiedad del mismo. Dicho procedimiento se entiende sin perjuicio de los procedimientos incoados al amparo de la Directiva»<sup>59</sup>.

34. Cabrían así dos estrategias para la restitución: por el Estado miembro requirente, conforme a lo previsto en la Directiva y en la ley que la transpone; o por el propietario el bien, a través del Reglamento Bruselas I *bis*, para lo que podría utilizar, específicamente, el art. 7.4 del RBI *bis*<sup>60</sup>.

#### 4.4. Juicio verbal y admisibilidad de la demanda. Indemnización equitativa

35. En la Directiva se señala que los Estados tendrán que establecer un cauce procesal para dar cabida a las acciones de restitución previstas en ella. En la Ley 36/1994 se optó, desde el principio, por los juicios verbales como cauce más adecuado para «sustanciar acciones de naturaleza sumaria»<sup>61</sup>. En efecto, el objeto de los mismos está limitado a la restitución (art. 8 de la Ley 1/2017) y a la eventual indemnización poseedor de buena fe (art. 11.2 de la Ley 1/2017), si bien se introducen algunas especialidades para este tipo de supuestos (art. 6 de la Ley 1/2017)<sup>62</sup>: legitimación activa y pasiva, los plazos para el ejercicio de la acción de restitución, los documentos que deben acompañar la demanda y el contenido de la sentencia.

<sup>58</sup> Téngase en cuenta que conforme al art. 16 de la Directiva 2014/60/UE —no transpuesto en la ley española—: «La presente Directiva no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado». Por lo que no cabe duda de que pueden utilizarse procedimientos de restitución fuera de los previstos en la Directiva y en nuestra Ley. En el «Informe del CGPJ del Anteproyecto...» se recomienda su inclusión para evitar una eventual invocación de litispendencia o cosa juzgada (conclusión 17.<sup>a</sup>).

<sup>59</sup> En este sentido, véase el considerando 17 del RBI *bis*.

<sup>60</sup> Sobre los problemas que podría plantear este foro, véase GILLIES, L. E., «The contribution of jurisdiction as a technique of demand side regulation in claims for the recovery of cultural objects», *Journal of Private international law*, 2015, pp. 295-316. Señala este autor que «*in practice the utility of this special jurisdiction rule will depend upon its scope and interpretation by the court of justice and its ability to offer "counter balance" to article 4*» (p. 299). Asimismo, por la influencia del art. 8 del Convenio UNIDROIT al que ya hemos hecho referencia —en este caso, conforme a su apdo. 3—, podrían adoptarse medidas provisionales y cautelares conforme al art. 35 del Reglamento Bruselas I *bis* (p. 308).

<sup>61</sup> «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», apartado 62.

<sup>62</sup> En el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» se sugería una remisión a la LEC para todas las cuestiones no previstas en la ley (apdo. 64 y conclusión 18.<sup>a</sup>) que no fue tomada en consideración por el legislador.

36. El art. 10 de la Ley se incorpora el art. 6 de la Directiva 2014/60/UE. En él se indican los documentos que deben acompañar la demanda: debe certificarse la naturaleza de bien cultural del bien y las autoridades del Estado requirente deben justificar la salida ilícita del bien<sup>63</sup>.

37. En relación a los documentos, que deben acompañar la demanda<sup>64</sup>, estos variarán según se trate de un bien que ha salido del territorio de forma ilegal (apdo. 1 del art. 10) o de una expedición temporal y no su no devolución en el plazo establecido (apdo. 2 del art. 10). Si no se adjuntasen estos documentos, «el juez, de oficio y sin audiencia de partes, dictará auto de inadmisión de la demanda» (art. 10.3 de la Ley 1/2017). Sin embargo, nada se señala sobre la posibilidad de subsanación<sup>65</sup>.

38. Respecto a la adopción de medidas para evitar que el bien salga de nuevo y eludir la restitución, la ley solo prevé la posibilidad de que la Autoridad Central adopte medidas de precaución [art. 3.2.e)]. Sin embargo, este mecanismo puede resultar, en ocasiones, insuficiente y podrían ser necesarias otras distintas para obtener la tutela cautelar. Se pone de manifiesto, de nuevo, que habría sido conveniente una remisión a la LEC para completar los aspectos no previstos en la Ley 1/2017 y a la posibilidad de utilizar el art. 727, ordinales 3, 7 y 9 de la LEC<sup>66</sup>.

39. Por último, por lo que se refiere a la indemnización equitativa, la Ley 1/2017 incorpora literalmente el contenido de los arts. 10 y 12 de la Directiva relativos a este derecho y a su abono.

#### 4.5. Ley aplicable a la propiedad tras la restitución

40. El art. 12 de la Ley transpone literalmente el art. 13 de la Directiva. A diferencia de lo ocurrido con la Ley 36/1994 en la que no se incluyó esta mis-

<sup>63</sup> A este último requisito, el legislador español le ha añadido un inciso final, no previsto en la Directiva, al art. 10.1.b): «Y que persista esta circunstancia en el momento de presentarse la demanda». Tal vez la intención es evitar iniciar procesos cuando haya habido restitución (por una vía alternativa, por ejemplo) o se haya subsanado la irregularidad si se tratase de una vulneración de las reglas sobre exportación de bienes culturales.

En «Informe el CGPJ sobre el Anteproyecto...» se requiere una mayor precisión sobre autorizaciones exportación (quién emite el documento, qué se describe y de dónde procede certificación) (Conclusión 22.<sup>a</sup>).

<sup>64</sup> Los documentos que acompañan a la demanda no son pruebas sino que estas deberán solicitarse en el momento oportuno (art. 217 LEC). En el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» se indica que si se siguen los trámites ordinarios la agilidad del proceso de restitución se verá perjudicada —se sugiere incluir presunción *iuris tantum* de los documentos que acompañan la demanda—, invirtiendo la carga de la prueba al demandado para que demuestre la legalidad de la salida para lo que se incluye una sugerencia de nueva redacción (apdo. 75).

<sup>65</sup> Que sí está previsto en la LEC para los juicios verbales en los arts. 269.2 en relación con el art. 266.2 LEC y 231 LEC, respectivamente. En el «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...» ya se advirtió de esta carencia y por ello se propuso la inclusión de una regla de remisión a la LEC (apdo. 64, citado) para los aspectos no previsto en la Ley, apartados 73-74 y Conclusión 23.<sup>a</sup>

<sup>66</sup> En «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», cit. apartado 76 y conclusión 25.<sup>a</sup> «en el bien entendido de que el artículo 727 de la LEC no contiene un catálogo cerrado de medidas cautelares».

ma regla contenida en el art. 12 de la Directiva 93/7/CEE, como ya señalamos anteriormente. El Anteproyecto, sin embargo, apostó por la no incorporación lo que planteaba, de nuevo, los problemas sobre la posible aplicación directa de la Directiva en la determinación de la ley aplicable del bien tras su restitución<sup>67</sup>.

41. La incorporación a nuestro ordenamiento de esta regla *lex originis* y el abandono de la *lex res sitae* es considerada como la más adecuada en el marco de la protección de los bienes culturales<sup>68</sup>, a pesar de que la regla se considera ambigua ya que no se indica si la remisión es a las normas materiales del Estado requirente o si incluye sus normas de conflicto<sup>69</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

42. Debemos estimar oportunos los cambios producidos en la protección de los bienes culturales promovidos por la Directiva 2014/60/UE y por el Reglamento 116/2009. Valoración positiva porque se han corregido carencias y deficiencias de las normas anteriores. En efecto, estas han eliminado los listados de los bienes protegidos que generaban no pocas dudas. Igualmente, han establecido mecanismos de cooperación entre autoridades y definido un elemento común para ello como es el uso del sistema IMI —eficazmente utilizado en el ámbito aduanero— o han ampliado el plazo para el ejercicio de la acción de restitución (de uno a tres años).

43. Se mantiene, sin embargo, la formulación, más o menos ambigua, de la ley aplicable a la propiedad una vez restituido el bien al Estado de origen. Hubiese bastado, por ejemplo, con establecerse la prohibición de reenvío para zanjar los problemas que de aquella pudieran derivarse.

44. Igualmente, se echa en falta la inclusión de alguna referencia al foro especial del art. 7.4 contenido en el Reglamento 1215/2012 aplicable a los litigios sobre restitución de bienes culturales. Es cierto que su art. 16 confirma la posibilidad de que puedan utilizarse otro tipo de acciones con el mismo fin y que esta enlaza con aquel. Sin embargo, nos parece que hubiese sido útil para el aplicador esta aclaración, más didáctica que de fondo.

---

<sup>67</sup> En este sentido, GONZÁLEZ SUÁREZ, M., «La diversidad cultural y el tráfico ilícito de bienes: nuevas perspectivas internacionales», *Cuadernos de Derecho de la Cultura*, 2017, núm. 10, p. 131, nota a pie de página núm. 309: «Una posible solución a este problema podría pasar por entender que el art. 13 de la Directiva 2014/60/UE es directamente aplicable sin necesidad de transposición expresa», en <http://hdl.handle.net/10016/24603>.

<sup>68</sup> En este sentido, véase «Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto...», apartado 78.

Véase, además, entre otros FINCHAM, D., «How adopting the *lex originis* rule can impede the Flow of Illicit Cultural Property», *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2008-2009, núm. 32, pp. 111-150 (esp. p. 130 donde sostiene que la *lex situs* incentiva el desplazamiento).

<sup>69</sup> En este sentido, FRIGO, M., *op. cit.*, nota 29, p. 345. Este autor pone también de manifiesto que, en la práctica, la *lex originis* puede ser matizada por otros elementos (*lex loci delicti* + *lex res sitae*, por ejemplo, p. 421 en relación con el asunto *Kunstsammlungen zu Weimar c. Elicofon* de 1999).

45. Por lo que se refiere a la Ley 1/2017, también debemos hacer una valoración, en su conjunto, positiva porque se ha realizado una transposición completa (más o menos completa toda vez que como se indica en el texto no se ha incorporado el mencionado art. 16 de la Directiva) y no meramente procesal e incompleta como aquella realizada por la Ley 36/1994 y que generaba dudas sobre su aplicación.

46. Sí hubiese sido útil bien la inclusión de pasarelas a la LEC para los aspectos procesales que la ley no ha desarrollado respecto de los juicios verbales así como de la posibilidad de utilizar las normas sobre medidas cautelares en apoyo a los procedimientos de restitución.

47. No podemos aventurar cómo se aplicarán ambas. La práctica parece encauzarse más hacia procedimientos extrajudiciales y hacia procedimientos directos de los propietarios de los bienes frente a la vía indirecta de la acción de restitución ejercida por el Estado requirente. Habrá que esperar al próximo Informe de seguimiento de la Directiva (hacia 2019) y a nuestra jurisprudencia para saber si, en efecto, el cambio ha sido positivo.

## RESUMEN

### TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2014/60/UE SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DE UN ESTADO MIEMBRO MEDIANTE LA LEY 1/2017

La protección de los bienes culturales en la Unión Europea ha sido una preocupación constante desde sus inicios. Sin embargo, el establecimiento de un mercado sin fronteras interiores impulsó una regulación específica para su exportación así como el establecimiento de reglas dirigidas a la restitución de bienes culturales que hubiesen salido de forma ilícita de un Estado miembro y se encontrasen en otro Estado miembro. Aquellas primeras normas tuvieron que ser modificadas porque mostraron una escasa aplicación práctica y como resultado de ese proceso se adoptó, en 2014, una nueva Directiva. Esta norma ha sido recientemente incorporada al Derecho español mediante la Ley 1/2017. Con esta nueva norma se subsanan algunas carencias que mostraba la Ley 36/1994 pero muestra, a su vez, algunas lagunas para su aplicación.

**Palabras clave:** bienes culturales, acción de restitución, directiva, reglamento, indemnización equitativa, autoridad central.

## ABSTRACT

### TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW OF THE 2014/60/EU DIRECTIVE ON THE RETURN OF CULTURAL OBJECTS UNLAWFULLY REMOVED FROM THE TERRITORY OF A MEMBER STATE BY THE 1/2017 ACT

The protection of cultural property in the European Union has been a constant concern since the beginning. However, the establishment of the single market prompted a specific regulation for its export as well as the setting of rules aimed at the restitution of cultural objects that had left illegally from one Member State and were located in another Member

State. Those first standards had to be modified because they showed little practical application and, as result of that process, a new Directive was adopted in 2014. This norm has recently been incorporated into Spanish Law through the 1/2017 Act. With this new norm some deficiencies that the 36/1994 Act showed were fixed but it shows, in turn, some gaps for its application.

**Keywords:** cultural objects, return procedure, directive, regulation, fair compensation, central authority.

# HACIA UNA TEORÍA CHINA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES. EVOLUCIÓN, PROYECTOS TEÓRICOS Y PERTINENCIA PRÁCTICA

Montserrat PINTADO LOBATO \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA ESCUELA CHINA. ENTRE EL INDIGENISMO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN.—3. UN ACERCAMIENTO A LAS ESCUELAS CHINAS DE RELACIONES INTERNACIONALES.—3.1. El enfoque anverso. Mundialismo y aplicación de los principios del Tianxia al sistema internacional contemporáneo.—3.2. El enfoque reverso de la Escuela Tsinghua. Una teoría del realismo hegemónico con características chinas.—3.3. El enfoque interactivo y la importancia de los procesos y las relaciones. Qin Yaqing y el constructivismo relacional.—4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. La progresiva descentralización de los estudios teóricos de Relaciones Internacionales y el creciente interés hacia perspectivas no occidentales ha puesto estos últimos años el foco en los avances de la disciplina en China. La atención hacia desarrollos teóricos no-occidentales se basa, principalmente, en una consideración de las Ciencias Sociales basada en el dualismo metodológico, que admite el papel del sujeto que ejecuta el análisis. Frente a esta posición, algunos autores mantienen una visión contraria que aboga por una lectura única y objetiva de la realidad que convertiría a las Teorías de Relaciones Internacionales en perspectivas universales<sup>1</sup>.

2. Indudablemente el carácter occidental y claramente estadounidense de la disciplina es un claro reflejo de la posición dominante de Estados Unidos

---

\* Doctora en Relaciones Internacionales y Profesora Laboral Interina en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) ([montserrat.pintado@ehu.eus](mailto:montserrat.pintado@ehu.eus)).

<sup>1</sup> REN, X., «Toward a Chinese School of International Relations?», en WANG, G. y ZHENG, Y. (eds.), *China and the New International Order*, Nueva York, Routledge, 2008, p. 299. Snyder, por ejemplo, defiende que las posturas realista y liberal se presentan a sí mismas como paradigmas universales, mientras que los desarrollos chinos basados en el confucianismo únicamente son de aplicación en China o en el este asiático. SNYDER, J., «Some Good and Bad Reasons for a Distinctively Chinese Approach to International Relations Theory», *Conferencia de la APSA*, Massachusetts, 2008.

en la jerarquía internacional de poder. En consecuencia, la academia refleja de forma mayoritaria unos desarrollos materialistas occidentales que son exportados globalmente<sup>2</sup>. Así, como disciplina etnocéntrica, aporta una inagotable fuente de legitimidad tanto a las políticas estadounidenses y occidentales como a actores, instituciones y proyectos determinados, mientras que simultáneamente distorsiona y margina narrativas alternativas o disonantes<sup>3</sup>.

3. Debido a su tradición puramente occidental, esta visión no es capaz de ofrecer respuestas a cuestiones relativas a otras culturas y pone de manifiesto la necesidad de construir marcos alternativos basados en diversas herencias filosóficas e históricas<sup>4</sup>. De hecho, las constantes referencias a las raíces filosóficas occidentales refuerzan esa división entre los privilegiados creadores del conocimiento y aquellos que desde la periferia son meros participantes y transmisores<sup>5</sup>.

4. En este escenario, los avances teóricos de la disciplina en China a lo largo de estos últimos años son considerados como «un caso único»<sup>6</sup>, principalmente debido a la relativa juventud de la enseñanza de Relaciones Internacionales en las universidades del Estado y a su desarrollo desigual<sup>7</sup>. En sus inicios, se caracterizó, primero, por un reflejo de las visiones marxistas-leninistas producidas, principalmente, por académicos soviéticos y, en segundo lugar, por la traducción y adopción de las visiones occidentales y sus paradigmas. Sin embargo, en la actualidad, los estudios internacionales en este Estado ya

<sup>2</sup> VAN DER PIJL, K., «The Wages of Discipline: Rethinking International Relations as a Vehicle of Western Hegemony», *Spectrum: Journal of Global Studies*, vol. 4, 2012, núm. 1, pp. 5-26, esp. p. 17.

<sup>3</sup> NAYAK, M. y SELBIN, E., *Decentering International Relations*, Londres, Zed Books, 2010, p. 2.

<sup>4</sup> WANG, Y. y BUZAN, B., «The English and Chinese Schools of International Relations: Comparisons and Lessons», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, 2014, núm. 1, pp. 1-46, esp. pp. 25-26; ARENAL, C. DEL, «Americanocentrismo y Relaciones Internacionales: La Seguridad como Referente», en ARENAL, C. DEL y SANAHUJA, J. A. (coords.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 21-60, esp. pp. 56-57.

<sup>5</sup> YEW, L., *The Disjunctive Empire of International Relations*, Aldershot, Ashgate, 2003, p. 11.

<sup>6</sup> KRISTENSEN, P. M. y NIELSEN, R. T., «Constructing a Chinese International Relations Theory: A Sociological Approach to Intellectual Innovation», *International Political Sociology*, vol. 7, 2013, núm. 1, pp. 19-40, esp. p. 19.

<sup>7</sup> Si bien ya en la década de los años cincuenta se estableció el primer Departamento de Relaciones Exteriores en la Universidad del Pueblo Chino (Renmin University) y paulatinamente se extendió a otras tres instituciones educativas en la siguiente década, la Revolución Cultural (1966-1976) supuso un importante freno. Tras este *impasse*, ya en los años ochenta, se reforzó la enseñanza de la disciplina en las universidades, además de multiplicarse las publicaciones y estimularse el intercambio académico con universidades occidentales. Tras la matanza de Tiananmen, el desarrollo no se detuvo gracias a la preocupación del gobierno por evitar el aislamiento internacional. Desde entonces, han proliferado los *think tanks* tanto públicos como privados que financian el intercambio y la investigación académica. Para un relato más extenso del desarrollo histórico de la disciplina en China, pueden verse SONG, X., «Building International Relations Theory with Chinese Characteristics», *Journal of Contemporary China*, vol. 10, 2001, núm. 26, pp. 61-74, esp. pp. 61-64; WANG, Y., «China. Between Copying and Constructing», en TICKNER, A. B. y WAEVER, O. (eds.), *International Relations Scholarship around the World*, Nueva York, Routledge, 2009, pp. 104-108; QIN, Y., «Why is There No Chinese International Relations Theory?», en ACHARYA, A. y BUZAN, B. (eds.), *Non-Western International Relations Theory. Perspectives on and beyond Asia*, Londres, Routledge, 2010, pp. 26-50, esp. pp. 28-32; GEERAERTS, G. y JING, M., «International Relations Theory in China», *Global Society*, vol. 15, 2001, núm. 3, pp. 251-276, esp. pp. 253-259; NOESSELT, N., «Is There a “Chinese School” of IR?», *GIGA Working Paper*, núm. 188, 2012, pp. 12-13.

no son «un reflejo pasivo de las relaciones entre China y el mundo, sino que crecientemente exhiben la búsqueda de una iniciativa propia» con el fin de expresarse «no en términos definidos por otros, sino en sus propios términos»<sup>8</sup>. Además, la rica y vasta historia de China abre «una importante vía hacia la exploración de órdenes mundiales alternativos» que no se basen únicamente en la historia europea u occidental<sup>9</sup>. Es precisamente la necesidad de ahondar en la relación entre los trabajos de la academia china y las transformaciones del sistema internacional donde reside la pertinencia de este estudio, que trata de abordar de un modo novedoso las exploraciones teóricas sin olvidar su contribución a la exploración de órdenes mundiales alternativos.

5. Es conveniente puntualizar que el debate sobre la contribución china a la disciplina se centra principalmente en impulsar una terminología independiente que favorezca la adopción de explicaciones alternativas. Esta nueva terminología está asentada en el diálogo entre la filosofía tradicional china y elementos del materialismo histórico y dialéctico de su civilización<sup>10</sup>. De hecho, Wang considera que los desarrollos de la academia china mezclan el conocimiento local y los conceptos occidentales con el fin, no de expandir el conocimiento dentro de la academia, sino de establecer una perspectiva en línea con las visiones que tiene China del mundo<sup>11</sup>. Debido a la relativa juventud de los desarrollos chinos, Noesselt propone denominarlos como «visiones del mundo» en lugar de tratarlos como marcos sistemáticos de análisis<sup>12</sup>, ya que en vez de reflejar el mundo lo representan, permitiéndonos desarrollar un nuevo lenguaje de conceptos<sup>13</sup>.

6. Esta Escuela China es posible ubicarla en tres sentidos dentro el contexto global de la disciplina. En primer lugar, surge como una respuesta al núcleo estadounidense de la disciplina, tratando de atajar discursos como el de la amenaza china con teorizaciones sobre el ascenso pacífico o la armonía. En segundo lugar, la Escuela China se inspira en los desarrollos de la semi-periferia europea, principalmente en la Escuela Inglesa y en algunos casos en el constructivismo, para abogar, en el primero de los casos, por una perspectiva propia y autóctona y, en el segundo, por la adopción de perspectivas no puramente materiales. Finalmente, en el caso de la periferia, la Escuela China huye de los paralelismos con otras aportaciones que también avancen hacia la creación de conocimiento en los nuevos polos de poder a escala mundial, como India o Brasil<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> WANG, Y., *op. cit.*, nota 7, p. 108.

<sup>9</sup> ZHANG, Y., «System, empire and state in Chinese international relations», *Review of International Studies*, vol. 27, 2001, núm. 5, pp. 43-63, esp. p. 63.

<sup>10</sup> NOESSELT, N., *op. cit.*, nota 7, pp. 11-12.

<sup>11</sup> WANG, H.-J., «Being Uniquely Universal: Building Chinese International Relations Theory», *Journal of Contemporary China*, vol. 22, 2013, núm. 81, pp. 518-534, esp. pp. 518-519.

<sup>12</sup> NOESSELT, N., *op. cit.*, nota 7, p. 12.

<sup>13</sup> GRIFFITHS, M. (ed.), *International Relations Theory for the Twenty First Century. An Introduction*, Londres, Routledge, 2007, p. 1.

<sup>14</sup> KRISTENSEN, P. M., «Navigating the Core-Periphery Structures of “Global” IR: Dialogues and Audiences for the Chinese School as Traveling Theory», en ZHANG, Y. y CHANG, S. (eds.), *Constructing a*

7. La discusión sobre la existencia de una Escuela China conduce inevitablemente hacia las características que debe tener una teoría de este tipo. Para Qin Yaqing, el internacionalista contemporáneo de mayor popularidad en el país asiático<sup>15</sup>, esta debe reunir tres elementos principales. El primero de ellos es que su crecimiento debe sustentarse sobre unas bases históricas, culturales, tradicionales y de experiencia contemporánea china. En segundo lugar, debe tener una vocación general, logrando la universalidad más allá de sus bases tradicionales. Finalmente, su núcleo teórico debe ser inconmensurable con respecto a otras teorías de la disciplina, centrada en una pregunta teórica central<sup>16</sup>. En opinión de Qin, es precisamente la ausencia de un consenso sobre cuál deber ser esa pregunta lo que está lastrando el desarrollo de una escuela china. Por ello, el autor propone que esa pregunta enlace directamente con el problema central de la China actual, su relación con la sociedad internacional, ya que Qin considera que las perspectivas occidentales no han sido capaces de explicar los procesos de socialización pacífica de las potencias emergentes al carecer de una perspectiva empírica, que una Escuela China sí podría aportar<sup>17</sup>.

8. El presente artículo tiene como objetivo principal realizar una aportación que contribuya a descentralizar y reducir el etnocentrismo de la disciplina. Para ello, se procederá a examinar el proceso de construcción de una Escuela China de Relaciones Internacionales, prestando especial atención a su progresiva internacionalización y a la marginación de las visiones más nacionalistas. Asimismo, esta contribución pretende avanzar en la identificación de los proyectos teóricos más interesantes en el seno de las contribuciones chinas, abordando sus corolarios principales y sus sinergias con otras teorías de la disciplina. Con el fin de abordar estas tareas, el presente artículo establece tres apartados principales. En primer lugar, se realizará un acercamiento al proceso de construcción de una Escuela China, analizando su evolución y examinando los puntos clave de este proceso. En segundo lugar, se ofrecerá un acercamiento a los tres proyectos principales de la disciplina en China (el mundialismo o Tianxia, la Escuela Tsinghua y el constructivismo relacional), así como una exploración de sus corolarios principales. Finalmente, a través de unas reflexiones finales se tratará de situar estos desarrollos en el seno de la disciplina, así como en la práctica diaria de la política internacional china.

---

*Chinese School(s) of International Relations: Ongoing Debate and Critical Assessment*, Londres, Routledge, 2016, pp. 143-161, esp. p. 143.

<sup>15</sup> En una encuesta elaborada por Kristensen y Nielsen, los propios académicos chinos señalan a Qin Yaqing como la figura más prominente de la disciplina en el país, por delante de Wang Yizhou, Wang Jisi y Yan Xuetong. KRISTENSEN, P. M. y NIELSEN, R. T., *op. cit.*, nota 6, p. 23.

<sup>16</sup> QIN, Y., «Guoji Guanxi Lilun de Hexin Wenti yu Zhongguo Xuepai de Shengcheng» (Pregunta central de la Teoría de Relaciones Internacionales y la Formación de una Escuela China), *Chinese Social Sciences*, núm. 3, 2005, p. 166, citado en REN X., *op. cit.*, nota 1, p. 301.

<sup>17</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 7, pp. 45-46; QIN, Y., «Development of International Relations Theory in China: Progress through Debates», *International Relations of the Asia-Pacific*, vol. 11, 2011, núm. 2, pp. 231-257, esp. p. 234.

## 2. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA ESCUELA CHINA. ENTRE EL INDIGENISMO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN

9. Indudablemente, el proceso de construcción de una Escuela China de Relaciones Internacionales está estrechamente relacionado con la necesidad de crear nuevos conceptos y marcos teóricos que expliquen su nuevo papel en la sociedad internacional. La importancia de reforzar teóricamente conceptos discursivos como el «ascenso pacífico», la «armonía mundial» o el «modelo chino» les ofrece a los académicos la oportunidad de crear su propio sistema de conocimiento que explique este fenómeno desde dentro<sup>18</sup>. Se trata, en definitiva, de impulsar la transición desde un *corpus* hegemónico de la teoría hacia un núcleo múltiple<sup>19</sup>. Por ello, pese a que la construcción de una teoría propia haya sido calificada como una «alternativa subversiva»<sup>20</sup>, es más enriquecedor considerarla como una respuesta a la aplicación de las teorías occidentales «universales» a la periferia asiática y china<sup>21</sup>.

10. El proyecto de una Escuela China ha de entenderse como una contribución de producción teórica basada en la cultura local, la tradición histórica y la práctica política. La controversia principal a la hora de comenzar la fase de construcción se refiere a la división entre los partidarios de indigenizar la teoría occidental existente y aquellos que apuestan por una construcción propia. La primera de las propuestas pretende incorporar al *corpus* teórico occidental elementos «con características chinas» con el objetivo de servir a los intereses nacionales del Estado y trabajar por la consolidación del estatus de China en los asuntos internacionales. Esta apuesta, no obstante, constituye también un proyecto de resistencia frente a la influencia occidental. Más concretamente, Liang Shoude la definió en sus inicios como una teoría basada en tres temas, entre los que aparece la soberanía estatal como columna vertebral: 1) los derechos estatales por encima de los derechos humanos; 2) la interrelación entre economía y política, y 3) las reformas y el desarrollo como clave para la paz mundial<sup>22</sup>. En la misma línea se manifiestan otros teóricos

<sup>18</sup> WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, p. 26; ACHARYA, A., «Dialogue and Discovery: In Search of International Relations Theories Beyond the West», *Millennium. Journal of International Studies*, vol. 39, 2011, núm. 3, pp. 619-637, esp. p. 625.

<sup>19</sup> CUNNINGHAM-CROSS, L., «Re-imagining the World through Chinese Eyes: The Search for a “Chinese School” of International Relations Theory», *BISA Conference*, Manchester, 2011; CUNNINGHAM-CROSS, L., «Narrating a Discipline. The Search for Innovation in Chinese International Relations», en HORSBURGH, N., NORDIN, A. y BRESLIN, S. (eds.), *Chinese Politics and International Relations. Innovation and Invention*, Nueva York, Routledge, 2014, pp. 75-96.

<sup>20</sup> CUNNINGHAM-CROSS, L., *op. cit.*, nota 19, p. 73.

<sup>21</sup> NOESSELT, N., *op. cit.*, nota 7, pp. 5-6 y 8-9. Asimismo, resulta interesante mencionar, como lo hace Chen, que incluso aquellos sujetos periféricos victimizados en las relaciones de poder contemporáneas, como muchos Estados asiáticos, continúan reproduciendo ese sistema de dominación a través de la producción académica de la disciplina. CHEN, C.-C., «The absence of non-western IR theory in Asia reconsidered», *International Relations of the Asia-Pacific*, vol. 11, 2011, núm. 1, pp. 1-23, esp. p. 2.

<sup>22</sup> LIANG, S., «Constructing an International Relations Theory with “Chinese Characteristics”», *Political Science*, vol. 49, 1997, núm. 1, pp. 23-39, esp. pp. 36-37.

chinos que apuestan porque la teoría con características chinas esté definida por la promoción de los Cinco Principios de Coexistencia Pacífica<sup>23</sup>.

11. Tal y como recoge Song, paulatinamente se fueron levantando más voces contra la propuesta de las características chinas, argumentando su marcado carácter ideológico y político, la falta de cientifismo académico, la excesiva orientación a la práctica política y el atraso que suponía tal perspectiva aislacionista<sup>24</sup>. La decadencia del proyecto permitió un paso adelante en la perspectiva teórica a adoptar, apostando por avanzar hacia una escuela de pensamiento propia que demostrara que los académicos chinos no trabajan en «absorber y trasplantar ideas» sino que tienen un espíritu de pensamiento independiente<sup>25</sup>.

12. En esta tarea, Qin enumera tres tipos de enfoques dentro de esa Escuela China<sup>26</sup>. El primero de ellos es el clásico, que trata de explicar la estrategia internacional y diplomática de los líderes chinos a través de una teoría clásica marxista, un enfoque ahora marginal. En segundo lugar, se encuentra la aproximación tradicional, que trata de incorporar el pensamiento antiguo chino y la teoría política tradicional china para explicar el orden internacional actual. Dentro de esta perspectiva es posible encuadrar dos de las aproximaciones más importantes. La primera de ellas, la de Zhao Tingyang, aborda desde una visión filosófica utópica el sistema Tianxia y su visión del mundo como un todo englobado en un único sistema. En segundo lugar, en esta visión tradicional también tienen cabida los desarrollos de Yan Xuetong. Este autor no es partidario de desarrollar una escuela distintiva, sino que busca aportar una perspectiva diferenciada dentro de los marcos teóricos occidentales<sup>27</sup>, incorporando conceptos del pensamiento chino a las teorías hegemónicas realistas<sup>28</sup>. Finalmente, el tercero de los enfoques, el integrativo, es el más popular y utiliza una combinación de teorías chinas y occidentales para explicar el mundo y la visión de China dentro del mismo.

---

<sup>23</sup> Véase SONG, X., *op. cit.*, nota 7, p. 68.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>25</sup> REN, X., *op. cit.*, nota 1, p. 294.

<sup>26</sup> QIN, Y., «Zhongguo guoji guanxi lilun yanjiu de jinbu yu wenti» (El estudio de la Teoría de Relaciones Internacionales en China: Progreso y problemas), *World Economic and Politics*, núm. 11, 2008, pp. 18-19, citado en WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, p. 15.

<sup>27</sup> YAN, X., *Ancient Chinese Thought, Modern Chinese Power*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 257.

<sup>28</sup> La consideración de Yan como un autor realista enlaza con su visión racionalista. Dentro de esta corriente, Moure le define como «un realista neoclásico ofensivo». MOURE, L., «Orden internacional en transición y Relaciones Internacionales: Aproximaciones teóricas al declive hegemónico estadounidense y al ascenso de China como potencia global», en VVAA, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 367-449, esp. pp. 422-423.

### 3. UN ACERCAMIENTO A LAS ESCUELAS CHINAS DE RELACIONES INTERNACIONALES

13. Como se ha descrito en líneas anteriores, es posible enumerar tres posibles vías de desarrollo del embrión de las teorías chinas<sup>29</sup>. Sin embargo, todas ellas convergen en una estrecha relación con la tradición cultural y filosófica china, así como en la búsqueda de respuestas en torno a la relación de la China contemporánea con la sociedad internacional. En consecuencia, tratan de encajar esas ideas autóctonas dentro de la disciplina teórica, aunque de un modo distinto. Tal y como explica Qin, se distinguen en el *fanxiang geyi* (反向格義) o interpretación analógica, que hace referencia a la utilización de un determinado esquema conceptual<sup>30</sup>. En este caso, es posible distinguir los tres proyectos teóricos en base a esa interpretación analógica distinta.

14. El primero de los enfoques es el denominado como anverso, que parte del pensamiento chino como base teórica. Interpreta un mundo «mundializado», un sistema conceptual completamente chino que comprende conceptos tradicionales tales como el *tianxia* (天下, traducido como «lo que está bajo el cielo») <sup>31</sup> o el vínculo familiar confuciano. En segundo lugar, encontramos el enfoque reverso, que aplica un sistema conceptual extranjero enriquecido con aportaciones de la cultura filosófica y política china. Si bien esta teoría refuerza la idea de un sistema internacional jerárquico, trata de sentar las bases hacia una comprensión mayor que permita la hegemonía internacional china. Finalmente, el tercero es el enfoque interactivo, que aplica simultáneamente marcos occidentales y chinos, con el objetivo de construir «un diálogo intercultural, reflexivo y crítico» <sup>32</sup>.

15. En consecuencia, la distinción entre estos esquemas conceptuales permite poner de manifiesto la presencia de una pluralidad de voces que invitan a hablar de los desarrollos chinos no de un modo singular sino subrayando su carácter heterogéneo<sup>33</sup>. Por ello, será necesario abordar los postulados teóricos de cada una de ellas por separado.

<sup>29</sup> El análisis de los desarrollos teóricos en China evidencia que no puede hablarse de una única teoría. Cada una toma objetivos e hipótesis distintas y se basa en diferentes visiones filosóficas e históricas. WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, p. 18. La característica embrionaria de las teorías chinas está tomada de QIN, Y., *op. cit.*, nota 17, p. 252.

<sup>30</sup> QIN, Y., «Cultura y pensamiento global: una teoría china de las relaciones internacionales», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2012, núm. 100, p. 70. El concepto de *geyi* lo toma Qin de Liu Xiaogan. Véase LIU, X., «Fanxiang Geyi' yu Zhongguo Zhaxue Yanjiu de Kunjing- yi Laozi Zhidao de Quanshi Weili» (Un dilema de la interpretación analógica reversa. Ejemplos de estudios de Lao-Tsé), *Journal of Nanjing University. Philosophy, Humanities and Social Sciences*, 2006, núm. 2, pp. 76-90.

<sup>31</sup> Si bien *Tianxia* significa literalmente «bajo el cielo» (天 *tian* «cielo» y 下 *xia* «debajo»), se ha adoptado la traducción al castellano que utilizan algunos textos de referencia sobre este tema. Véase QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 71; MOURE, L., *op. cit.*, nota 28, pp. 417-422.

<sup>32</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 67.

<sup>33</sup> WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, p. 18. Yan también se manifiesta en contra de una escuela única, al afirmar que «es imposible que una sola escuela de pensamiento o teoría represente la totalidad del pensamiento chino». En su caso, sin embargo, es contrario al establecimiento de teorías propias chinas, defendiendo desde una postura monista la universalidad del conocimiento. YAN, X., *op. cit.*, nota 27, p. 254.

### 3.1. El enfoque anverso. Mundialismo y aplicación de los principios del Tianxia al sistema internacional contemporáneo

16. Los desarrollos realizados dentro del considerado como enfoque anverso, adoptando la terminología de Qin Yaqing, enraízan con la voluntad de gran parte de los académicos chinos de convertir a China en productora del conocimiento. De hecho, Zhao Tingyang, el máximo exponente de la escuela mundialista, considera que para convertirse en una potencia mundial no basta con el desarrollo económico, sino que hay que prestar atención a la creación de conocimiento. Por ello, desde su perspectiva, China debe construir nuevos conceptos y estructuras mundiales para lograr ese estatus<sup>34</sup>.

17. Concretamente, Zhao se remonta a la dinastía Zhou (1080-221 a. C.) que, tras llegar al poder siendo una tribu menos numerosa que otras, estableció una particular visión del mundo. Después de constatar su poco potencial para convertirse en el poder hegemónico, optaron por explorar otros medios para mantener su liderazgo<sup>35</sup>. El denominado como sistema Tianxia (literalmente, bajo el cielo) fue la vía para mantener su poder, un sistema supranacional cuya influencia trascendía a la del imperio<sup>36</sup>. Zhao ha expuesto que es posible interpretar el Tianxia como la combinación de tres significados: la tierra del mundo (como sentido geográfico), todas las gentes del mundo (como sentido social y cultural) y la institución mundial (como sentido político). Por ello, dada la inseparabilidad de estos tres elementos, Zhao considera el actual como un «no mundo», dada la ausencia del tercero de los significados, una institución mundial<sup>37</sup>.

18. La política del Tianxia se basaba en tres principios de un marcado carácter mundialista. El primero de ellos es que las soluciones exitosas a los problemas de la política mundial deben ser abordadas a través de un sistema universalmente aceptado, y no recurriendo a la fuerza. En segundo lugar, este sistema universal estará justificado políticamente siempre que proporcione el mayor bienestar común en el mundo. Finalmente, dicho sistema funcionará si crea armonía entre todas las naciones y culturas<sup>38</sup>.

19. Indudablemente, la perspectiva del Tianxia busca trascender el internacionalismo y caminar hacia el mundialismo. No cabe duda de que se trata de un sistema fuertemente jerárquico, que prioriza el orden, la ética y la gobernanza de las élites por encima de la libertad, el derecho, la democracia

<sup>34</sup> ZHAO, T., «Rethinking Empire from a Chinese Concept “All-under-Heaven” (Tian-xia)», *Social Identities. Journal for the Study of Race*, vol. 12, 2006, núm. 1, pp. 29-41, esp. p. 39; ZHAO, T., «A Political World Philosophy in terms of All-under-heaven (Tian-xia)», *Diogenes*, vol. 56, 2009, núm. 1, pp. 5-18, esp. p. 17.

<sup>35</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 71.

<sup>36</sup> WANG, M., «All under heaven (tianxia). Cosmological perspectives and political ontologies in pre-modern China», *HAU. Journal of Ethnographic Theory*, vol. 2, 2012, núm. 1, pp. 337-383, esp. p. 338.

<sup>37</sup> Si bien la interpretación de estos tres significados la realiza el propio Zhao, su interrelación con los distintos sentidos disciplinares es de elaboración propia. ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 9; WANG, Y., *op. cit.*, nota 7, p. 111.

<sup>38</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 8.

y los derechos humanos<sup>39</sup>. Precisamente en ese carácter jerárquico se refleja la influencia de la visión confuciana de la familia, como el vínculo integral más importante de la sociedad china. Desde esta perspectiva, Qin define el sistema Tianxia como «una familia ampliada» en el que su principio rector es ese vínculo familiar<sup>40</sup>.

20. De hecho, este sistema constituye una especie de «hogar-mundo» en el que conviven un gobierno mundial y otros subestados. El primero se ocupa de las cuestiones globales (orden, leyes y reglas universales), así como del arbitraje de los conflictos entre los subestados. Estos, por su parte, gozan de una gran autonomía, principalmente en asuntos políticos, económicos, sociales y culturales<sup>41</sup>.

21. Bajo lo que ha sido denominado como un cosmopolitanismo patriótico que combina los *a priori* contrarios discursos nacionalistas y cosmopolitas<sup>42</sup>, sus desarrollos se han centrado en actualizar el principio normativo de las relaciones internacionales de la China antigua y contraponerlo con el sistema internacional contemporáneo caracterizado por la importancia de la estructura anárquica y el principio de soberanía<sup>43</sup>. Las diferencias entre ambos son patentes desde los términos primarios que estructuran ambos sistemas: el sistema político occidental en clave de individuos, comunidades y naciones-Estado; el sistema chino, por el contrario, formado por familias, Estados y el Tianxia<sup>44</sup>.

22. La sumisión del elemento estatal a uno global no es más que la evidencia de la concepción civilizacional del pensamiento chino. Frente a un sistema internacional occidental basado en la soberanía, el pensamiento chino subsume la concepción jerárquica de este principio en una perspectiva más global. Esto le permite colocarse como el centro de esa civilización, asignando las posiciones concéntricas al resto en función de su índice de civilización, marcado por su conformidad con los valores y ritos de la civilización china<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> CALLAHAN, W. A., «Chinese Visions of World Order: Post-Hegemonic or New Hegemony?», *International Studies Review*, vol. 10, 2008, núm. 4, pp. 749-761, esp. p. 753.

<sup>40</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 73. De hecho, el vínculo de la familia no es ajeno a las Relaciones Internacionales. Agathangelou y Ling retratan la disciplina como una casa colonial que se anuncia a sí misma únicamente a través de la identidad del padre que trata de imponer el orden en medio de la anarquía y el desorden. AGATHANGELOU, A. M. y LING, L. H. M., «The House of IR: From Family Power Politics to the Poiesis of Worldism», *International Studies Review*, vol. 6, 2004, núm. 4, pp. 21-49. Además, Cunningham-Cross ha aplicado estos desarrollos al tema que nos ocupa, analizando la inclusión y exclusión de determinados discursos. En ese sentido, Cunningham-Cross concluye que la Escuela China es, a la vez, cómplice y víctima de la perpetuación de estas dinámicas. CUNNINGHAM-CROSS, L., *op. cit.*, nota 19, pp. 24-25.

<sup>41</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 72.

<sup>42</sup> CALLAHAN, W. A., «China's Strategic Futures. Debating the Post-American World Order», *Asian Survey*, vol. 52, 2012, núm. 4, pp. 617-642, esp. p. 633.

<sup>43</sup> CARLSON, A., «Moving beyond sovereignty? A brief consideration of recent changes in China's approach to international order and the emergence of the Tianxia concept», *Journal of Contemporary China*, vol. 20, 2011, núm. 68, pp. 89-102, esp. p. 89.

<sup>44</sup> ZHAO, T., «All-Under-Heaven and Methodological Relationism. An Old Story and New World Peace», en DALLMAYR, F. y ZHAO, T. (eds.), *Contemporary Chinese Political Thought. Debates and Perspectives*, Lexington, University Press of Kentucky, 2012, pp. 46-66, esp. p. 51.

<sup>45</sup> ZHANG, Y., *op. cit.*, nota 9, pp. 56-57.

23. De hecho, el análisis de Zhang va más allá y rastrea las raíces políticas e históricas del sistema actual, comparando las estructuras constitucionales de la antigua Grecia, la China Imperial y la sociedad moderna de Estados<sup>46</sup>. En el caso de la China Imperial, Zhang subraya la concepción del mundo como civilizacional del confucianismo, entendiendo el principio organizativo de la soberanía como una jerarquía concéntrica. Esta visión tuvo su aplicación práctica a través de la institución del sistema de tributos que colocaba a China en el centro y otorgaba posiciones al resto en función de su grado de civilización<sup>47</sup>, lo que evidenciaría una visión propia de la civilización a través de la promoción de la armonía social y cósmica<sup>48</sup>.

24. Si bien la obra de Zhao es generalmente tachada de utópica, no es menos cierto que busca una aplicación práctica estableciéndola dentro de un marco analítico e institucional. En opinión de Hückel, esta aplicación debería estar basada en la hibridación de las características de los sistemas chino y griego, colocando como sujeto central a las gentes del mundo en vez de a los Estados soberanos<sup>49</sup>. En este sentido, la obra de Zhao ofrece un interesante contrapunto entre, por un lado, el orden wesfaliano como sistema horizontal basado en la igualdad soberana y, por otro lado, el de la China antigua o Tianxia, que favorece la jerarquía a través de un patrón de orden mundial determinado. Recalcando esta perspectiva eminentemente crítica con el orden heredero de Westfalia, Zhao contrapone la tradición política de la antigua Grecia con la china, argumentando que si bien la primera, base política occidental, se centraba únicamente en la *polis*, el principio del Tianxia tenía una eminente perspectiva mundialista<sup>50</sup>.

25. La construcción de un orden inclusivo como el Tianxia, en el que no se considera que existan intrusos/marginados, provoca que no exista un alter, un opuesto<sup>51</sup>. Los razonamientos centrados en las relaciones y no en la naturaleza de los individuos, propios de la escuela confuciana, refuerzan la convicción de que la existencia del yo está supeditada a la existencia de otros, en tanto que es esa relación la que define a los sujetos<sup>52</sup>. Por tanto, se trata de un sistema entre diferentes, compuesto por los «civilizados» que asimilaban la cultura china y los «bárbaros». El objetivo principal del Tianxia es, en con-

<sup>46</sup> *Ibid.* El concepto de estructuras constitucionales lo toma Zhang de Reus-Smit, que las describe como complejos de metavalores que definen la identidad social del Estado y los parámetros de la acción estatal legítima. REUS-SMIT, C., *The Moral Purpose of the State. Culture, Social Identity and Institutional Rationality in International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 39.

<sup>47</sup> ZHANG, Y., *op. cit.*, nota 9, p. 57.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> HÜCKEL, B., «Theory of International Relations with Chinese Characteristics. The Tian-Xia System from a Metatheoretical Perspective», *Diskurs-Journal for Interventions in the Social Sciences and Humanities*, vol. 8, 2012, núm. 2, pp. 34-64, esp. p. 59; CALLAHAN, W. A., *op. cit.*, nota 39, p. 751.

<sup>50</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 7.

<sup>51</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 7, pp. 41-42.

<sup>52</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 44, p. 49; BLEIKER, R., «East-West Stories of War and Peace: Neorealist Claims in Light of Ancient Chinese Philosophy», en CHAN, S., MANDAVILLE, P. y BLEIKER, R. (eds.), *The Zen of International Relations. IR Theory from East to West*, Basingstoke, Palgrave, 2001, pp. 177-201, esp. p. 182.

secuencia, la transformación (*hua* 化) que cambia a ambos, transformando a los enemigos en amigos a través de la atracción y no de la conquista<sup>53</sup>. Sin embargo, no se debe olvidar que se trataba de un orden jerárquico en el que China constituía el centro, protector de la periferia, que estaba subordinada al centro<sup>54</sup>. De hecho, pese a que Zhao afirme explícitamente que el sistema Tianxia no tiene «forasteros», su exposición del mundo evidencia que ese centro institucionalmente erigido utiliza las dinámicas de exclusión e inclusión jerárquica para marginar a sujetos como Occidente o a aquellas naciones periféricas<sup>55</sup>.

26. Al igual que con las concepciones sobre identidad y alteridad, la dicotomía entre guerra y paz no es para Zhao la solución a los conflictos, como sí lo es la armonía. Se trataría de construir correlaciones fiables basadas en el beneficio mutuo junto con la aceptación de los valores del otro. La armonía se trata, en su opinión, de un objetivo mucho más ambicioso que la paz, que sería únicamente un derivado de dicha armonía<sup>56</sup>, haciendo esta última referencia a un modelo de cooperación ideal, entendiéndola como una dependencia y mejora recíproca<sup>57</sup>.

27. En la estructura internacional actual, con un énfasis en las características diferenciadores de los Estados individuales y la anarquía, no es posible lograr esa armonía por la ausencia de una visión sistémica global. Sin embargo, su propuesta de aplicación inspirada en el sistema Tianxia facilita la unión de los intereses proporcionando la orientación y la identidad común necesaria. La propia estructura, que se irradia desde el centro, moldea a las unidades<sup>58</sup>.

28. El carácter co-constitutivo de la relación entre la estructura y la familia como unidad recuerda, como apunta Hückel, a las aportaciones de Wendt y Giddens en torno a la teoría de la estructuración. Sin embargo, en esta los agentes y la estructura sí tienen ontológicamente una existencia distinta, ya que la concepción de estructura es más amplia. En el Tianxia, ambos constituyen una misma entidad, la familia es parte de la estructura y no existe agencia<sup>59</sup>.

29. Esta estructuración del sistema evidencia que, en vez de proponer un sistema post-hegemónico, la voluntad de Zhao es retratar una nueva hegemonía global irradiada desde ese centro de la estructura, donde la guber-

<sup>53</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 34.

<sup>54</sup> ZHAO, S., «Rethinking the Chinese World Order: the imperial cycle and the rise of China», *Journal of Contemporary China*, vol. 24, 2015, núm. 96, pp. 961-982, esp. p. 973.

<sup>55</sup> CALLAHAN, W. A., *op. cit.*, nota 39, pp. 754 y 756.

<sup>56</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 44, p. 48; HÜCKEL, B., *op. cit.*, nota 49, p. 42. Véase CALLAHAN, W. A., «Remembering the Future - Utopia, Empire, and Harmony in 21st-Century International Theory», *European Journal of International Relations*, vol. 10, 2004, núm. 4, pp. 569-601; CALLAHAN, W. A., *op. cit.*, nota 42; BUZAN, B., «China in International Society: Is "Peaceful Rise" Possible?», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 3, 2010, núm. 1, pp. 5-36.

<sup>57</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 14.

<sup>58</sup> HÜCKEL, B., *op. cit.*, nota 49, p. 51.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 48-50.

nanza jerárquica de la China imperial es actualizada para un ejercicio en el siglo XXI<sup>60</sup>. La distinción se centra en que, si bien los imperios occidentales eran ejercidos a través de la dominación, en este caso su perspectiva pretende impulsar una integración basada en el principio de armonía<sup>61</sup>.

30. Además, la perspectiva de Zhao evidencia una percepción bastante simplista de los valores de legitimidad y justicia sobre los que se sustenta la institución mundial del Tianxia<sup>62</sup>. La perspectiva del autor es más filosófica que propia de las Relaciones Internacionales, mostrando un carácter utópico no muy común en la academia contemporánea. De hecho, Zhao no explica de un modo sistematizado el modo en el que se estructura esa institución mundial ni cómo se llega a ella, simplemente ensalza su utilidad como armonizadora. Además, obvia los conflictos derivados de la implantación de dicha institución y el difícil camino hacia la armonía, construyendo, según Paltiel, un proyecto con poco interés en términos de la práctica de la política internacional<sup>63</sup>. Igualmente, en cuanto a la armonía, un concepto muy desarrollado en la filosofía de la China Antigua, Zhao también omite los desarrollos de este concepto en las teorías occidentales, obviando los desarrollos que en este sentido ha aportado la corriente liberal<sup>64</sup>. En ese propósito inclusivo y armonizador, Zhao acaba cayendo en su propia trampa y construye una relación entre alter y ego que se revela como mutuamente excluyente, atacando así las bases de su propia teoría.

### 3.2. El enfoque reverso de la Escuela Tsinghua. Una teoría del realismo hegemónico con características chinas

31. En contraste con la perspectiva del Tianxia, los desarrollos teóricos de la Escuela Tsinghua y de su investigador más notable, Yan Xuetong, están eminentemente ligados con las teorías occidentales de la disciplina. Partiendo de la creencia de Yan sobre el carácter universal del pensamiento científico<sup>65</sup>, su visión monista de las Relaciones Internacionales moldea de forma definitiva la teoría de esta escuela. Los trabajos teóricos de Yan se caracterizan por interpretar tanto los asuntos globales como el comportamiento de China en la sociedad internacional a través de una construcción teórica importada

<sup>60</sup> CALLAHAN, W. A., *op. cit.*, nota 39, pp. 749-750; SCHWELLER, R. L. y PU, X., «After Unipolarity. China's Visions of International Order in an Era of U.S. Decline», *International Security*, vol. 36, 2011, núm. 1, pp. 41-72, esp. pp. 60-61.

<sup>61</sup> ZHAO, T., *op. cit.*, nota 34, p. 17.

<sup>62</sup> RAVAGNOLI, V., «The Chinese View of World Order: The Evolving Conceptualization of Tianxia (All-Under-Heaven)», Tesis Doctoral, Instituto de Tecnología de Georgia, 2007, pp. 80-81.

<sup>63</sup> PALTIEL, J. T., «Constructing Global Order with Chinese Characteristics: Yan Xuetong and the Pre-Qin Response to International Anarchy», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 4, 2011, núm. 4, pp. 375-403, esp. p. 382.

<sup>64</sup> ZHANG, F., «The Tianxia System: World Order in a Chinese Utopia», *China Heritage Quarterly*, 2010, núm. 21, [http://www.chinaheritagequarterly.org/tien-hsia.php?searchterm=021\\_utopia.inc&issue=021](http://www.chinaheritagequarterly.org/tien-hsia.php?searchterm=021_utopia.inc&issue=021), consultada el 18 de marzo de 2016.

<sup>65</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 27, p. 254.

de las mayoritarias corrientes estadounidenses<sup>66</sup>. Concretamente, Moure lo define como «un realista neoclásico-ofensivo que entronca teóricamente con las teorías de la estabilidad hegemónica occidentales»<sup>67</sup>. Indudablemente, la aplicación de un marco importado facilita el diálogo entre la perspectiva Tsinghua y los desarrollos occidentales, clave en la intención de Yan de aportar una visión china a teorías ya existentes. Dicho de otro modo, es posible afirmar que su aportación va encaminada a la adición de hipótesis auxiliares al núcleo duro realista, completando a través de un análisis autóctono una teoría que considera universal.

32. Concretamente, los trabajos de Yan parten de un marco analítico importado a través del que analiza las ideas de filósofos anteriores a la dinastía Qin, como Confucio o Lao Tse<sup>68</sup>. La reinterpretación de la tradición filosófica de esa época, conocida como la Edad de Oro, pretende ofrecer herramientas teóricas basadas en el pensamiento antiguo para analizar la realidad internacional contemporánea de manera innovadora. Concretamente, el análisis se centra en cómo los pensadores políticos de la época abordaron las cuestiones del orden y jerarquía, subrayando de qué modo estas aportaciones pueden ayudar a comprender los fenómenos actuales. Sin embargo, en dicha tarea, el autor a menudo tiende a exagerar las semejanzas entre ambas realidades y a oscurecer las diferencias<sup>69</sup>. Como objeto de su análisis, el propio Yan cita el aprendizaje del pensamiento previo a la dinastía Qin de modo que permita repensar la estrategia de la emergencia de China para evitar errores como los soviéticos o japoneses<sup>70</sup>.

33. Es posible afirmar que los trabajos de la Escuela Tsinghua exploran dos horizontes teóricos interrelacionados. El primero de ellos es el análisis de la filosofía antigua a través de un marco teórico contemporáneo. En esta tarea, Yan se centra en el análisis del poder de estos autores y utiliza una metodología y terminología propias de las ciencias occidentales para clasificar estas obras<sup>71</sup>. El segundo horizonte teórico, profundamente ligado, analiza la estructura jerárquica del sistema internacional y los tipos de liderazgo ejercidos por los Estados más poderosos. De este modo, el primero de los proyectos teóricos entronca con el realismo neoclásico ofreciendo un análisis del

<sup>66</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 75.

<sup>67</sup> MOURE, L., *op. cit.*, nota 28, pp. 422-423.

<sup>68</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 75. En concreto, Yan Xuetong analiza los trabajos de los siguientes siete filósofos chinos: Guanzi, Lao Tse, Confucio, Mencio, Mozi, Xunzi y Hanfeizi.

<sup>69</sup> PALTIEL, J. T., *op. cit.*, nota 63, p. 386; WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, pp. 30-31. No en vano, la obra más importante de Yan Xuetong en inglés se titula *Ancient Chinese Thought, Modern Chinese Power*.

<sup>70</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 27, p. 218.

<sup>71</sup> Concretamente, para clasificar a estos autores clásicos, Yan aplica categorías epistemológicas tales como materialismo o idealismo y tres niveles de análisis (individuo, Estado y sistema) tomados de la teoría de Waltz, como él mismo admite. YAN, X., *op. cit.*, nota 27, p. 205. Contrastándolo con la metodología autóctona aplicada por Zhao y su sistema Tianxia, resulta evidente el fuerte legado occidental de la teoría de Yan. Este se hace obvio cuando, por ejemplo, compara la distinción de Xunzi entre los conceptos de autoridad humana, hegemonía y tiranía con las tres culturas de la anarquía de Wendt. *Ibid.*, pp. 72-73.

poder al estilo de los autores clásicos y sin olvidar las variables no sistémicas del análisis. El segundo, por su parte, dialoga directamente con las teorías hegemónicas realistas, principalmente con los trabajos de Gilpin<sup>72</sup>, en tanto que Yan considera el sistema internacional como jerárquico en términos de poder, normas y responsabilidades, una característica que contribuye al mantenimiento de un orden internacional no conflictivo<sup>73</sup>.

34. Concretamente, el proyecto pre-Qin se centra en explicar cómo entendían el poder estos antiguos pensadores<sup>74</sup>. En opinión de Yan, estos apuntaban a los factores políticos, económicos y militares como los más importantes y habitualmente señalaban la capacidad política como la base integradora del poder del Estado<sup>75</sup>. De hecho, Yan toma a Xunzi como antecedente para afirmar que el poder político desempeña un rol movilizador del poder económico y militar<sup>76</sup>. En este sentido, Xunzi coloca el poder político como base del poder duro, ligando esta capacidad política con la corrección de las políticas del propio Estado<sup>77</sup>.

35. Sin duda, el concepto de poder político es la pieza clave tanto para Xunzi como para Yan. En sus propias palabras, el poder político se basa en la capacidad de los gobernantes y ministros para movilizar los recursos y, en consecuencia, tiene un efecto multiplicador<sup>78</sup>.

36. Por tanto, la idea del poder se sustenta en el concepto de liderazgo moral. La moralidad, para Yan, es el centro del poder político, la fuente de la que emerge y la característica que dota al sujeto de la legitimidad que le permite perdurar en el poder. Constituye una clara referencia al realismo clásico de Morgenthau que Yan toma con el fin de resucitar el significado moral de la acción política<sup>79</sup>.

---

<sup>72</sup> MOURE, L., *op. cit.*, nota 28, pp. 422-423. Cunningham-Cross y Callahan también subrayan el carácter realista del pensamiento de Yan, reflejado en la importancia que le otorga al poder en el sistema internacional, conformado por variables económicas, políticas, militares y culturales. CUNNINGHAM-CROSS, L. y CALLAHAN, W. A., «Ancient Chinese Power, Modern Chinese Thought», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 4, 2011, núm. 4, pp. 349-374, esp. pp. 355-356. Asimismo, el propio Yan habitualmente define sus desarrollos teóricos bajo la etiqueta de realismo moral. YAN, X., «Political Leadership and Power Redistribution», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 9, 2016, núm. 1, pp. 1-26.

<sup>73</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 78.

<sup>74</sup> En este sentido, el trabajo de Qi Haixia puede constituir una lectura interesante, en la medida de que analiza el debate en el seno de la academia china sobre el concepto de poder. QI, H., «Disputing Chinese Views of Power», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 10, 2017, núm. 2, pp. 211-239.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 52-53.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 77-78.

<sup>78</sup> Esta definición la recoge Qin a partir de fragmentos de la obra de Yan. *Ibid.*, p. 77; YAN, X., *op. cit.*, nota 27, pp. 101, 117 y 138. El propio Yan acuña una ecuación en la que evidencia que el poder político multiplica al resto: Poder político = (poder militar + poder económico + poder cultural) x poder político. QIN, Y. y YAN, X., «Pensamiento Chino y Relaciones Internacionales: Dos Miradas», *Documentos CIDOB Asia*, 2013, núm. 28, p. 14. Desde su perspectiva, el poder político constituye el único elemento operacional, mientras que el resto (poder militar, político y cultural) son recursos relevantes en la medida que son utilizados por elementos políticos como los gobiernos. YAN, X., *op. cit.*, nota 72, pp. 12-13.

<sup>79</sup> Véase MORGENTHAU, H. J., *Escritos sobre Política Internacional*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 92-98.

37. El concepto de moralidad ha alcanzado en los últimos tiempos una importancia vital en la obra de Yan, hasta el punto de lanzarse a elaborar las bases de una corriente realista etiquetada como «realismo moral» a partir de algunos de los postulados más importantes del programa de investigación occidental<sup>80</sup>. A través de este último desarrollo, el autor consigue encajar sus trabajos en un enfoque distintivo pero inclusivo que dialoga de un modo directo con las proposiciones realistas contemporáneas e inserta su aproximación en los márgenes del debate realista<sup>81</sup>. En concreto, estos cuatro corolarios principales derivados de las anteriores aportaciones e investigaciones del autor le permiten explicar por qué en algunas transiciones de poder el Estado emergente prevalece pese a tener un poder material menor<sup>82</sup>. La primera de las proposiciones del realismo moral defiende que la búsqueda del interés es la dinámica principal tanto de la acción estatal como de la evolución normativa a nivel internacional. En segundo lugar, el realismo moral considera que la naturaleza del poder como elemento de suma-cero propicia conflictos estructurales entre un Estado emergente y uno dominante, ejerciendo también una presión sistémica en el primero de ellos debido a su creciente rol internacional. En tercer lugar, Yan considera que tanto las mejoras como las erosiones en el liderazgo político de los Estados transforman la fuerza nacional de estos. Esto se debe al carácter multiplicador del poder político, que posibilita que los recursos del poder ganen en importancia. Por tanto, el liderazgo político tiene unos efectos directamente transformadores en la fuerza material de un Estado. Aplicando esta consideración a las transformaciones sistémicas a escala internacional, es posible deducir que los distintos modelos de liderazgo en los Estados dominante y emergente tendrán un papel relevante al determinar el orden internacional. Finalmente, en cuarto lugar, Yan subraya que, en el sistema internacional de carácter anárquico, todos los Estados adoptan el principio de autoayuda para asegurar su supervivencia, pero aplican distintas estrategias. Esto se evidencia, por ejemplo, al observar cómo distintos tipos de Estados dominantes impulsan diferentes normas internacionales o cómo adoptan estrategias diferentes para asegurar su supervivencia. Esta consideración, sin embargo, refuta uno de los principios de la teoría waltziana que rechaza la existencia de una diferenciación funcional entre las unidades del sistema internacional<sup>83</sup>.

38. En relación a esta última argumentación, la obra de Yan también explora los distintos tipos de liderazgos. Si bien considera el sistema como jerárquico, no está de acuerdo con la escasa atención que los teóricos de la estabilidad hegemónica le otorgan a la relación entre la naturaleza del poder

<sup>80</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 72, pp. 10-16.

<sup>81</sup> Si bien la obra de Yan utiliza un claro lenguaje realista y comparte las principales características de este programa de investigación, no es menos cierto que el realismo prioriza los desarrollos occidentales y, más concretamente, estadounidenses. Sin embargo, Yan ha logrado incluir su perspectiva en algunas fases del debate sobre el ascenso de China, aunque con una presencia mucho menor que el de las aportaciones estadounidenses.

<sup>82</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 72, p. 16.

<sup>83</sup> WALTZ, K. N., *Teoría de la Política Internacional*, Buenos Aires, GEL, 1979, pp. 111 y 145.

hegemónico y la estabilidad del sistema en su conjunto. De este modo, como veremos más adelante, la moralidad del Estado líder está íntimamente relacionada con la estabilidad del sistema y la durabilidad de su liderazgo<sup>84</sup>.

39. Basándose, de nuevo, en la obra de Xunzi, realiza una tipología de liderazgos con arreglo a la moralidad y al modo en el que se ejercen. Si Wendt define el sistema internacional en función de las interacciones y las normas que estas generan, para los filósofos antiguos chinos es el tipo de monarca que reina el que tiene un impacto distinto en las relaciones y esos distintos tipos de liderazgo influyen a su vez los procesos de evolución normativa de la sociedad internacional<sup>85</sup>. Por tanto, Yan explora cómo la variable independiente del tipo de liderazgo, a través de la interacción entre el Estado líder y el resto, influye a la variable dependiente, las normas internacionales<sup>86</sup>.

40. En concreto, el autor enumera tres tipos de liderazgo, basados en la obra de Xunzi: tiranía, hegemonía y autoridad humana<sup>87</sup>. En primer lugar, la tiranía (*qiang* 強) es la peor de las tres y aquella que inevitablemente desembocará en el desastre y el declive<sup>88</sup>. Está basada principalmente en el poder militar y obedece sobre todo a las normas de la política de poder, generando un orden internacional inestable. El segundo tipo, la hegemonía (*ba* 霸), es un modelo con una reducida exigencia moral (mucho menor que en el caso de la autoridad humana) y que se basa en el poder material y las alianzas estratégicas. En este caso, el hegemón debe proteger las necesidades de seguridad de sus aliados. Así, el líder aplica un doble estándar, por una parte utiliza la moralidad para relacionarse con los aliados y, por otro, prioriza la política de poder en sus relaciones con los enemigos<sup>89</sup>. Finalmente, el tercero de los modelos es el de la autoridad humana (*wang* 王), que retrata un liderazgo con un alto grado de poder moral que gobierna gracias a haberse ganado «los corazones del resto de los Estados»<sup>90</sup>. El liderazgo de la autoridad humana mantiene el orden internacional de tres modos distintos. En primer lugar, se erige como un buen ejemplo de prácticas morales acorde con las normativas internacionales. En segundo lugar, promueve la internacionalización de unas determinadas normas premiando a los Estados que actúan conforme a ellas. Finalmente, castiga a los Estados que las violan. De este modo, el orden internacional establecido por la autoridad humana se refuerza continuamente<sup>91</sup>.

41. Evidentemente, la teoría de la Escuela Tsinghua tiene una clara orientación práctica. Si bien el propio Yan ha calificado las relaciones entre

<sup>84</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 27, pp. 64-65.

<sup>85</sup> YAN, X., «International Leadership and Norm Evolution», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 4, 2011, núm. 3, pp. 233-264, esp. p. 233.

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 247-248.

<sup>87</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 27, pp. 71-72 y 74-75; QIN, Y. y YAN, X., *op. cit.*, nota 78, p. 15.

<sup>88</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 85, p. 237.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>90</sup> BELL, D., «Introduction», en YAN, X., *op. cit.*, nota 27, p. 6.

<sup>91</sup> YAN, X., *op. cit.*, nota 72, p. 23.

China y Estados Unidos como de una «amistad superficial», no es menos cierto que también ha subrayado la imposibilidad de que ambos se enfrenten en una guerra de escala global<sup>92</sup>. Yendo más lejos, Yan también ha subrayado el carácter beneficioso de la competencia entre ambos Estados para el sistema internacional en su conjunto. De este modo, «la competición entre China y Estados Unidos proporcionará al mundo dos modelos de desarrollo, ambos en un proceso de mejora constante gracias a los esfuerzos de cada país por ofrecer un modelo más avanzado que el de su competidor»<sup>93</sup>. La importancia que Yan le otorga al concepto de poder político es una clara heredera de la visión humanista de los desarrollos de los filósofos de la antigua China, que el autor trata de incorporar al debate realista, con una vertiente claramente cientificista<sup>94</sup>. En esta línea, manifiesta que esa moralidad hoy en día se hace patente a través de un mayor grado de responsabilidad internacional. Por ello, la autoridad moral en la sociedad internacional contemporánea no se mide solamente a través de un importante número de aliados, sino también en la capacidad de movilizar el apoyo nacional e internacional a través de un buen sistema político<sup>95</sup>. De nuevo, el poder político se muestra como elemento multiplicador frente a los recursos materiales.

42. Es posible apuntar que una de las características más enriquecedoras de la obra de Yan son sus aportaciones prácticas sobre los principios políticos que debe perseguir China en los próximos años. Según Zhang, estas aportaciones pueden clasificarse en tres niveles. En el primero de ellos, el que hace referencia a la gran estrategia global, Yan opina que China debe convertir la hegemonía en el objetivo principal de su política exterior, presentando su propia visión universal. En segundo lugar, a nivel de la política exterior, sus esfuerzos deben enfocarse en demostrar su responsabilidad como potencia, promoviendo una mayor apertura de la sociedad internacional y expandiendo su poder político. Finalmente, en el tercer nivel, Yan propone establecer unas estrategias específicas para la emergencia de China, centradas principalmente en la creatividad a la hora de abordar problemas estratégicos y en el refuerzo y ampliación de la política de alianzas<sup>96</sup>.

43. La utilización de un marco teórico similar al occidental, su lenguaje y sus conceptos importados, así como la aplicación de una bibliografía conocida en la disciplina estadounidense facilitan enormemente el diálogo entre la Escuela Tsinghua y las corrientes *mainstream*, principalmente en las investigaciones sobre la emergencia de China como potencia internacional. Sin embargo, como destaca Qin, a nivel interno en ocasiones su análi-

<sup>92</sup> YAN, X. y QI, H., «Football Game Rather Than Boxing Match: China-US Intensifying Rivalry Does not Amount to Cold War», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 5, 2012, pp. 105-127; CREUTZFELDT, B., «Yan Xuetong on Chinese Realism, the Tsinghua School of International Relations, and the Impossibility of Harmony», *Theory Talks*, 2012, núm. 51.

<sup>93</sup> QIN, Y. y YAN, X., *op. cit.*, nota 78, p. 17.

<sup>94</sup> CUNNINGHAM-CROSS, L. y CALLAHAN, W. A., *op. cit.*, nota 72, p. 360.

<sup>95</sup> CREUTZFELDT, B., *op. cit.*, nota 92.

<sup>96</sup> ZHANG, F., «The Tsinghua Approach and the Inception of Chinese Theories of International Relations», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 5, 2012, núm. 1, pp. 73-102, esp. pp. 98-101.

sis de los pensadores chinos y su aplicación al marco actual puede resultar «simplista»<sup>97</sup>.

### 3.3. El enfoque interactivo y la importancia de los procesos y las relaciones. Qin Yaqing y el constructivismo relacional

44. El tercero de los proyectos teóricos, el enfoque interactivo o constructivismo procesal, nace de un descontento sobre cómo las teorías occidentales han omitido o malinterpretado los procesos de socialización de las potencias emergentes. Por ello, Qin Yaqing explora las teorías occidentales y las utiliza en la construcción de su teoría, de carácter mixto. De este modo, su construcción teórica constituye simultáneamente una crítica y una interesante aportación principalmente a las teorías constructivistas y de la Escuela Inglesa.

45. La revisión de las tres teorías mayoritarias del *mainstream* occidental evidencia, en opinión de Qin, la omisión del elemento social con más significado del sistema internacional: las relaciones<sup>98</sup>. Además, el enfoque interactivo contrasta la visión racionalista de las perspectivas occidentales con una perspectiva relacional propia del pensamiento chino. La relacionalidad, además de estar presente desde la filosofía antigua, también supone una conceptualización fundamental de la gobernanza para el confucianismo<sup>99</sup>. Las teorías racionalistas, desde la misma perspectiva, prestan más atención a las estructuras, obviando los procesos, y por ello tienden a producir análisis estáticos y a menudo no son capaces de explicar el cambio<sup>100</sup>.

46. La teoría procesal de Qin está compuesta por dos aproximaciones particulares a sendos dilemas de los desarrollos teóricos de la disciplina. El primero de ellos dialoga directamente con la Escuela Inglesa, al proponer un enfoque distinto de la sociedad internacional. El segundo va más allá y propone una epistemología alternativa al racionalismo imperante en gran parte de la disciplina. Concretamente, Qin aboga por la relacionalidad derivada de la cultura china, que retrata las relaciones alter-ego como inclusivas.

47. El debate sobre el carácter de la sociedad internacional enlaza con la especial relación entre las Escuelas Chinas y la Escuela Inglesa. Tal y como afirman Wang y Buzan, ambos proyectos comparten su posición como contrapeso a las teorías del *mainstream* estadounidense. Sin embargo, la cla-

<sup>97</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 79.

<sup>98</sup> QIN, Y., «Relationality and processual construction: bringing Chinese ideas into international relations theory», *Social Sciences in China*, vol. 30, 2009, núm. 4, pp. 5-20, esp. p. 7. Si bien la teoría liberal institucionalista pone el foco en las instituciones, se centra en el momento en el que culmina el proceso con el establecimiento de este régimen. En el caso del constructivismo, Qin admite que, si bien presta atención al proceso, lo hace como una variable dependiente de la estructura y los agentes.

<sup>99</sup> De hecho, la idea de la relacionalidad supone uno de los ejes principales del clásico texto oracular «Libro de las Mutaciones», uno de los conocidos como Cinco Clásicos del confucianismo. Véase QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, p. 80.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

ra vocación global de la Escuela Inglesa aún está por desarrollar en el caso chino. A pesar de ello, ambos proyectos comparten importantes intereses teóricos y conceptuales que alimentan el debate. Entre ellos, Wang y Buzan enumeran la importante orientación normativa con claras referencias a la historia y teoría política, el interés en la sociedad internacional de la antigua China como modelo de sociedad internacional no occidental, la emergencia de China y su impacto en la sociedad internacional global y regional o la interrelación de los principios de anarquía y jerarquía<sup>101</sup>.

48. Los nexos en común entre ambas perspectivas y el importante calado del concepto de sociedad internacional entre los académicos chinos proporcionan las bases para un enriquecedor debate en torno al concepto enunciado por Bull. Si bien Qin considera la valía de la idea de sociedad internacional para la comprensión de las relaciones internacionales, también critica su carácter estereotipado, estático y marcadamente eurocéntrico<sup>102</sup>. Estas características, además, se hacen más evidentes cuando la sociedad internacional global o europea se encuentra con otra de carácter regional, cuyos miembros aún se encuentran en proceso de acomodación<sup>103</sup>. Según Qin, este problema es consecuencia de la adopción de un enfoque mayoritario que retrata la sociedad internacional como una entidad. Esta perspectiva subraya la necesidad de una homogeneización de las normas e instituciones de los miembros de la sociedad internacional hacia aquellas adoptadas por los poderes más importantes. Esta homogeneización produce un cambio en la identidad y la integración genera una nueva síntesis derivada de la victoria de un sujeto sobre el otro<sup>104</sup>. Esta visión, en opinión de Qin, imposibilita la existencia de una sociedad internacional global y crea sociedades regionales entre sujetos cuya homogeneidad es, de inicio, alta<sup>105</sup>. De hecho, el propio Buzan admite que la sociedad regional de Asia Oriental tiene un nexo de unión muy fino y levemente integrado, dada su ausencia de homogeneidad<sup>106</sup>.

49. Frente a esta perspectiva estática, Qin propone entender la sociedad como un proceso de complejas relaciones intersubjetivas en movimiento<sup>107</sup>. Esta visión procesal se basa en una dialéctica complementaria que hunde sus raíces en el pensamiento chino de la antigüedad. La conocida como dialéctica china o *zhongyong* (中庸)<sup>108</sup> constituye un contrapunto a la visión hegeliana

<sup>101</sup> WANG, Y. y BUZAN, B., *op. cit.*, nota 4, pp. 2 y 44.

<sup>102</sup> QIN, Y., «International Society as a Process: Institutions, Identities, and China's Peaceful Rise», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 3, 2010, núm. 2, pp. 129-153, esp. p. 134.

<sup>103</sup> Véase BUZAN, B., *op. cit.*, nota 56.

<sup>104</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 102, pp. 141-142.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>106</sup> BUZAN, B. y ZHANG, Y., «Conclusion: the contest over East Asian international society», en BUZAN, B. y ZHANG, Y. (eds.), *Contesting International Society in East Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 207-231, esp. p. 219.

<sup>107</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 102, p. 145.

<sup>108</sup> Tradicionalmente, el concepto de *Zhongyong* es definido como «tomar la vía media», aunque también implica connotaciones sobre lo apropiado de las acciones que se llevan a cabo. *Ibid.*, p. 287, nota 9. Para Wang, la noción confuciana del *zhongyong*, incluye en su seno dos conceptos. El primero de ellos, *zhong*, es la centralidad y el equilibrio; el segundo, *yong*, hace referencia a la universalidad y la

de las relaciones alter-ego, que las retrata como inherentemente conflictivas. Se trata de un concepto de raíces confucianas y que para Qin constituye una parte importante del conocimiento básico chino<sup>109</sup>. La vía mutuamente inclusiva del pensamiento recoge como eje la esencia epistemológica racionalista en su base con dos polos opuestos que interactúan, pero las relaciones entre ellos no tienen por qué estar marcadas por el conflicto<sup>110</sup>. El carácter inclusivo de las relaciones entre los sujetos constituye la piedra angular de la dialéctica china a lo largo de un proceso marcado por la armonía<sup>111</sup>. El proceso cumple un rol esencial facilitando que las identidades se definan y redefinan en el seno de estas relaciones, transformándose ambas, huyendo de la homogeneidad y avanzando hacia una identificación positiva de todos los sujetos.

50. Por tanto, una visión de la sociedad internacional como proceso permite considerar a las normas e instituciones no como herramientas de gobierno y control, sino como armonizadoras de las relaciones entre los miembros de la sociedad<sup>112</sup>. Como consecuencia de esta visión de procesos, Qin Yaqing aboga por la construcción de una corriente teórica a la que denomina constructivismo procesal. La etiqueta constructivista nace de la visión social de esta corriente, de la que disiente en su modo de construir las relaciones. En el caso chino, se trata de un proceso marcado por la relacionalidad, ganando así en dinamismo teórico. Esta teoría sistémica, a través de un enfoque que subraya la importancia de las prácticas intersubjetivas entre los actores, recalca el papel de los procesos sociales en el desarrollo normativo e identitario a nivel internacional<sup>113</sup>.

51. El enfoque procesal, además, se define a través de sus tres características principales. La primera de ellas destaca el carácter simbiótico y mutuamente constitutivo de agentes y proceso. Las relaciones entre proceso y agentes no son lineales, sino que tienen un carácter circular, con una constitución singular y holística. En segundo lugar, el proceso construye la intersubjetividad, es decir, el comienzo de la interacción es lo que le da sentido y va generando un conjunto de prácticas sociales y procesos relacionales que dotan a la interacción de significado. Finalmente, la lógica del propio proceso tiene en su base la dialéctica china, que aboga por la inclusión y heterogeneidad de los actores<sup>114</sup>.

---

armonía. WANG, Q., «Cultural Norms and the Conduct of Chinese Foreign Policy», en HU, W., CHAN, G. y ZHAN, D. (eds.), *China's International Relations in the 21st Century. Dynamics of Paradigm Shifts*, Boston, University Press of America, 2000, pp. 143-171, esp. p. 146.

<sup>109</sup> QIN, Y., «Continuity through Change: Background Knowledge and China's International Strategy», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, 2014, núm. 3, pp. 285-314, esp. p. 288. El concepto de conocimiento básico consiste en expectativas intersubjetivas y disposiciones que únicamente se adquiere a través de la práctica. ADLER, E. y POULIOT, V., «International practices: introduction and frameworks», en ADLER, E. y POULIOT, V. (eds.), *International Practices*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 3-35, esp. p. 16.

<sup>110</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 30, pp. 82-83.

<sup>111</sup> *Ibid.*, nota 109, p. 293.

<sup>112</sup> *Ibid.*, nota 102, p. 138.

<sup>113</sup> *Ibid.*, nota 30, p. 82.

<sup>114</sup> *Ibid.*, nota 98, pp. 9-10.

52. El particular enfoque que propone Qin permite su aplicación práctica en el concepto de gobernanza relacional, abordando directamente la cuestión de cómo gobernar desde una perspectiva menos normativa y más procesal. Por tanto, el concepto de gobernanza relacional se define como un proceso de negociación de acuerdos socio-políticos que gestionan relaciones complejas dentro de la comunidad con el fin de generar orden y estimular los comportamientos recíprocos y cooperativos. Todo ello basándose en la confianza mutua que se genera por el entendimiento compartido de determinadas normas sociales y morales<sup>115</sup>.

53. Tal y como pone de manifiesto esta definición, la gobernanza relacional se caracteriza por varios rasgos distintivos<sup>116</sup>. El primero de ellos es que el concepto no hace ninguna referencia al control, sino que subraya la importancia de la negociación. Por ello, si el control se caracteriza por un proceso unidireccional entre el que lo ejerce y el que lo sufre, en el caso de la negociación se trata de una relación multidireccional entre los sujetos, creando una red de relaciones y procesos. En segundo lugar, la conclusión anterior ya evidencia que la gobernanza es retratada como un proceso dinámico que se coordina y consulta constantemente dada su naturaleza cambiante e incierta. En tercer lugar, el gobernado no es el actor a título individual, sino el complejo de relaciones. No se trata, por tanto, de equilibrar el poder, sino las relaciones. Finalmente, como deja entrever la definición, la confianza constituye el pilar clave de la gobernanza relacional y la pieza que la conecta con la filosofía tradicional china.

54. Este modelo de gobernanza se basa principalmente en la visión interconectada de las relaciones que Qin deriva de la dialéctica china. A través de los procesos de mediación y coordinación se avanza hacia la armonización. La moralidad, constituida como pilar y garante de la buena gobernanza, guía a los actores hacia una evolución practicada a través de la virtud, y sus relaciones avanzan hacia esta armonía<sup>117</sup>.

55. El carácter distintivo de la gobernanza relacional se resalta a través de la comparación con la habitual gobernanza internacional. El primer rasgo distintivo entre ambas es su énfasis en las relaciones sociales y las prácticas de los agentes sociales, pese a su complejidad, reduciendo los costes de transacción y reforzando el intercambio voluntario de información. En segundo lugar, la unidad de análisis no es el actor individual, sino aquellas relaciones contextualizadas en un espacio y tiempo determinado. El énfasis de las normas en la perspectiva racional busca controlar los atributos negativos de los actores a título individual. Sin embargo, la perspectiva relacional ensalza el papel de la dialéctica china para que las relaciones transformen al actor y le hagan trabajar hacia la consecución del interés común. En tercer lugar, se trata de una

<sup>115</sup> *Ibid.*, nota 30, p. 85; QIN, Y., «Rule, Rules, and Relations: Towards a Synthetic Approach to Governance», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 4, 2011, núm. 2, pp. 117-145, esp. p. 133.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 134-136.

gobernanza orientada al proceso, que aboga por el mantenimiento de esas relaciones pese a la ausencia, al menos inmediata, de resultados, ya que el propio proceso, según la perspectiva china, ya tiene efectos transformadores en los actores. En cuarto lugar, el papel crucial de la confianza es un rasgo distintivo frente a la perspectiva racionalista que, considerando a los actores como egoístas, necesita que los acuerdos estén vinculados normativa y legalmente<sup>118</sup>.

56. La representación de estos modelos de gobernanza contribuye a complementar la dualidad entre los conceptos de la dialéctica china y la visión racionalista/hegeliana. De hecho, el propio Qin considera que, a la hora de abordar lo que entiende como uno de los mayores retos teóricos de la disciplina, las relaciones entre la identidad de china y la sociedad internacional, se reproducen habitualmente esas dualidades. Por una parte, la visión hegeliana/racionalista mantiene que para lograr el objetivo del ascenso pacífico, China debería aceptar las instituciones primarias y cambiantes de la sociedad internacional, a pesar de que algunas confronten con su identidad<sup>119</sup>. La situación, por tanto, es la de un *alter* que es transformado por el ego, homogéneamente, sin que el ego sufra variación alguna. Por otra parte, la visión relacional entiende la sociedad internacional no como una entidad estática, sino como un proceso. Las relaciones entre ambos sujetos (la sociedad internacional en su conjunto y China) serán transformadoras para las dos partes avanzando hacia una síntesis armoniosa derivada de la continua reconstrucción y reajuste de las identidades<sup>120</sup>.

57. Al igual que en el caso de la gobernanza, resulta interesante y enriquecedor avanzar en la contraposición de los binomios proceso-entidad, legalidad-sociedad o racionalismo-relacionalidad. No obstante, esta tarea necesita ser abordada incorporando las perspectivas no occidentales, en este caso chinas, y facilitando un nexo común de entendimiento entre ambas como el que realiza Qin.

#### 4. CONCLUSIONES

58. La exploración de los desarrollos teóricos alejados del centro teórico de la disciplina, eminentemente anglosajona, constituyen importantes esfuerzos con el fin de avanzar hacia un progresivo debilitamiento del etnocentrismo en la disciplina. De hecho, los avances de la escuela china son considerados, no solo resultado de ascenso de China en la sociedad internacional, sino que también guardan relación con los excesivos procesos introspectivos que la disciplina de las Relaciones Internacionales ha cultivado<sup>121</sup>. Las teorías enunciadas desde las distintas periferias de la sociedad interna-

<sup>118</sup> *Ibid.*, pp. 138-139.

<sup>119</sup> BUZAN, B., *op. cit.*, nota 56.

<sup>120</sup> QIN, Y., *op. cit.*, nota 98, pp. 142-143.

<sup>121</sup> KIM, H. J., «Will IR Theory with Chinese characteristics be a Powerful Alternative?», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 9, 2016, núm. 1, pp. 59-79, esp. p. 64.

cional aportan también enfoques y conceptos diferenciados que enriquecen de dos modos principales la disciplina. En primer lugar, algunos de estos enfoques, como parte de las aportaciones de la Escuela Tsinghua, establecen un diálogo con perspectivas teóricas asentadas en la disciplina sin tratar, de ningún modo, de alterar su núcleo teórico, sino más bien aportando hipótesis adicionales. En el caso de otros proyectos dentro de la escuela china, como el sino-constructivismo de Qin Yaqing, el diálogo con la Escuela Inglesa y el constructivismo sí trata de aportar una reconstrucción de ciertos conceptos centrales, como la concepción de la sociedad internacional como proceso. En segundo lugar, los desarrollos teóricos alejados del centro teórico-político estimulan la introducción de narrativas alternativas que debaten algunas historiografías y conceptos establecidos en la disciplina e incluyen nuevas narrativas, mientras que establecen canales y códigos comunes.

59. Asimismo, las propuestas teóricas no anglosajonas, especialmente aquellas realizadas desde el creciente centro de poder internacional que es Asia, son unas herramientas imprescindibles para analizar los órdenes mundiales alternativos que proponen los Estados emergentes y, especialmente, China. Sin duda, la estrecha relación entre los líderes políticos chinos y los académicos genera un diálogo entre la práctica política y la teoría aún mayor que en otros Estados. De este modo, las aportaciones teóricas tratan, por un lado, de explicar la emergencia de China en el sistema internacional actual y aquellos conceptos que los líderes chinos han desarrollado a lo largo de este proceso (ascenso pacífico, liderazgo moral, entre otros). Por otro lado, algunas problemáticas puestas de relieve desde la academia tienen una notable influencia en los círculos de poder del Partido Comunista Chino.

60. Los desarrollos teóricos que están teniendo lugar en China, además de avanzar hacia una descentralización de la academia y un mejor entendimiento de la emergencia de China, suponen también la enunciación de unos proyectos teóricos interesantes en distintos grados. En primer lugar, el enfoque anverso encabezado por Zhao Tinyang realiza la interesante labor de rescatar y actualizar el concepto de Tianxia. Se trata de una exploración del orden internacional/regional establecido por la hegemonía china durante la dinastía Zhou (1080-221 a. C.), con un interesante potencial de diálogo con las perspectivas que exploran otros órdenes antiguos como el griego o el romano y su aplicación a la actualidad. Sin embargo, es posible argumentar que las aportaciones de Zhao son las de menor interés a la hora de exportar conceptos y adolecen de capacidad y voluntad de tender puentes con otras perspectivas. La especialización de Zhao en la filosofía y no en las Relaciones Internacionales ni la teoría política es quizá la causa de algunas de estas carencias. No obstante, la excesiva rigidez teórica del Tianxia y la voluntad de reestablecer un pasado hegemónico chino reducen su capacidad explicativa y establecen barreras del diálogo teórico al proponer el resurgimiento de un orden extremadamente jerárquico.

61. El segundo de los enfoques, encabezado por Yan Xuetong y la Escuela Tsinghua, ha logrado introducirse en los debates teóricos anglosajones,

aunque desde una situación periférica. Una de las fortalezas de este enfoque es el establecimiento de un código de comunicación común con las distintas ramas del realismo estadounidense, especialmente con el realismo ofensivo. Asimismo, la Escuela Tsinghua ha avanzado notablemente en sus aportaciones prácticas sobre la emergencia de China y su futuro como potencia, destacando principalmente sus aportaciones sobre las relaciones bilaterales entre China y Estados Unidos. Sin embargo, la importancia de las contribuciones occidentales en su marco teórico lastran su denominación como un proyecto propiamente chino y la intención de ligar marcos occidentales y chinos reduce y simplifica en exceso las aportaciones chinas.

62. Finalmente, el tercer enfoque, denominado como sino-constructivismo, aborda con equilibrio el desarrollo de una teoría propiamente china y su inserción en el debate global. Las sinergias con los enfoques que subrayan el valor de las variables no materiales son más que notables, así como las críticas a las perspectivas materialistas. Las aportaciones sobre el carácter procesal de la sociedad internacional o el desarrollo de una teoría sobre la gobernanza relacional, si bien presentan una clara vertiente teórica, tienen una aplicabilidad práctica. No obstante, es cierto que este enfoque debe trabajar en la construcción de un marco teórico más integrado basado en los conceptos que ya ha establecido.

63. La exploración de estos tres enfoques evidencia la efervescencia teórica de la academia periférica que, sin embargo, aún tiene un largo recorrido a la hora de construir aportaciones teóricas relevantes y con impacto. En el caso concreto de las escuelas chinas, es importante que la academia establezca claramente el objetivo de estos trabajos teóricos, decidiendo si avanza hacia una perspectiva diferenciada al estilo de las teorías poscoloniales o feministas o trata de estrechar sus lazos con la vertiente más central de la teoría para avanzar hacia versiones nacionales de los marcos teóricos predominantes.

## RESUMEN

### HACIA UNA TEORÍA CHINA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EVOLUCIÓN, PROYECTOS TEÓRICOS Y PERTINENCIA PRÁCTICA

La efervescencia teórica en la periferia de la academia de Relaciones Internacionales tiene en China uno de sus centros de interés principales. El ascenso de este Estado en el sistema internacional y su progresiva implicación en los distintos foros globales estimulan la producción teórica y se convierten no solo en vías para combatir el etnocentrismo de la academia, sino también para entender la nueva realidad internacional. En ese proceso, los tres proyectos teóricos principales (Tianxia, Escuela Tsinghua y sino-constructivismo) constituyen ventanas a través de las que aproximarse a esta producción académica autóctona y comprender de mejor manera el proyecto de sociedad internacional que China espera liderar.

**Palabras clave:** Teoría de Relaciones Internacionales, etnocentrismo, China, hegemonía, periferia.

**ABSTRACT**

**TOWARDS A CHINESE THEORY OF INTERNATIONAL RELATIONS. EVOLUTION,  
THEORETICAL PROJECTS AND PRACTICAL APPROPRIATENESS**

Chinese International Relations production has become one of the main focus of non-Western peripheral academic production. The rise of China in the international system and its progressive accommodation on global forums stimulates the knowledge and theory production as tools to battle ethnocentrism and understand the new international reality. In this process, the three main theoretical projects (Tianxia, the Tsinghua School and Sino-constructivism) could be used as windows to understand this native academic production and the project of international society that China aims to lead.

**Keywords:** Theory of International Relations, ethnocentrism, China, hegemony, periphery.



Coordinación a cargo de  
Luis HINOJOSA y Manuel DESANTES

# LA PERSPECTIVA CHINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

## LA PERSPECTIVA CHINA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Paolo DAVIDE FARAH \*

China se unió a la comunidad internacional de Naciones Unidas (ONU) poco después del establecimiento de la organización en 1945. Aunque China era tratada hasta cierto punto como un paria internacional durante los tiempos turbulentos que siguieron a la guerra civil ganada por Mao Ze Dong y el Partido Comunista, fueron alcanzados logros significativos en 1971 cuando —ya como la República Popular de China— fue recompensada con un asiento permanente en el Consejo de Seguridad de la ONU, ocupado originalmente por Taiwán. Este paso podría ser también interpretado como la aceptación tácita por parte de la comunidad internacional a la política de Una Sola China. Desde el principio, China siguió un enfoque pragmático con su pertenencia a la ONU en general y al Consejo de Seguridad en particular, considerando sus intereses particulares y estableciendo coaliciones, especialmente entre países del Sur global. En tanto la economía de China ha crecido, el país también ha adoptado un papel más activo y afirmativo en las Naciones Unidas <sup>1</sup>.

### 1. EL ENTENDIMIENTO CHINO DEL DERECHO

Cuando hablamos acerca de la perspectiva china sobre el Derecho internacional, es necesario en primer lugar aclarar la percepción china sobre el

---

\* West Virginia University, Eberly College of Arts and Sciences, John D. Rockefeller IV School of Policy and Politics, Department of Public Administration and College of Law; WVU Energy Institute and Center for Innovation in Gas Research and Utilization (CIGRU), Morgantown, WV, USA. Founder, President and Director of gLAWcal-Global Law Initiatives for Sustainable Development (UK). The author can be contacted at: [paolofarah@yahoo.com](mailto:paolofarah@yahoo.com).

<sup>1</sup> LEI, X., «China as a Permanent Member of the United Nations Security Council», *Friedrich Ebert Stiftung: International Policy Analysis*, abril de 2014, núm. 3, disponible online: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/10740.pdf> (consultada el 28 de agosto de 2017).

Derecho en general. La visión china del Derecho está profundamente conformada por su legado ecléctico, incluyendo conceptos autóctonos como Confucianismo y Legalismo, la llegada de conceptos legales occidentales tras las Guerras del Opio y durante el breve periodo de gobierno de Chiang Kai-Shek, así como el impacto del Derecho soviético y el pensamiento jurídico socialista tras la llegada del Partido Comunista al poder en 1949<sup>2</sup>.

El acceso a China a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 2001 confrontó a China con un marco global basado en ciertos estándares internacionales que subrayan la importancia de la transparencia y del concepto occidental del Estado de Derecho, que hasta cierto punto han sido históricamente ajenos a China<sup>3</sup>. Aunque China había declarado ya en 1979 su intención de construir un sistema legal basado en el Estado de Derecho, gradualmente ha ido quedando claro que el entendimiento chino del Estado de Derecho no reflejará completamente el concepto occidental. Dada la naturaleza del autoritario régimen chino, ciertos elementos del Estado de Derecho, como la independencia judicial, la doctrina de separación de poderes y el respeto por los derechos humanos, han sido percibidos como factores de riesgo por parte de la élite dirigente china. Por consiguiente, en 1997 el Partido Comunista había propuesto como meta establecer un sistema jurídico socialista con características chinas, lo cual podría ser interpretado por un lado como un intento de China de declarar su compromiso con el concepto del Estado de Derecho y los estándares relacionados con él, y por otro lado como un paso centrado en preservar el *statu quo* en el sistema de gobierno chino<sup>4</sup>. En 1999, la enmienda a la Constitución China incorporó los conceptos de «*yi fa zhi guo*» y «*jianshe shehui zhuyi fazhi guojia*», que significan «gobernar de acuerdo a la ley» y «construir un Estado socialista»<sup>5</sup>. En 2014, esta línea ha sido reiterada en la Decisión sobre algunas preguntas importantes para promover de manera integral la gobernanza en el país de acuerdo a la ley adoptada por el Comité Central del Partido Comunista. Este documento también subraya el intento de China de equilibrar las demandas internacionales con las «necesidades y condiciones de desarrollo» del país<sup>6</sup>. Algunos académicos han defendido que el sistema en China puede ser caracterizado de mejor manera como «gobernado por la ley» («*rule by law*») más que como Estado de Derecho («*rule of law*»), subrayando el hecho de que el poder estatal es ejercido en China de acuerdo con normas promulgadas formalmente. También se ha argumentado que el sistema en China podría ser mejor entendido por medio de la distinción entre Estado de Derecho «fino» y «grueso». Adoptando esta

<sup>2</sup> Véase, en general, ZHANG, M., «The Socialist Legal System with Chinese Characteristics: China's Discourse for the Rule of Law and a Bitter Experience», *Temp. Int'l & Comp. L. J.*, 2010, núm. 4, 2, p. 63.

<sup>3</sup> FARAH, P. D., «Five Years of China's WTO Membership», *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, 2006, núm. 3, pp. 263, 267-270.

<sup>4</sup> ZHANG, M., *op. cit.*, nota 2, p. 2.

<sup>5</sup> FARAH, P. D., «L'Influenza Della Concezione Confuciana Sulla Costruzione del Sistema Giuridico e Politico Cinese», en BOMBELLI, G. y MONTANARI, B. (eds.), *Identità Europea e Politiche Migratorie*, Vita e Pensiero, 2008, p. 215.

<sup>6</sup> PEERENBOOM, R., «Fly high the banner of Socialist rule of law with Chinese characteristics! What does the 4th Plenum Decision mean for legal reforms in China?», *HJRL*, vol. 7, 2015, núm. 1, pp. 49 y 52.

perspectiva, China podría ser caracterizada como un sistema que sigue la teoría de un Estado de Derecho «fino», enfatizando la importancia de construir una necesaria infraestructura institucional y un marco formal antes de abordar cuestiones de fondo relacionadas con la teoría de un Estado de Derecho «grueso»<sup>7</sup>. Sin embargo, dado el desarrollo de la cultura legal y política en China, es cuestionable si China irá alguna vez más allá, o si incluso implementará completamente los requisitos asociados con la teoría de un Estado de Derecho «fino». El eco de las filosofías jurídicas autóctonas de China del Confucianismo y el Legalismo puede ser escuchado también en el discurso sobre la naturaleza de la actual cultura y Derecho chinos. La noción de gobernar el país «por ley» más que implementando el «Estado de Derecho» se hace eco hasta cierto punto de la mentalidad legalista, según la cual el Derecho debe servir como un instrumento para mantener la estabilidad y la posición de la clase gobernante<sup>8</sup>. La influencia del Confucianismo podría ser vista como una reticencia de la cultura china a resolver disputas por medio de la litigación y en su lugar la tendencia a buscar soluciones extra-judiciales, como por ejemplo la mediación<sup>9</sup>. A este respecto, también merece la pena mencionar la importancia de normas y relaciones informales (*guanxi*) así como el respeto a las autoridades, representadas actualmente principalmente por el Partido Comunista<sup>10</sup>.

## 2. LA OMC Y CHINA

El acceso de China a la OMC ha sido un hito importante no solo para China, sino también para la comunidad internacional y la economía global. El acceso de China hace de la OMC una organización verdaderamente mundial<sup>11</sup>. Ha sido de especial importancia para el desarrollo de países y economías emergentes, así como para el grupo de los BRICS, en tanto el acceso de China fortaleció considerablemente su poder de negociación y marcó un giro en las relaciones geopolíticas<sup>12</sup>. Visto en un contacto más amplio, la emergencia de estos nuevos poderosos actores en el ámbito internacional marca también otro hito importante para la evolución de la gobernanza global: el actual sistema de gobernanza global basado en gran medida en acuerdos multilaterales adoptados bajo los auspicios de organizaciones internacionales dominadas por países occidentales está siendo repetidamente cuestionado y el equilibrio de poder está girando hacia agrupaciones más pequeñas de estados, dando como resultado la creación del llamado orden global multi-

<sup>7</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 3, pp. 269-270.

<sup>8</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 5, p. 211.

<sup>9</sup> FARAH, P. D., «L'Adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio: Ovvero Come Conciliare Cultura e Diritto», *Trimestrale Mondo Cinese, Sezione Economia e Diritto*, julio-septiembre de 2005, núm. 124, pp. 34-42.

<sup>10</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 5, pp. 200-201. Véase también FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 3, pp. 297-298.

<sup>11</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 3, p. 264.

<sup>12</sup> FARAH, P. D., «Trade and Progress: The Case of China», *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 30, 2016, núm. 1, pp. 51 y 61.

polar dominado por bloques de países con ideas afines y/o cercanos regionalmente<sup>13</sup>. La reciente retirada de Estados Unidos del Acuerdo Transpacífico ha sido también interpretada por los analistas como un paso que abre la puerta a que China asuma el liderazgo a la hora de negociar acuerdos de intercambio regionales similares centrados en torno a la economía china<sup>14</sup>.

La OMC y sus Estados miembros se influyen entre sí mutuamente: mientras que el marco de la OMC establece ciertos estándares internacionales, que influyen la situación interna de sus Estados miembros, la fricción resultante de la interacción entre la OMC y sus Estados miembros influye también los desarrollos al nivel de la OMC. La discusión sobre la naturaleza del régimen jurídico chino y la implementación de la teoría del Estado de Derecho a nivel nacional tiene significancia también más allá de las fronteras de China. Con respecto al marco de la OMC hay una discusión en marcha sobre la integración de las llamadas Preocupaciones No-Comerciales (PNC) en el marco de la OMC. Esto requeriría un consenso sobre ciertos principios unificados por los Estados miembros de la OMC, lo que hasta cierto punto pondría limitaciones al poder discrecional de la OMC. Este fenómeno es también conocido bajo el nombre de constitucionalización del Derecho: del mismo modo que la constitución establece ciertas limitaciones y alcances para la ejecución del poder estatal a nivel nacional, los principios globales podrían imponer ciertas limitaciones y definir el alcance del poder discrecional de la OMC que no sea de base económica<sup>15</sup>. La realización de la constitucionalización global del Derecho requeriría también respeto para ciertos estándares del Estado de Derecho. El consenso en estos asuntos es un prerrequisito para la posibilidad de acometer externas y recíprocas evaluaciones sobre cuestiones que están bajo el alcance de las PNC, como el cumplimiento del derecho al agua o el derecho a la comida. La aproximación ambigua y selectiva de China a la teoría del Estado de Derecho podría ser problemática especialmente a este respecto. La constitucionalización global del Derecho requeriría que China renunciara a algo de su soberanía nacional bajo la determinación de sus estándares del Estado de Derecho a este respecto. Sin embargo, estos requisitos parecen ir en contra de una clase dirigente china que promueve la noción del Estado de Derecho con características chinas<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 65.

<sup>14</sup> RAUHALA, E. y FIFIELD, A., «Trump TPP Move Seen as a Win for China, but Beijing Isn't Celebrating», *Washington Post*, 24 de enero de 2017. Disponible online: [https://www.washingtonpost.com/world/trump-tpp-move-seen-as-win-for-china-but-beijing-isnt-celebrating/2017/01/24/f0e5ffcc-e188-11e6-a419-efe8eff0835\\_story.html?utm\\_term=.6fa584b5a405](https://www.washingtonpost.com/world/trump-tpp-move-seen-as-win-for-china-but-beijing-isnt-celebrating/2017/01/24/f0e5ffcc-e188-11e6-a419-efe8eff0835_story.html?utm_term=.6fa584b5a405) (consultada el 28 de agosto de 2017).

<sup>15</sup> TUORY, K., «Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism Policies», en MENÉNDEZ, A. J. y ERIKSEN, E. O., *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, pp. 33-52; PETERSMANN, E.-U., «Time for a United Nations "Global Compact" for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration», *Eur. J. Int'l L.*, vol. 13, 2002, núm. 3, pp. 621-650. Véase también, MARCEAU, G. y DOUSSIN, A., «Le Droit du Commerce Internationale et les Droits Fondamentaux et Considérations Sociales», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 27, 2010, núm. 2, pp. 241-247.

<sup>16</sup> FARAH, P. D., «The Development of Global Justice and Sustainable Development Principles in the WTO Multilateral Trading System through the Lens of Non-Trade Concerns: An Appraisal on China's

La pertenencia a la OMC no solo significa que China es confrontada con reconocidos estándares legales internacionales, lo que podría eventualmente crear fricciones con la percepción china del sistema jurídico. Dado que la economía de China está todavía considerablemente regulada y se caracteriza por las interferencias del Estado, la pertenencia a la OMC representa también un reto para su sistema económico. El Protocolo de Acceso de China a la OMC incluye compromisos *inter alia* de economía de mercado<sup>17</sup>. El fallo del Cuerpo de Apelación en el caso *China-Materias Primas*<sup>18</sup> también refuerza la lógica de economía de mercado de la OMC, cuando su respuesta a las reivindicaciones de China concluyó que el acceso a la OMC establece limitaciones a la soberanía estatal para regular el comercio<sup>19</sup>.

Las diferencias entre los respectivos miembros de la OMC de diferentes regiones del mundo comprometen también los valores que promueven y fomentan. Por ejemplo, China tiene percepciones diferentes que los países occidentales acerca de los derechos humanos: mientras que la noción occidental de derechos humanos se basa en un respeto profundo a los derechos individuales, incluyendo también la categoría de derechos políticos, China y otros países asiáticos<sup>20</sup> dan mayor importancia a la protección de los derechos de subsistencia centrándose en superar el hambre y la pobreza, enmarcándose dentro de la categoría de derechos económicos, sociales y culturales. Estos acentúan la importancia de la estabilidad social y los intereses de la comunidad por encima de los derechos del individuo<sup>21</sup>. Una campaña sobre este espíritu, liderada bajo la bandera de los llamados valores asiáticos, ha sido oficialmente iniciada por el gobierno de Singapur<sup>22</sup>.

No obstante, el periodo que siguió al acceso de China a la OMC está marcado también por ciertas enmiendas a la Constitución y la adopción de ciertas leyes con el espíritu de los valores promovidos *inter alia* por la OMC. Por ejemplo, el art. 33 que enfatiza la necesidad de respetar los derechos humanos ha sido incluido en la Constitución china, se han adoptado leyes de carácter laboral que protegen los derechos de los trabajadores y la Constitución china ha sido también enriquecida por medio de la inclusión de provisiones encaminadas a proteger la propiedad privada<sup>23</sup>.

Desde la perspectiva china, es también digno de mención el que China a menudo calcule si el hecho de enfatizar ciertos derechos o valores está

---

Progress», en FARAH, P. D. y CIMA, E. (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Routledge, 2016.

<sup>17</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 70.

<sup>18</sup> APPELLATE BODY, «China - Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials», Informes de la OMC núms. WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (adoptados el 30 de enero de 2012).

<sup>19</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 69.

<sup>20</sup> AJANI, G., «Legal Change and Economic Performance: An Assessment», en GROPPI, T., PIERGIGLI, V. y RINELLO, A. (eds.), *Asian Constitutionalism in Transition: A Comparative Perspective*, 2008, pp. 281-305.

<sup>21</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 64.

<sup>22</sup> AJANI, G., *op. cit.*, nota 20, pp. 281-305; FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 16.

<sup>23</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 96.

dentro de su interés: por un lado, China podría en ciertas situaciones referentes a su desarrollo económico fomentar el derecho al desarrollo en perjuicio de las limitaciones necesarias para luchar contra el cambio climático, mientras que por otro lado podría preferir enfatizar los derechos de acceso al agua o a la comida, que están íntimamente relacionados con la protección medioambiental y no están sujetos a agudas controversias políticas<sup>24</sup>. Esto explica, por ejemplo, la actitud bastante abierta de China hacia el Ponente Especial de la ONU sobre el derecho a la alimentación, que visitó China en el 2010. Ponentes Especiales de la ONU que se centran en otros derechos no han sido tan afortunados a la hora de tener garantizado su acceso a China<sup>25</sup>.

A este respecto, también es necesario mencionar que las disputas concernientes a China han contribuido al desarrollo de la jurisprudencia de la OMC así como a la clarificación de las provisiones de los acuerdos de la OMC. Por ejemplo, el Panel clarificó que el término «conservación» en el art. XX (g) del GATT necesita ser leído a la luz del principio de soberanía nacional sobre los recursos naturales, lo que habilita a los Estados para adoptar medidas con el fin de lograr un desarrollo sostenible reflejando sus propias condiciones internas. Con todo, el Panel enfatizó que dichas medidas necesitan ser compatibles con las normas y la economía de mercado de la OMC, no permitiéndose, por ejemplo, la manipulación o el control de los mercados internacionales para recursos naturales específicos<sup>26</sup>.

Desde la perspectiva interna de China, debería concluirse que el acceso de China a la OMC ha contribuido a la mejora de las normas y regulaciones medioambientales chinas. Sin embargo, hay que ver las dos caras de la moneda y el lado inverso de esta tendencia es que China en ocasiones también ha adoptado regulaciones y leyes discriminatorias, que fueron oficialmente justificadas refiriéndose a argumentos concernientes a la protección medioambiental y al desarrollo sostenible, mientras que su verdadero propósito radicaba en asegurar el control gubernamental y favorecer las necesidades de la industria y el mercado domésticos<sup>27</sup>. Pese a todo, hay claros indicios de que China equilibre estas influencias contradictorias mientras no se alimente obstinada e innecesariamente cualquier choque cultural. Al mismo tiempo, es necesario tener en cuenta que dichos choques reflejan el creciente impacto de China en el contexto geopolítico, en tanto China puede a menudo contar con el respaldo del resto de los BRICS así como de otros países en desarrollo y economías emergentes<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 16.

<sup>25</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 105.

<sup>26</sup> PANEL REPORT, «China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum», Informes de la OMC núms. WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (adoptados el 26 de marzo de 2014), esp. sección 7.3.2.1.8. Véase FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 87.

<sup>27</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 83.

<sup>28</sup> FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 12, p. 63.

### 3. CHINA Y LOS ESFUERZOS GLOBALES PARA HACER FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

China es junto con Estados Unidos el mayor emisor de emisiones de gases de efecto invernadero<sup>29</sup>. Tras la retirada de Estados Unidos del Acuerdo de París, los ojos del mundo, incluyendo los de la Unión Europea, se han dirigido hacia China —que comprometió su lealtad al Acuerdo de París— con la esperanza de que asuma el papel de líder global a la hora de abordar el cambio climático<sup>30</sup>. China forma parte tanto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático como del Protocolo de Kyoto; además, también selló su compromiso con afrontar el cambio climático por medio de su participación en muchas iniciativas bilaterales y multilaterales, incluyendo a socios como la Unión Europea, Estados Unidos o India<sup>31</sup>.

China es cada vez más consciente de la insatisfactoria situación ambiental del país y de los niveles de contaminación que disminuyen considerablemente el nivel de vida de sus ciudadanos. Está en su propio interés el afrontar adecuadamente este problema, no solo por el bien del medio ambiente, sino también por el bien del régimen, en tanto el medio ambiente contaminado podría desencadenar que los ciudadanos empezaran a protestar y a expresar su descontento con el régimen. Por otro lado, a pesar de su creciente clase media, China tiene todavía una parte sustancial de población pobre y por esta razón no es posible sacrificar completamente el crecimiento económico en favor de la adopción de medidas para hacer frente el cambio climático y mejorar la protección medioambiental. Sin embargo, es necesario encontrar un equilibrio entre estas dos necesidades, en tanto los esfuerzos globales por abordar el cambio climático dependen en gran medida de la contribución de China. Esto ha sido reconocido también tras la Conferencia de Copenhague, al quedar claro que China y Estados Unidos han asumido el papel de los dos principales actores en las negociaciones sobre el clima. La Conferencia de Copenhague podría ser vista como un punto de inflexión en la percepción china sobre la necesidad de afrontar el cambio climático. Ha quedado claro que China debe actuar como un socio activo y responsable y participar en las negociaciones sobre el clima. China también ha comenzado a usar activa-

---

<sup>29</sup> PENG, C. «The Impact of the Kyoto Protocol and UNFCCC on Chinese Law and the Consequential Reforms to Fight Climate Change», en FARAH, P. D. y CIMA, E. (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Routledge, 2016.

<sup>30</sup> TAN, H., «It's not Just China: Here's Who Could Benefit from Trump's Exit from the Paris Deal», *CNBC*, 2 de junio de 2017, disponible online: <https://www.cnbc.com/2017/06/02/trump-withdraws-from-paris-agreement-its-not-just-china-who-could-benefit-from-the-move.html> (consultada el 28 de agosto de 2017).

<sup>31</sup> Sin embargo, es necesario señalar que estos documentos son solo iniciativas políticas, que no imponen a China ningún compromiso vinculante. Véase EUROPEAN COMMISSION, «Climate Action: China», disponible online: [https://ec.europa.eu/clima/policies/international/cooperation/china\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/international/cooperation/china_en) (consultada el 28 de agosto de 2017); véase también PENG, C., *op. cit.*, nota 29; IBRAHIM, I., DELEUIL, T. y FARAH, P. D., «The Principle of Common But Differentiated Responsibilities in the International Regime of Climate Change», en FARAH, P. D. y CIMA, E. (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, Routledge, 2016.

mente canales diplomáticos para apoyar iniciativas que lidian con el cambio climático y para buscar unas bases comunes entre los países participantes. Para demostrar que sus esfuerzos para afrontar el cambio climático son serios, China ha adoptado una amplia gama de leyes y políticas a nivel nacional, mayoritariamente en los campos de la legislación climática, medioambiental y energética. Estas leyes sectoriales incluyen, por ejemplo, la Ley del Carbón, la Ley de Conservación de la Energía y la Ley de la Energía Renovable; sin embargo, entre otros fallos, las básicas Ley de Cambio Climático y la Ley de la Energía todavía tienen que ser adoptadas. Además, las leyes en cuestión necesitan ser apoyadas por regulaciones para asegurar su operatividad<sup>32</sup>.

De lo anteriormente mencionado se desprende que en el ámbito internacional China declara su voluntad de asumir responsabilidad y fomenta acciones internacionales para combatir el cambio climático, algo que, por ejemplo, podría ser percibido como un pilar de los esfuerzos internacionales acerca del cambio climático. Por otro lado, para ser tratada como un socio creíble, China todavía necesita afrontar efectivamente de manera interna los problemas relacionados con el cambio climático. China será percibida como un verdadero líder global solo cuando sea capaz de liderar por medio del ejemplo.

#### 4. CONCLUSIÓN

Es difícil predecir un impacto a largo plazo de China sobre el Derecho internacional y las relaciones internacionales. Sin embargo, es posible identificar ciertas tendencias y evoluciones. El rápido crecimiento económico ha contribuido a la evolución de China de un espectador pasivo a un actor activo y afirmativo en la escena internacional. China sigue una aproximación inherentemente pragmática, persiguiendo y haciendo valer sus intereses nacionales, mientras que entiende y esencialmente respeta (y usa) el marco establecido por las normas internacionales. China es un miembro de organizaciones internacionales e intenta valerse de su poder para ganar más influencia dentro de dichas organizaciones. Al mismo tiempo, su membresía en estas organizaciones ha contribuido también a la mejora del sistema legal de China, por ejemplo, en el ámbito del Derecho medioambiental. China también es consciente del giro hacia un orden global con múltiples centros de poder e intenta usar estas evoluciones para apoyar sus intereses y fortalecer su posición.

---

<sup>32</sup> IBRAHIM, I., DELEUIL, T. y FARAH, P. D., *op. cit.*, nota 31; PENG, C., *op. cit.*, nota 29.

## TIANXIA, TEORÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y ASCENSO GLOBAL DE CHINA

Manuel MONTOBBIO \*

1. Mueven las ideas el ejercicio del poder en el Sistema Internacional; y se ejerce el poder en este para producir las ideas y normas que determinan su funcionamiento. Interrelación entre poder para las ideas e ideas para el poder. Como muestra el hecho de que los cambios en la estructura y equilibrio de poder del Sistema han conllevado el de las ideas en que se basa este y su funcionamiento. De ahí que el poder de un actor en el seno del Sistema Internacional sea también el de formulación y promoción de ideas como paradigma dominante. Ideas en el Sistema Internacional, y sobre el Sistema Internacional y la Política Exterior. Pues se basan en definitiva las reglas que orientan y regulan el funcionamiento del Sistema Internacional y este mismo en conceptos compartidos.

2. Vivimos una era de cambio y un cambio de era, determinado por la globalización de la sociedad de la información y sus efectos. Determinado, también, por el desplazamiento del centro de gravedad global hacia Asia Pacífico y la emergencia simultánea de China e India. Determinado por la conformación de China como potencia global y su centralidad en el Sistema Internacional. Lo que plantea la cuestión de si dicha emergencia y transformación va a conllevar simplemente un cambio de la estructura, distribución y equilibrios de poder en el Sistema Internacional existente, o una reconfiguración del mismo y de las ideas y paradigmas en que se sustenta.

3. Sostiene la «maldición de Tucídides» que el cambio de potencia hegemónica en el Sistema Internacional es resultado de una confrontación de esta con la anterior. Parece la intuición decirnos que puede cumplirse la maldición de Tucídides si seguimos en el mundo la lógica de Tucídides, la lógica tesis-antítesis-síntesis que caracteriza la visión occidental de la Historia; mas

---

\* Diplomático y Doctor en Ciencias Políticas, es autor de *Ideas chinas. El ascenso global de China y la Teoría de las Relaciones Internacionales* (Barcelona, Icaria-Real Instituto Elcano, 2017) ([manuel.montobbio@yahoo.es](mailto:manuel.montobbio@yahoo.es) y en cuenta de Twitter @ManuelMontobbio).

no necesariamente si, al tiempo que asistimos a esa emergencia y a la transformación de la distribución del poder que conlleva, construimos un mundo distinto de una manera distinta. Es en ese contexto y con esa potencial trascendencia que está teniendo lugar en China un proceso de búsqueda y propuesta para la reformulación de la Teoría de las Relaciones Internacionales. Un debate con una doble dimensión internacional y nacional, reflejo y expresión del ascendente posicionamiento de China en la geopolítica del pensamiento, a partir de su reelaboración en el mundo académico chino de la Teoría de las Relaciones Internacionales desde y a partir de la propia realidad, desde la propia tradición de pensamiento y cultura políticos, sean obras de Filosofía política u otras global y horizontalmente referenciales de la cultura china. Y se da para ello un proceso de búsqueda inspiradora en las de la propia tradición, que encuentra dos grandes fuentes: por un lado, la obra de las siete grandes figuras de la Filosofía política china anterior a la unificación Qin en el 221 a. C —Lao-Tse, Confucio, Mencio, Mozi, Zhuangzi, Xunzi y Hanfeizi—, única etapa de la Historia de China en que esta vivió, salvando las distancias, en un sistema de varias potencias comparable al sistema internacional contemporáneo, pues posteriormente fue considerado el Emperador, el Hijo del Cielo, el Señor de «Todo bajo el cielo», y el Imperio del Centro, el centro de un sistema de dominios tributarios extendido hasta los límites de la Tierra conocida; por otro, *Las estrategias de los reinos combatientes*, texto fundacional de la historiografía china —comparable en ello al de Tucídides—, del que tantas lecciones se han extraído y se extraen en la formulación de estrategias políticas. Búsqueda en las fuentes con el propósito de extraer conceptos útiles para la formulación o reformulación de la Teoría de las Relaciones Internacionales, desarrollada, como veremos a continuación, fundamentalmente en tres direcciones —los que Qin Yaquin denomina enfoques anverso, reverso e interactivo, en función de su relación con la Teoría de las Relaciones Internacionales elaborada en Occidente—.

4. Mientras la primera se refiere a la interpretación de la realidad a través de un sistema conceptual chino establecido y la segunda emplea un sistema conceptual extranjero —en este caso, la Teoría occidental de las Relaciones Internacionales— para interpretarla, la interactiva construye un diálogo intercultural, reflexivo y crítico, que aplica simultáneamente marcos conceptuales autóctonos y extranjeros. Corrientes que cuentan cada una con figuras referenciales: Zhao Tingyang y su Teoría del Sistema de la *Tianxia* en el enfoque anverso; Yan Xuetong y su obra *Ancient Chinese Thought, Modern Chinese Power* en el reverso; y Qin Yaquin con su Teoría de la Relacionalidad en el interactivo.

5. Aproximaciones alternativas, con un elemento común: el de constituir expresión e instrumento del paso de los «valores asiáticos» a las ideas asiáticas. Pues, así como la primera oleada proclamatoria de los «valores asiáticos» en los años noventa insistía precisamente en estos, en los valores, como clave o perspectiva alternativa desde la que interpretar y realizar ideas universales y compartidas; hemos asistido al surgimiento de un modelo de desarrollo y

gobernanza alternativo, cuyo éxito se basa en ideas distintas, de modo que la primera década de este siglo se contemplará en perspectiva como la del paso de los «valores asiáticos» a las ideas asiáticas, del que es expresión el replanteamiento de la Teoría de las Relaciones Internacionales objeto de análisis.

6. Construye Zhao Tingyang su teoría a partir del concepto de *Tianxia* —lo que está bajo el cielo— y se remonta al sistema creado bajo este durante la dinastía Zhou (1046-256 a. C.) para sostener que era el sistema mundial ideal, que se basaba en tres ideas subyacentes: «En primer lugar, las soluciones a los problemas de la política mundial dependen de un sistema mundial universalmente aceptado y no de la fuerza coercitiva; en segundo lugar, dicho sistema está justificado en términos políticos si sus acuerdos institucionales benefician a todos los pueblos de todas las naciones; y, en tercer lugar, dicho sistema funciona si genera armonía entre todas las naciones y todas las civilizaciones». Un sistema global necesariamente diferente al basado en la *polis*, pues se refiere «el *Tianxia* a la política del mundo, siendo así esencialmente diferente de la práctica griega de la *polis* que se reduce a la política de los Estados», basado en la extensión al conjunto del mundo de la idea de la sociedad familiar, caracterizada por la integridad del vínculo familiar, de modo que «la cuestión del *ego-alter* no se plantea en absoluto». Lo que le lleva a considerar el mundo actual como «un “no mundo” que, en el plano filosófico e institucional, no es un mundo en absoluto», sino más bien como un escenario geográfico en el que realizar los intereses de los Estados que la encarnación de un sujeto colectivo; y plantea el reto de convertir el «no mundo» en un verdadero mundo a partir de la toma de conciencia del vínculo familiar universal.

7. Al intentar desarrollar un enfoque que combine las Teorías Internacionales occidentales con el pensamiento cultural chino, parte Qin Yaqin de la tesis de que las Teorías Sociales occidentales se basan en la racionalidad, mientras el pensamiento tradicional chino se basa en la idea de relacionalidad, que Confucio consideró la conceptualización fundamental de la gobernanza. Y a partir de ese concepto, desarrolla una Teoría de la Relacionalidad con tres componentes fundamentales: el proceso en términos de relaciones, la metarrelación y la gobernanza relacional.

8. Proceso definido por relaciones interactivas en movimiento y las dinámicas por ellas generadas en la sociedad. Ontológicamente significativo, hace de las relaciones unidad de análisis primordial; mientras la Teoría occidental de las Relaciones Internacionales prioriza el análisis de los actores y la estructura del sistema internacional. Necesita por ello la Teoría de las Relaciones Internacionales de una teoría sistémica sobre las relaciones; y procede para ello recurrir al concepto de relacionalidad, que sostiene que el establecimiento relacional de redes en la Sociedad Internacional ayuda a los Estados-nación a formar sus identidades y genera poder internacional, al tiempo que se centra en las prácticas entre los actores internacionales y subraya la ontología independiente de los procesos y su incidencia en el desarrollo de las normas del sistema y las identidades de sus actores. Lo que implica un

cambio de paradigma, de planteamiento, de perspectiva, de introducción del factor tiempo en el análisis.

9. Metarelación o naturaleza de las relaciones y la lógica a ellas subyacente: frente a la hegeliana tesis-antítesis-síntesis y el pensamiento dicotómico de que una cosa no puede ser esa y la contraria; la de que el *yin* coexiste con el *yang* en un todo armónico y al tiempo lo genera, de que más que una tesis y una antítesis enfrentadas pueden existir y existen co-tesis simultáneas. La dialéctica china o *Zhongyong* (la «vía intermedia» o «vía mutuamente inclusiva»), establece la hipótesis de que las relaciones entre los dos polos (*yin* y *yang*) no son conflictivas, sino que pueden evolucionar juntas para formar una síntesis armoniosa, una nueva forma de vida que contiene elementos de los dos polos y que no se puede reducir a ningunos de los dos. Y tiende por ello a canalizar las relaciones por la vía de la cooperación.

10. Gobernanza relacional caracterizada por el énfasis en la negociación frente al control; la consideración de la gobernanza como un proceso de toma de acuerdos, destacando su naturaleza dinámica; la consideración de las relaciones, y no los actores, como el objeto de gobierno; y su fundamentación en la confianza.

11. Desde una perspectiva occidental, la propuesta de Qin Yagin no puede sino suscitar percepciones encontradas. Pues, por un lado, no puede sino compartirse el diagnóstico de que para articular la gobernanza global debe el Sistema Internacional fijarse en las relaciones y su gobierno; además de la estática y la estabilidad coyuntural, debe contemplar la dinámica y la evolución. Pero, por otro, para una Unión Europea y un Occidente que afrontan una perspectiva de disminución progresiva de su peso relativo en el sistema internacional en las próximas décadas, no puede dejar de recordarse aquel viejo adagio jurídico de que para el débil el Derecho es la fuerza, de que en ese mundo en que su poder no podrá ya imponerse la mejor garantía de pervivencia de sus valores y modelos de sociedad radica en la transformación del sistema internacional en un sistema de Derecho. En cualquier caso, nos muestra evolución reciente de la gobernanza global y la arquitectura diplomática —de APEC o ASEM al G20— la plasmación e incidencia de las ideas asiáticas en los nuevos foros regionales y globales que canalizan las relaciones regionales e interregionales y la gobernanza global.

12. Recurre Yan Xuetong en su intento de reformulación de la Teoría de las Relaciones Internacionales al estudio del pensamiento político de los filósofos chinos anteriores a la unificación Qin y al de *Las estrategias de los reinos combatientes*; y nos ofrece en *Ancient Chinese Thought, Modern Chinese Power* un itinerario analítico del que se desprenden conceptos relevantes para la Teoría de las Relaciones Internacionales, a partir de los que acometer su reconsideración, y lecciones aprendidas para el ascenso de China. Conceptos como el del *Tianxia* como el quién del Sistema Internacional, lo que hace de este un intento de regulación política del conjunto de la humanidad, necesitado de jerarquía y autoridad moral para la construcción de un mundo

armonioso. O como el de poder y autoridad internacional, en el que, según el énfasis dado a la influencia o autoridad moral, distingue entre la autoridad compasiva o humanitaria, la hegemonía basada en el poder material y la tiranía, basada en el recurso a la fuerza militar y las estratagemas. Formula en este sentido su teoría del poder nacional total, que, a diferencia de la distinción aditiva entre poder duro y blando de Joseph Nye, destaca el carácter multiplicativo y determinante del poder político. Así, mientras Nye establece la distinción entre poder duro (PD) —que comprendería el poder militar (PM) y el poder económico (PE)— y poder blando —que comprendería el poder político (PP) y el poder cultural (PC)—, de modo que el poder total de una potencia sería no solo el poder duro sino también el blando, el resultado de la suma de ambos —Poder Nacional Total PNT = PD + PB = M + E + P + C—, sostiene Yan Xuetong que no es tal la fórmula que determina el poder total de una potencia, sino  $PNT = (M + E + C) \times P$ . Poder político a su vez determinado por la capacidad de atraer a los mejores a su servicio, lo que a su vez requiere la apertura. Autoridad compasiva o humana emanada en el mundo de hoy de la democracia como ideal compartido de la humanidad. Conceptos o teorías, también, sobre el conflicto inherente a la naturaleza humana, canalizable en sociedad a través del Derecho y las jerarquías que a su vez conllevan responsabilidades. O sobre los cambios en la estructura de poder en el sistema internacional y el ascenso de los poderes hegemónicos, respecto al que sostiene que no existe una estrategia definida y universal para alcanzar la hegemonía, sino que resulta la creatividad un elemento esencial al efecto, así como la capacidad de transformarse internamente, de producir ideas e innovar. Requiere también alcanzar el liderazgo mundial desarrollar las tres bases del poder, y un mínimo de poder o base material. Afronta en su ascenso toda potencia hegemónica el reto de proponer nuevas normas, de afirmarse como nuevo líder, y obtener aceptación, y resultan para ello claves las alianzas.

13. Formula a partir de ahí propuestas para la reconsideración de la Teoría de las Relaciones Internacionales, respecto a la investigación sobre el poder de las potencias; el Sistema Internacional; y la Teoría de la «Gran Estrategia» («*Grand Strategy*», o estrategia para el ascenso al liderazgo global). Y considera que constituye el ascenso de China fundamentalmente una cuestión de gobernanza, interna e internacional. Interna, para construir una sociedad próspera y civilizada, considerando que debe superar la consigna de Deng Xiaoping de concentrarse en el crecimiento económico y mantener un perfil bajo en la arena internacional, y afirmando que ese impacto moral exterior requiere de la transformación interior; hacer del propio modelo de sociedad chino plataforma y ejemplo desde el que promoverlo. De la lectura de Mencio deduce que afronta China dos opciones fundamentales en su ascenso hacia el liderazgo global: convertirse en un Estado hegemónico que sustituya en el liderazgo a los que le han precedido, y que como los que le han precedido pierda su liderazgo un día, con el riesgo de que se cumpla en uno u otro proceso de cambio la maldición de Tucídides; o que su ascenso suponga un caso único en la Historia de ascenso o transformación al tiempo hacia la autoridad compasiva o humanitaria, rompiendo así los ciclos de la Historia y

su repetición, y haciendo posible la transformación del propio Sistema Internacional hacia un punto de equilibrio superior. Considera en esa perspectiva que le falta a China en su política exterior un ideal moral universal, y que más bien es percibido internacionalmente como un Estado sediento de poder, percibido por algunos su ascenso como una amenaza a la estabilidad del Sistema Internacional. Y que para alcanzarlo y proyectarlo hacia fuera debe en primer lugar convertirse en sí misma en un modelo político y socioeconómico con *vis atractiva* hacia el exterior. Que el proceso de desarrollo y evolución de China no pasa solo por el aumento de su poder, sino también por la proyección de sus ideas y su modelo. Necesita China fortalecer y ampliar su liderazgo, y para ello fortalecer y desarrollar su poder en todos los ámbitos, atraer talento no solo en el económico, sino en todos, incluido el político; y, para ello, abrirse al mundo. Necesita superar las inercias que se derivan de los principios que han orientado su política y acción exterior, como las que se derivan de su participación en el Movimiento de los No Alineados, y optar por la creatividad, construir y desarrollar alianzas y conseguir apoyo internacional. Asumir que el Estado de Derecho, la democracia y la celebración de elecciones constituyen hoy norma universal de legitimidad. Promover un Orden Internacional basado en el equilibrio entre responsabilidades y derechos, que aplique el doble estándar inverso y asuma que «Todo bajo el cielo» es uno, puede resultar determinante en la evolución de China hacia la autoridad compasiva.

14. Más allá y junto al debate que se desarrolla en el mundo académico y de pensamiento chino sobre la Teoría de las Relaciones Internacionales y la configuración y transformación del sistema internacional, el que se da sobre la política exterior de China en la actual coyuntura y ante su perspectiva de ascenso global. Un debate que es objeto de análisis por Zhu Liqun en su trabajo *China's Foreign Policy Debates*, en el que nos ofrece para ello un esquema de análisis basado en los conceptos de *shi*, identidad y estrategia, reflejando el estado de debate y los posicionamientos en torno a ellos. *Shi*: configuración de poder y estado y tendencia de evolución del mundo, que sería hoy la paz, el desarrollo y la cooperación, destacando el cambio de percepción china respecto al sistema internacional, de la oposición y el aislamiento al compromiso y la participación constructiva. Identidad internacional de China, determinada por su progresiva integración en este, en la sociedad y la economía internacional a partir de sus políticas de reforma y apertura, participando en el *statu quo* y asumiendo su responsabilidad y participación en su funcionamiento. Estrategia internacional de China, que afronta la disyuntiva entre concentrarse en el desarrollo y el incremento del bienestar de la población, o construir poder internacional y afirmarse como potencia.

15. Debate sobre la política exterior de China ante su ascenso global que presupone, por otro lado y a su vez, el debate sobre la identidad global de China, que al tiempo que constituye expresión de este lo relaciona con el debate sobre el Sistema Internacional y la Teoría de las Relaciones Internacionales. Debate que responde en definitiva a la concepción que pueda tener China de

sí misma y de su papel en el mundo ante su ascenso global, respecto a lo que se dan diferentes posiciones o visiones entre los académicos, especialistas de *think tanks* y *policy makers*, no necesariamente excluyentes entre ellas, en algunos casos incluso simultánea y compatiblemente defendidas por algunos autores. Posiciones o visiones entre las que David Shambaugh, Director del *China Policy Program* de la George Washington University, distingue las de los nativistas, los realistas, los partidarios de fortalecer la relación con las grandes potencias, los partidarios de fortalecer la relación y proyección regional en Asia, los de promover la alianza global del Sur, los del multilateralismo selectivo y los globalistas; estableciendo un *continuum* entre ellas que definiría por ese posicionamiento relativo el espectro de las visiones o posiciones sobre la identidad global de China. Sostiene Shambaugh que la evolución reciente de la sociedad y la opinión pública china favorece el fortalecimiento de las visiones nativista y realista en el marco de un resurgir nacionalista, lo que condiciona la toma de posición de los decisores políticos; y se pregunta por las consecuencias del desarrollo de cada una de las escuelas o corrientes y la posible interacción desde Estados Unidos con ellas. Se pregunta, también, si el predominio de la visión o enfoque realista en China debería ser respondido por la priorización a su vez de este desde Estados Unidos, frente a lo que advierte del riesgo de retroalimentación negativa entre ambas visiones y sostiene el interés de promover una estrategia más sofisticada y compleja.

16. Debate sobre el Sistema Internacional y la Teoría de las Relaciones Internacionales, sobre la identidad global de China o sobre su política exterior a su vez reflejo y expresión del proceso de reflexión acometido en China sobre su propio ascenso global y sus implicaciones, posibilidades y responsabilidades, acometido con una profundidad y conciencia, con esa perspectiva y sentido histórico que otorga una Historia continuada de varios milenios, que constituye en términos comparativos una especificidad del ascenso global de China. Debate que se plantea cómo promover el «ascenso pacífico», por utilizar la denominación con que a partir de mediados de la pasada década vino a denominarse la conceptualización del ascenso global de China en el discurso oficial, combinada en este con la de un «mundo armonioso», frente a otras visiones triunfalistas defendidas por algunas voces y autores. Debate cuya comprensión nos lleva, por un lado, a la reflexión sobre el poder y su legitimidad; y, por otro, a la consideración de la cultura estratégica china, inscrita en una perspectiva histórica que carece de precedentes en el ascenso global de ninguna otra potencia en la Historia —que permite contemplar la emergencia actual como reemergencia y vuelta a la centralidad habitual— y de la que resulta ilustrativa la comparación entre las ideas subyacentes a la conducción de la guerra de Clausewitz y de Sun Tzu o al juego del ajedrez y del *wei qi*; entre ganar la guerra ganando batallas y ganarla sin llegar a tener necesidad de estas, entre la ocupación de la centralidad del tablero con el movimiento decisivo y la larga campaña de rodeo estratégico ocupando el vacío.

17. Tiene este debate exterior o sobre el exterior en el mundo académico y del pensamiento chino una doble dimensión más allá de su ámbito internacio-

nal o exterior; pues si por un lado tiene una dimensión o reflejo interior, es por otro reflejo en el exterior de un debate global. Potencialidad transformadora interior, en el doble sentido de que un sistema internacional diferente puede justificar un sistema nacional diferente, y de la participación en la conformación de la universalidad global y la incidencia de esta en la universalidad de la propia evolución interior. Conciencia de que el sueño chino tiene que ser visto y vivido por los chinos y por el mundo como un sueño hecho realidad, un sueño que vale la pena soñar y vivir. Mas, también y al tiempo, reflejo en el exterior de una tendencia global: el recurso al neo-confucianismo como discurso legitimador y explicativo por parte de los detentadores del poder.

18. Propuestas, ideas que nos muestran que el tiempo interesante del ascenso global de China que vivimos es al tiempo el tiempo de las ideas chinas. Y de las ideas asiáticas. O del paso a estas desde los valores asiáticos que proclamara Lee Kwuan Yew frente al fin de la Historia de Fukuyama. Ideas a las que nos hemos referido en el ámbito de la Teoría de las Relaciones Internacionales, pero que podemos encontrar igualmente en la Economía y otras disciplinas del conocimiento humano.

19. Ideas, propuestas, reflexión desde China sobre la Teoría de las Relaciones Internacionales que cabe inscribir y que lleva a otras reflexiones, a otros debates. Sobre la política exterior y la identidad internacional de China; sobre su ascenso global y su cultura estratégica; sobre la dimensión interior del debate exterior, y sobre la legitimidad y el poder. Nos lleva, también, a las ideas asiáticas para la gobernanza global, como las formuladas desde Singapur por Kishore Mahbubani. Y a su transformación en realidad para su proyección internacional, como nos muestra el caso de Singapur. Debates y reflexiones sobre los que acometo, al igual que sobre el desarrollo de lo en estas líneas expuesto, un itinerario analítico en mi libro *Ideas chinas. El ascenso global de China y la Teoría de las Relaciones Internacionales*, y a su lectura al lector interesado remito.

20. ¿Qué ideas frente a las ideas chinas, qué reacciones, qué reflexiones, qué retos? Quisiera destacar, entre ellos, los que nos plantea desde España hacia y con China, hacia y con la Unión Europea y hacia nosotros mismos.

21. Hacia y con China, desde la conciencia de que nuestra relación con China no solo es esencial para nuestra economía e inserción económica internacional, sino para la conformación del mundo en que vivimos y del Sistema Internacional y su evolución; de que nuestra capacidad de propuesta, de pensamiento, de interacción e intercambio con China en el ámbito del pensamiento constituye un reto y un activo para nuestra acción exterior y nuestro posicionamiento internacional.

22. Hacia y con la Unión Europea, pues no puede España ir hacia China o plantearse las relaciones con China sino a través de la Unión Europea, como Unión Europea. Frente a China, en China se construye Europa. Constituye uno de los retos fundamentales de Europa en los próximas décadas pivotar hacia Asia, contar en ella, constituirse en actor significativo en su

poder e inserción internacional. Lo que requiere pensar globalmente nuestra relación con China, y pensarla en relación al pensamiento, tener en cuenta el pensamiento chino sobre las Relaciones Internacionales. Lo que nos plantea a los europeos el reto de conocerlo, definir nuestro propio pensamiento, interactuar con él, buscar síntesis e ideas comunes para definir en común el futuro común y hacer posible la gobernanza global. Europa se construye, también, pensando frente a China y pensando con China.

23. Hacia nosotros mismos, especialmente y sobre todo. Pues la experiencia china de recurrir a su propia tradición cultural, a su Historia y a su Filosofía política, para intentar aplicar sus conceptos y lecciones a la comprensión del mundo de hoy y la conceptualización del sistema internacional, nos plantea en el espejo el interés de abordar la reflexión sobre estos desde nuestra propia experiencia y tradición. De recordar que hubo un momento en que España fue potencia hegemónica, en que descubrió un mundo nuevo y tuvo que pensar —o desde España se pensó— de nuevo el mundo. Y que ese pensamiento influyó decisivamente entonces en la conformación de la Teoría de las Relaciones Internacionales y en la conformación de los conceptos sustentadores del Sistema Internacional, que contemporáneamente nos llegan de fuera.

24. Decisiva fue, por poner tan solo un ejemplo, la controversia de Valladolid, la afirmación de la humanidad de los habitantes del Nuevo Mundo, y con ella de la universalidad de la condición humana y los derechos que de ella se derivan. España constituye, en su proyección y expansión global, un caso pionero y extraordinario en la Historia de reflexión moral sobre las implicaciones de sus descubrimientos, las condiciones y límites de la expansión de su poder y su ejercicio, las bases teóricas de la legitimidad del mismo. Una reflexión sobre las implicaciones globales e históricas de su ascenso que, salvando todas las distancias, observamos también ahora en China.

25. Decisivas también las aportaciones de Suárez y Vitoria, y en general de la Escuela de Salamanca, a la conformación del Derecho internacional, presentes sus ideas en los orígenes y fundamentos de lo que es hoy el Sistema Internacional. Ideas, por cierto, paradójicamente con mayores posibilidades de encuentro con las ideas chinas; pues responden a una Filosofía política del todo, a una lógica del bien común del todo por encima de las partes, anterior y superior a la fragmentación del poder y el equilibrio y contrapeso de poderes que orienta la estructuración del sistema internacional de Westfalia. Unas ideas, una filosofía, en ese sentido, que podrían dialogar o encontrarse con las que se derivan de la *Tianxia*...

26. Tendemos a veces o a menudo a olvidar nuestro legado, lo que fuimos, y no podemos sin tenerlo presente ser del todo lo que somos, lo que podemos ser...

27. Nos hablaban los clásicos del Gran Teatro del Mundo. Nos invita Gracián en *El Criticón*, de la mano de Critilo y Andrenio, a visitarlo en sus escenarios, escenas y episodios, como de un modo u otro han intentado e

intentan describirlo tantos escritores. Si estos intentan describirlo en el papel, todos intentamos escribir con la vida en el mundo y en la vida. Escribir esa obra colectiva que llamamos Historia y queremos nuestra. Toda vida en sociedad interpreta una obra colectiva; y de algún modo todo debate político es un debate sobre los papeles y el argumento de la obra. Nos decía María Zambrano que el hombre es el único ser que no solo padece la Historia, sino también la hace; y en ese hacer, en ese querer hacerla, radica en buena medida su esencia y se cumple su ser.

28. ¿Cuál es la obra? ¿Cuál el escenario, el argumento, quiénes los protagonistas? Preguntas que todos nos hacemos. Todos somos actores y al tiempo autores, objeto y sujeto de acción colectiva. Local, estatal, internacional: depende del escenario en que nos situemos, de cómo apretemos el *zoom*. Si lo apretamos y encuadramos en gran angular el tiempo y el espacio, y contemplamos el Gran Teatro del Mundo, y vislumbramos hacia el futuro, desconocemos los argumentos y los escenarios de la obra; mas sabemos que esta cuenta en cualquier caso necesariamente con un actor protagónico y coescritor determinante. Y sabemos que se llama China.

29. Toda relación supone una metarelación. Toda obra una metaobra. La Teoría de las Relaciones Internacionales es, en ese sentido, una teoría o construcción conceptual sobre el relato del relato, sobre el escenario, los papeles, los actores que los interpretan, las dinámicas en que se desarrollan sus acciones, los temas de sus conversaciones. Necesitamos un metarrelato compartido para un mundo compartido, construir entre todos la Teoría de las Relaciones Internacionales de todos. Necesitamos del diálogo entre la *Tianxia* y la *polis* y las ideas y tradiciones intelectuales que de ellas se desprenden. Dar, en definitiva, la bienvenida a las ideas chinas y afrontar el reto de con ellas desde las nuestras dialogar, construir universales compartidos y abiertos, escribir entre todos la obra de todos para la navegabilidad y navegación de la nave espacial Tierra, para que nuestro viaje sea el de esta destino futuro.

**Palabras clave:** China, Teoría de las Relaciones Internacionales, ideas chinas, pensamiento político chino, cultura estratégica china, ascenso global de China.

**Keywords:** China, Theory of International Relations, Chinese Ideas, Chinese Political Thought, Chinese Strategic Culture, China's Global Rise.

## EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA EN ESPAÑA

### EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA Y LA PROPUESTA DE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ \*

**SUMARIO:** 1. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE NORMAS CONCURSALES INTERNACIONALES.—2. UN PUNTO DE ENCUENTRO INICIAL: LA APLICACIÓN A PROCEDIMIENTOS PARACONCURSALES.—3. LA INESPERADA SEPARACIÓN DE MODELOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL.—4. LOS AJUSTES FINOS EN EL DERECHO APLICABLE.—5. LAS DISTINTAS LÓGICAS INTERNAS DE LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO.—6. LAS DIFERENTES VELOCIDADES EN LA COOPERACIÓN.

#### 1. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE NORMAS CONCURSALES INTERNACIONALES

1. Si el periodo 2000-2003, con la aprobación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000<sup>1</sup> y de la Ley Concursal<sup>2</sup>, fue un momento de euforia concursal, el cuatrienio 2015-2018 puede convertirse en un momento de reflexión, balance y reforma. A la aprobación del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, aplicable desde el 26 de junio de 2017, y que refunde las normas europeas de Derecho internacional privado (DIPr) concursal<sup>3</sup>, se une la Propuesta de decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (a partir de aquí la Propuesta de Ley Concursal)<sup>4</sup>.

---

\* Profesor titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo ([espiniell@uniovi.es](mailto:espiniell@uniovi.es)).

<sup>1</sup> Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, *DO* núm. 160, de 30 de junio de 2000.

<sup>2</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2003.

<sup>3</sup> *DO L* núm. 141, de 5 de junio de 2015.

<sup>4</sup> De 6 de marzo de 2017, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas> (consultada el 8 de noviembre de 2017).

2. Este movimiento de refundición no debe entenderse como un fracaso de las normas iniciales. Al contrario, tanto el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, con el muy activo papel del Tribunal de Justicia, como las normas de DIPr de la Ley Concursal, han funcionado adecuadamente. Las razones para esta segunda generación de textos deben buscarse en otros contextos. En el europeo, la idea inicial fue mejorar algunas de las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, en una clave estricta de DIPr, «con el fin de reforzar la eficaz administración de los procedimientos de insolvencia transfronteriza»<sup>5</sup>, aunque ya adelanto que se ha ido mucho más allá. En el ámbito estatal, al contrario, el motivo principal es «regularizar», «aclarar» y «armonizar» las normas de Derecho material la Ley Concursal, reformadas en distintos momentos y «desde concepciones no siempre coincidentes»<sup>6</sup>. De hecho, en la propuesta inicial apenas se modifican las normas de DIPr. Este escenario lleva a la pregunta que se tomará como hilo conductor de este foro: ¿debería aprovecharse la refundición de la Ley Concursal para «aproximar» sus normas de DIPr a las del nuevo Reglamento (UE) 2015/848 como ocurrió con los textos iniciales?

3. En una respuesta rápida, quizá cabría contestar afirmativamente a esta pregunta. En un mismo concurso puede darse la necesidad de aplicar el régimen europeo y estatal simultáneamente si el deudor, con centro de intereses en la UE, tiene intereses, bienes y establecimientos en terceros Estados<sup>7</sup>. Ello hace la administración del concurso especialmente compleja. Por ejemplo, en las normas de ley aplicable, si la ley a la que remiten es la de un Estado miembro, deben aplicarse las normas del Reglamento (UE) 2015/848. Si es la de un tercer Estado, estas normas se desconectan y deben aplicarse las normas de conflicto de la Ley Concursal. La cooperación entre administraciones concursales también tendría distintas velocidades e intensidades, en función de que fuera en el ámbito europeo o de terceros Estados.

4. Pero en una respuesta más pausada, conviene detenerse en las distintas modificaciones del Reglamento (UE) 2015/848 y su viabilidad en la Propuesta de Ley Concursal.

## **2. UN PUNTO DE ENCUENTRO INICIAL: LA APLICACIÓN A PROCEDIMIENTOS PARA CONCURSALES**

5. La última crisis económica ha evidenciado la necesidad de mejorar en la aplicación de procedimientos para concursales transfronterizos, excluidos de la primera generación de normas concursales de DIPr.

6. En esta segunda generación, el Reglamento (UE) 2015/848 ya se aplica no solo a los procedimientos concursales de liquidación o saneamiento,

---

<sup>5</sup> Considerando 1 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>6</sup> Núm. II de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Ley Concursal.

<sup>7</sup> Véase ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva Ley Concursal y el Reglamento 1346/2000: ¿matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica», *AEDIPr*, vol. 3, 2003, pp. 413-417.

sino también a otros procedimientos colectivos públicos<sup>8</sup> extraconcursales o preconcursales, incluidos los provisionales, sin necesidad de que intervenga un órgano jurisdiccional<sup>9</sup>. Así, el Reglamento abarca a los procedimientos extraconcursales en materia de rescate, reestructuración de la deuda y reorganización o liquidación. También, a los procedimientos preconcursales que implican suspensiones temporales de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores<sup>10</sup>. Por estas razones, en dichos procesos ya no son necesarios ni el desapoderamiento del deudor ni el nombramiento de un administrador concursal, sino que bastará un control o supervisión judicial o incluso que el deudor siga controlando total o parcialmente sus bienes y negocios<sup>11</sup>.

7. Esta misma idea está presente, aunque menos desarrollada, en la Propuesta de Ley Concursal cuando regula el reconocimiento de una decisión de liquidación o reorganización, o de control y supervisión, dictada por un tribunal o autoridad<sup>12</sup>.

### 3. LA INESPERADA SEPARACIÓN DE MODELOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

8. En el sector de la competencia judicial internacional existen dos principios compartidos entre los textos refundidos europeo y estatal. La regla de base sigue siendo el centro de intereses principales del deudor y la competencia alcanza a toda cuestión que tenga su fundamento en la legislación concursal y guarde una inmediata relación con el concurso. Podría decirse, incluso, que el nuevo Reglamento (UE) 2015/848 sigue a la ya más avanzada y acertada regulación del originario art. 11 (ahora art. 56) de la Ley Concursal. Sin embargo, se observan cuatro divergencias importantes en los textos refundidos.

9. Primera divergencia, en relación con las presunciones del centro de intereses principales: en el Reglamento (UE) 2015/848, y respecto de particulares sin actividad empresarial o profesional, se presume que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular, no siendo aplicable esta presunción si se ha trasladado la residencia en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso. Respecto de las personas físicas que ejercen una actividad mercantil o profesional, se presume que el centro de sus intereses principales es su centro principal de actividad, salvo que haya sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, en cuyo

<sup>8</sup> Definidos en el art. 2.1 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>9</sup> Véase la definición amplia del art. 2.6 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>10</sup> Siempre que se proteja al conjunto de los acreedores y, que, en caso de que no se alcance un acuerdo, se derive a un procedimiento concursal o extraconcursal.

<sup>11</sup> Véanse arts. 1 y 2.3, respecto del «deudor no desapoderado».

<sup>12</sup> Art. 741.1.1 de la Propuesta de Ley Concursal.

caso la presunción no es aplicable. En referencia a las sociedades y personas jurídicas, se presume *iuris tantum* que el centro de los intereses se encuentra en el Estado en el que la sociedad tiene su domicilio social, entendido como sede estatutaria o domicilio registral. Al igual que en los casos anteriores, la presunción solo será aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. La Propuesta de Ley Concursal no sigue ninguno de estos criterios. Su art. 45 ya solo se titula competencia «territorial». Se omiten presunciones respecto de consumidores y profesionales y la presunción respecto del domicilio social de las personas jurídicas, no juega si ha existido un traslado en los seis meses anteriores, que no en tres, como ocurría en el Reglamento.

10. Segunda divergencia, respecto del domicilio social como foro de competencia: el mayor desencuentro del Reglamento (UE) 2015/848 con la Propuesta de Ley Concursal es que, en esta última, si el deudor tiene su centro de intereses principales fuera de España y su domicilio en España, el juez de dicho domicilio es competente para declarar el concurso<sup>13</sup>. Esta norma no jugará si el centro de intereses principales se halla en la UE, por aplicación prioritaria del Reglamento (UE) 2015/848 que es contrario a esta idea. Pero si el centro de intereses se halla en un tercer Estado la Ley Concursal, ya aplicable, introduce un cambio normativo radical. Quizá esté motivado porque la sociedad con domicilio pero sin centro de intereses en España es una sociedad que debe tener su establecimiento principal en España conforme a la Ley de sociedades de capital<sup>14</sup>. Si ni siquiera tiene establecimiento principal en España, acaso se quiera declarar el concurso en España de una sociedad «irregular» por no cumplir con las normas de nacionalidad y domiciliación de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, una propuesta muy distinta a la del Reglamento (UE) 2015/848.

11. Tercera divergencia, respecto de la competencia en el caso de grupos multinacionales de sociedades: también hay una ruptura en la remisión del art. 47 de la Propuesta de Ley Concursal, «competencia internacional», a las «reglas de competencia establecidas en el artículo anterior», esto es, el art. 46, «competencia en caso de concursos conexos»<sup>15</sup>. Dicho precepto establece la competencia del juez de la sociedad dominante para los concursos de todo el grupo o, si esta no está concursada, la primera concursada o la de mayor pasivo. Este precepto se había interpretado para sociedades españolas de un grupo, pero, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE<sup>16</sup>, no se consideraba aplicable en casos internacionales para declarar en España el concurso de sociedades extranjeras del grupo con centro de intereses prin-

<sup>13</sup> Art. 45.2.

<sup>14</sup> Art. 9.2.

<sup>15</sup> Probablemente se trate de un gazapo del texto de la Propuesta de Ley Concursal y la remisión del art. 47 pretenda ser al art. 45, el referido al centro de intereses principales.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood IFSC*, ECLI:EU:C:2006:281.

cipales fuera de España. Es muy dudoso que la Propuesta de Ley Concursal pretenda romper con el Reglamento (UE) 2015/848 y con esta jurisprudencia, basada en la personalidad jurídica diferenciada de cada sociedad del grupo.

12. Cuarta divergencia, en torno al alcance competencial del juez del concurso. El nuevo Reglamento (UE) 2015/848 deja bien clara la competencia del juez del concurso principal para rescindir o modificar los contratos sobre bienes inmuebles situados en otros Estados miembros, como consecuencia del concurso principal<sup>17</sup>. Ello no se explicita en la Propuesta de Ley Concursal aunque podría interpretarse en igual sentido. Por el contrario, en el Reglamento (UE) 2015/848, los tribunales del Estado donde se halla un establecimiento o sucursal serán los competentes para determinar los efectos de cualquier concurso sobre los contratos de trabajo afectos a este establecimiento<sup>18</sup>. Esta previsión no se contempla en la Propuesta de Ley Concursal, pese a que podría tener su interés respecto de trabajadores de sucursales radicadas en España. Tampoco se prevé en el texto estatal la competencia a favor de los tribunales del domicilio del demandado, o de uno de los demandados si existieran varios, para un supuesto muy concreto: aquel en el que existen acciones conexas en materia «concursal» y «no concursal», es decir, «en materia civil y mercantil», basadas en una relación estrecha y la oportunidad de tramitarlas conjuntamente para evitar decisiones contradictorias<sup>19</sup>.

#### 4. LOS AJUSTES FINOS EN EL DERECHO APLICABLE

13. En el ámbito de la ley aplicable, ambas refundiciones mantienen las líneas generales de sus predecesores. La ley aplicable al concurso será la del Estado en cuyo territorio se haya abierto<sup>20</sup>. Las distintas excepciones se mantienen más o menos con el mismo alcance. Se conserva, de hecho, la llamativa diferencia entre el Reglamento (UE) 2015/848, con una norma sobre inmunidad de los derechos reales y reservas<sup>21</sup>, y la Ley Concursal, con una norma que a tal efecto remite a la ley de situación de los bienes<sup>22</sup>.

14. La única diferencia en los procesos de refundición es que la Propuesta de Ley Concursal no ha hecho suya la importante previsión del Reglamento (UE) 2015/848 sobre que los efectos del concurso sobre un procedimiento arbitral en curso se rigen por la ley del Estado donde se desarrolla

<sup>17</sup> Art. 11 del Reglamento (UE) 2015/848. Para ello se exige que el Derecho rector de los contratos sobre los inmuebles exija ese pronunciamiento del juez del concurso y que no se haya abierto un concurso «en dicho Estado miembro», expresión que parece referirse al Estado de situación del bien inmueble.

<sup>18</sup> Art. 13.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>19</sup> Art. 6.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>20</sup> Art. 7 del Reglamento (UE) 2015/848; art. 200 de la Ley Concursal, nuevo art. 721 de la Propuesta de Ley Concursal.

<sup>21</sup> Arts. 8 y 10 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>22</sup> Nuevo art. 722 de la Propuesta de Ley Concursal.

este<sup>23</sup>. Convendría incluir dicha previsión durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, pero con más atino que el Reglamento (UE) 2015/848. En este sentido, debería remitirse a la ley que rige el procedimiento arbitral, que no necesariamente, ni en todos los casos, coincide con la ley del lugar de la sede arbitral.

15. En cualquiera de los casos, se ha perdido la oportunidad para mejorar las normas de ley aplicable en una revisión más profunda. Así, ninguna de las dos refundiciones se ha atrevido a eliminar la posibilidad de que la impugnación de los actos perjudiciales a la masa no prospere cuando no se prevé en la ley rectora de dicho acto. Los muchos debates que ha ocasionado esta previsión se pueden resumir, por ser gráficos, en que las partes que pretenden perjudicar a la masa pueden a día de hoy elegir la ley rectora de dicho fraude y, por tanto, inmunizarse ante las acciones de impugnación. Un resultado de todo punto improcedente que las normas de segunda generación no han atajado.

## 5. LAS DISTINTAS LÓGICAS INTERNAS DE LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO

16. En el ámbito del reconocimiento y la ejecución de decisiones, las refundiciones siguen caminos dispares, porque su motivación es muy distinta. El Reglamento europeo busca reforzar la cooperación europea. Se mantiene y clarifica como único motivo de no reconocimiento la vulneración manifiesta del orden público. Y, en el momento de ejecución, se ha incluido una remisión a la ejecución directa contemplada en el Reglamento (UE) 1215/2012, salvo que se inste la denegación de la ejecución. Además, el Reglamento crea unos registros de insolvencia que están a disposición pública a través de internet y sin coste alguno, conectados a nivel europeo teniendo un acceso en el portal europeo de e-justicia<sup>24</sup>.

17. En el ámbito de la Propuesta de Ley Concursal, se mantienen en gran medida las condiciones para el reconocimiento con la peculiaridad de aplicarse extensivamente a procedimientos paraconcursales. La mejora, pues, de las normas de reconocimiento responde, principalmente, a su adaptación a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Otra cosa es que lo haya conseguido. La Propuesta de Ley Concursal mantiene la idea de no aplicación por parte del juez de las normas de reconocimiento y cooperación por falta de reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática a la cooperación por las autoridades de un Estado extranjero<sup>25</sup>. Se aleja así de la definición más moderna de reciprocidad contenida

<sup>23</sup> Art. 18 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>24</sup> Arts. 24 a 27 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>25</sup> Véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 199. De las relaciones entre ordenamientos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 2861-2873, esp. pp. 2870-2873.

en la Ley de Cooperación, que establece un principio general favorable a la cooperación salvo de un real decreto del Gobierno que establezca la no cooperación con un determinado Estado por denegación reiterada o prohibición legal de cooperación (art. 3).

18. Por otra parte, el procedimiento para el reconocimiento de la declaración de concurso será el *exequatur* previsto en la Ley de Cooperación Jurídica. No obstante, ya no tiene mucho sentido que la decisión de apertura del concurso deba pasar por el citado *exequatur*, cuando la Ley de Cooperación recoge un principio general de reconocimiento automático o incidental sin necesidad de dicho *exequatur*, a salvo de que se pretenda la ejecución forzosa.

## 6. LAS DIFERENTES VELOCIDADES EN LA COOPERACIÓN

19. En el ámbito de la cooperación, tanto el Reglamento (UE) 2015/848 como la Ley Concursal establecen normas de coordinación entre los concursos principal y territoriales, se hayan abierto estos antes o después de aquel.

20. No obstante, la refundición del Reglamento da un paso más, ya que la cooperación entre Estados miembros no solo juega entre administradores concursales, sino que se ampliará a los propios tribunales entre sí y a estos con los propios los administradores<sup>26</sup>. Además, frente a la genérica labor de coordinación establecida en la Ley Concursal, en el Reglamento (UE) 2015/848 se ha mantenido de forma más detallada una coordinación de los distintos procedimientos: suspensión o conversión del procedimiento territorial y congruencia con el procedimiento principal. Del mismo modo, en la versión refundida del Reglamento (UE) 2015/848, y a diferencia de la Propuesta de Ley Concursal, se regulan los criterios de oportunidad de apertura de un concurso secundario. Así, se introduce la previsión de que el tribunal ante el que se solicita la apertura de un concurso secundario posponga o rechace su declaración, a petición del administrador del concurso principal, si esta no es necesaria para la protección de los intereses de los acreedores locales<sup>27</sup>. Para garantizar esta protección, el administrador en el concurso principal proveerá un compromiso, y cumplirá con sus términos que son vinculantes y exigibles, de que, en dicho concurso principal, se respetarán los derechos preferenciales y de distribución de los acreedores previstos por la ley que hubiera regido el procedimiento secundario<sup>28</sup>. Nada de ello se establece en la Propuesta de Ley Concursal, pues es un grado muy intenso de cooperación con el concurso principal, de difícil configuración unilateral en las relaciones con terceros Estados.

21. Pero sin duda, una de las propuestas más relevantes del Reglamento (UE) 2015/848 es la introducción de un nuevo Capítulo V sobre la coordina-

<sup>26</sup> Arts. 42 y 43 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>27</sup> Art. 38.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>28</sup> Art. 36 del Reglamento (UE) 2015/848. Este compromiso deberá ser aprobado por los acreedores locales conocidos, conforme a las mayorías previstas por la Ley del concurso secundario.

ción de los procedimientos abiertos a los miembros de un grupo multinacional de sociedades<sup>29</sup>. En términos generales, la cooperación se prevé en la medida en que sea conveniente para facilitar la administración de los procedimientos, y en tanto que no genere ningún conflicto de intereses ni resulte incompatible con las leyes de los Estados de apertura de los concursos de las distintas sociedades del grupo. De ser aplicable este capítulo, la coordinación asume cinco modalidades: la cooperación y comunicación entre los administradores concursales de las distintas sociedades; la cooperación y comunicación directa entre los propios tribunales; la cooperación mixta, entre administradores concursales y tribunales; la atribución de facultades especiales a los administradores concursales; y la creación de un coordinador independiente, con importantes poderes, incluido el de elaboración de un plan de coordinación grupal.

22. A pesar de que en la Propuesta de Ley Concursal esta cooperación no se vea legalmente tipificada tan al detalle, quizá se logren también resultados interesantes. Cada vez deberían ser más habituales los «protocolos concursales» o acuerdos entre los administradores donde se plasman las principales reglas para la coordinación procesal de los concursos, sin abordar aspectos sustantivos<sup>30</sup>. A tal efecto, tal vez sería importante retocar el texto de la Propuesta de Ley Concursal para que esta coordinación no se limite a procedimientos declarados sobre un «mismo deudor».

**Palabras clave:** insolvencia, Reglamento Europeo, Ley Concursal, textos refundidos.

**Keywords:** insolvency, European Regulation, Insolvencia Act, recast.

---

<sup>29</sup> Tal y como se define en el nuevo art. 2.13 y 14 del Reglamento (UE) 2015/848.

<sup>30</sup> Nuevo art. 748 de la Propuesta de Ley Concursal.

## EL REGLAMENTO SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS ADAPTACIONES NECESARIAS

Elisa TORRALBA MENDIOLA \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNAS ADAPTACIONES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL RPI *BIS*.—2.1. La «no apertura» de procedimientos secundarios.—2.2. La comunicación entre órganos judiciales prevista en los arts. 42.2 y 57.2.—2.3. Los procedimientos concursales comunicados por España y el control de la competencia.—3. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento 848/2015, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)<sup>1</sup> (en adelante RPI *bis*) de aplicación desde el pasado 26 de junio, ha venido a sustituir al Reglamento 1346/2012<sup>2</sup>, sobre la misma materia (en adelante, RPI).

2. El RPI *bis* introduce algunas modificaciones de calado respecto del texto anterior que se vertebran en torno a cinco ejes<sup>3</sup>: i) ampliación del ámbito de aplicación del texto para extenderlo a los procedimientos concursales, en gran medida recientemente creados en las legislaciones nacionales para hacer frente al escenario global de crisis económica; ii) establecimiento de ciertos límites en la delimitación del centro de los intereses principales (en adelante, COMI) del deudor, como criterio determinante de la aplicabilidad del texto europeo y de la determinación de la competencia judicial internacional del juez del concurso; iii) modificación de las reglas relativas a la

---

\* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid ([elisa.torralba@uam.es](mailto:elisa.torralba@uam.es)).

<sup>1</sup> DO L núm. 141, de 5 de junio de 2015.

<sup>2</sup> Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, DO L núm. 160, de 30 de junio de 2000; DO L núm. 176, de 5 de julio de 2002; modificado por el Reglamento 517/2013, de 13 de mayo; DO L núm. 158, de 10 de junio de 2013.

<sup>3</sup> Sobre la identificación de los sectores que era necesario abordar en la reforma del RPI, véase HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *European Insolvency Law*, Munich, CH Beck, 1.<sup>a</sup> ed., 2014.

apertura de procedimientos secundarios con el fin de limitarlos a los casos en que pueden resultar realmente eficaces y modificación de las reglas de coordinación entre procedimientos principales y secundarios; iv) regulación de los mecanismos de publicidad y presentación de créditos, y v) tratamiento de la insolvencia de los grupos de empresas.

3. El objeto de este trabajo no es hacer un estudio de todas ellas, sino, de manera más modesta, apuntar algunas adaptaciones de la legislación española, necesarias para su eficaz puesta en práctica. Por ello, no va a hacerse ni siquiera referencia a algunos de los ejes de la reforma indicados cuando ellos no exijan tales adaptaciones.

## **2. ALGUNAS ADAPTACIONES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL RPI *BIS***

4. Al regular algunas de las novedades que introduce, el RPI *bis* se remite en algún caso a las legislaciones internas para la concreción de una cuestión; en otros no lo hace expresamente, pero la eficacia de su funcionamiento exige que se adapte el Derecho español para establecer un cauce adecuado que posibilite el cumplimiento de las previsiones reglamentarias. A continuación se apuntan algunas de esas cuestiones.

### **2.1. La «no apertura» de procedimientos secundarios**

5. El RPI *bis* prevé, como su predecesor, la posibilidad de que se abran procedimientos territoriales de insolvencia en los Estados miembros en los que el deudor, con COMI en la UE, tenga un establecimiento. En estos procedimientos pueden insinuar sus créditos todos los acreedores (masa pasiva universal), pero solo alcanzan a los bienes del deudor localizados en el Estado de apertura (masa activa territorial) y pueden abrirse antes o después de que lo haga el universal<sup>4</sup> o, incluso sin que este llegue a abrirse. Si se abren antes son procedimientos territoriales independientes y si lo hacen después son secundarios (por oposición al universal, que es el principal).

6. La práctica ha venido poniendo de manifiesto algunas deficiencias en relación con los procedimientos territoriales secundarios<sup>5</sup> que el RPI *bis* trata de superar y que giran en torno a la idea de que su apertura puede obstaculizar en ciertos casos la administración eficaz del patrimonio del deudor, puesto que el síndico del procedimiento principal deja de tener control sobre los bienes del concursado situados en el Estado del procedimiento territorial,

---

<sup>4</sup> De acuerdo con el art. 3.1 del RPI *bis* el procedimiento universal, en el que se integra todo el activo y todo el pasivo del deudor, se abre necesariamente en el Estado miembro donde radica el COMI.

<sup>5</sup> Estas críticas se recogen asimismo en HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *op. cit.*, nota 3, pp. 237 y ss.

lo que hace más difícil la reestructuración de la empresa y su venta como empresa en funcionamiento.

7. Desde esta perspectiva la reforma se centra en: i) propiciar un mayor control en la apertura de procedimientos secundarios, de manera que estos no lleguen a abrirse si no lo justifica el interés de los acreedores locales; ii) incrementar las facultades de control del síndico del procedimiento principal sobre los secundarios; iii) suprimir la exigencia de que los procedimientos secundarios abiertos después del principal sean de liquidación, y iv) mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, haciéndola recaer no solo en los síndicos, sino también en los respectivos tribunales.

8. La modificación más relevante en ese contexto es la inclusión en el texto reglamentario de los llamados «procedimientos sintéticos», conocidos en la práctica del Reino Unido y previstos en el art. 36. Este prevé la facultad del administrador del procedimiento universal de comprometerse con los acreedores locales del Estado miembro donde podría abrirse un territorial a reconocerles, en el marco del primero, los derechos según el orden de prelación de créditos del segundo sobre los bienes situados en el Estado en el que podría abrirse este último (el momento pertinente para determinar cuáles son esos bienes es aquel en el que se contrae el compromiso). En tal situación, en el procedimiento universal se abre una subcategoría dentro de la masa activa integrada por los bienes situados en el Estado miembro donde hubiera podido abrirse el procedimiento territorial.

9. De acuerdo con el art. 36.5 del RPI *bis*, a la aprobación del compromiso se aplicarán «las normas sobre mayoría cualificada y votación que se aplican a la adopción de planes de reestructuración conforme al Derecho del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario». No se establece un procedimiento para esa aprobación.

10. Cuando ese Estado es España, las posibilidades pueden pasar por crear un procedimiento nuevo, específico para este fin, o aplicar alguno de los sistemas ya existentes. Entre estos últimos, una primera opción sería la aplicación del procedimiento previsto para la aprobación del Convenio concursal, regulado en los arts. 111 y ss. de la Ley Concursal<sup>6</sup> (en adelante, LC), o bien, acudir al mecanismo más flexible previsto en la DA 4.<sup>a</sup> de ese mismo cuerpo legal.

11. El primero de estos procedimientos es más complejo que el segundo y la propia naturaleza y los objetivos de los procedimientos sintéticos aconsejan acudir a mecanismos sencillos y flexibles, que desincentiven, por ese mismo motivo, la apertura de procedimientos secundarios. Por eso parece más adecuado extender el régimen de la DA 4.<sup>a</sup> al acuerdo al que se refiere el art. 36 del RPI *bis*. En caso de adoptarse esta solución, se aplicaría para la aprobación del acuerdo la mayoría del 51 por 100 prevista en esa disposición, calculado ese porcentaje sobre los créditos de los acreedores locales.

---

<sup>6</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2003.

12. Por otra parte, y también en relación con los casos en los que no llega a abrirse un procedimiento secundario, el art. 13 del RPI *bis*, tras prever que «los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo», establece que: «Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo, aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro». Una precisión sobre qué tribunales deben encargarse de esa cuestión, si los de lo social o los de lo mercantil que pudieran haber abierto el concurso y qué procedimientos deberán usar para esa rescisión, debería también introducirse en la LC para evitar posibles conflictos al respecto.

## 2.2. La comunicación entre órganos judiciales prevista en los arts. 42.2 y 57.2

13. Tanto el art. 42.2 del RPI *bis*, referido a la coordinación entre procedimientos, como el art. 57.2, incluido en el Capítulo V, referido a «los procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades», prevén la cooperación entre órganos jurisdiccionales, con la posibilidad de comunicaciones directas y de solicitud mutua de información o asistencia, lo que obliga a aclarar qué cauces puede usar un juez español para llevar a cabo esa comunicación cuando es el juez de uno de los procedimientos.

14. Si bien la coordinación entre procedimientos principal y secundario ya se regulaba en el RPI, la insolvencia de los grupos de sociedades se consideró una laguna criticada desde su adopción, que se cubre con el RPI *bis*<sup>7</sup>. El primer problema que suscitaba el establecimiento de una regla era la ausencia de un concepto común europeo de grupo de sociedades<sup>8</sup>, concepto que el RPI *bis* proporciona, si bien con enorme parquedad: por grupo hay que entender «una empresa matriz y todas sus empresas filiales»<sup>9</sup>. Tras ello, entre los distintos modelos regulatorios posibles, opta por el de la cooperación procesal, que mantiene el criterio de que cada sociedad debe concursar en el Estado de su COMI, que aplicará al procedimiento su propia ley, pero se

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión véase HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *op. cit.*, nota 3, pp. 13 y ss.

<sup>8</sup> Tampoco disponemos de un concepto en España aplicable a todos los sectores del ordenamiento, existiendo solo conceptos de grupo propios de ámbitos sectoriales. En el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de abril de 2014, se incluía un art. 291.1 según el que: «Existe grupo: a) Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control; b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas», definición que excede la prevista en el RPI *bis*. Sobre los problemas de Derecho internacional privado en relación con los grupos de sociedades, véase BODE, M., *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Berna, Peter Lang, 2010.

<sup>9</sup> Art. 2.13 del RPI *bis*.

articulan reglas de cooperación y coordinación entre los distintos procedimientos.

15. El modelo adoptado es respetuoso con las expectativas de los acreedores, que calibran su riesgo concursal en relación con la entidad con la que están contratando y no con su matriz, cuya ubicación con frecuencia desconocen y, además, aleja el riesgo de que, al abrirse procedimientos separados, cada administración concursal busque la solución mejor desde el punto de vista local y no se obtengan los beneficios de una solución conjunta a nivel de grupo, puesto que establece mecanismos de comunicación, coordinación y cooperación a través de los que se pretende atender a la insolvencia global.

16. Desde esa premisa, las funciones de cooperación y coordinación recaen en los síndicos y tribunales de los respectivos procedimientos y pueden adoptar distintas formas dependiendo de las circunstancias del asunto. La cooperación entre tribunales incluirá la coordinación del nombramiento de los administradores concursales, la comunicación de información, la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios de los miembros del grupo, la coordinación de la celebración de las vistas y la coordinación en la aprobación de protocolos<sup>10</sup>.

17. Teniendo en cuenta los dos preceptos mencionados al inicio de este epígrafe, resultaría oportuna la modificación del art. 4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante, LCJI)<sup>11</sup>, que permite a los órganos jurisdiccionales españoles «el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, respetando en todo caso la legislación en vigor en cada Estado» y siempre que no comprometan «la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados ni los derechos de defensa de las partes». Dicha modificación tendría por objeto aclarar las vías por las que se puede llevar a cabo esa comunicación directa, facilitando que, sin detrimento de la seguridad jurídica, se permita una actuación lo suficientemente flexible como para atender a las finalidades del RPI *bis*. Eso podría llevar a permitir, por ejemplo, las comunicaciones orales, siempre a condición de que el Estado de la otra autoridad judicial permita ese mecanismo y garantizando que quedará constancia suficiente en los autos de tales comunicaciones y que las partes tienen conocimiento de las mismas.

### **2.3. Los procedimientos preconcursales comunicados por España y el control de la competencia**

18. De acuerdo con el art. 4 del RPI *bis* «el órgano jurisdiccional que reciba una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia examinará de oficio si es competente de conformidad con el artículo 3. La resolución de

---

<sup>10</sup> Art. 57 del RPI *bis*.

<sup>11</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

apertura del procedimiento de insolvencia especificará los motivos en los que se basa la competencia del órgano jurisdiccional y, en particular si se basa en el apartado 1 o en el apartado 2 del artículo 3».

19. A esta exigencia de verificación de oficio e indicación del tipo de procedimiento abierto ya se había adelantado el art. 10.4 de la LC, pero sería conveniente hacerla expresa también en aquellos casos en los que no se contempla la apertura del concurso, sino el uso de institutos preconcursales<sup>12</sup>.

20. En los últimos años la mayoría de los Estados miembros de la UE han introducido en sus legislaciones procedimientos de preinsolvencia o procedimientos híbridos (aquellos que mantienen la dirección existente), con la finalidad de aumentar las posibilidades de éxito en la reestructuración de las empresas. Para hacer frente a esas situaciones, el RPI *bis* amplía su ámbito de aplicación mediante la modificación de la definición de procedimiento de insolvencia recogida en el art. 1, que se extiende «a los procedimientos judiciales o administrativos colectivos, incluidos los procedimientos provisionales fundados en la legislación en materia de insolvencia o reestructuración de la deuda y en los que, a efectos de rescate, la reestructuración de la deuda, la reorganización o la liquidación, (i) se haya desapoderado al deudor total o parcialmente de sus bienes y se haya designado un síndico o (ii) los activos y negocios del deudor estén sometidos a control o supervisión judicial».

21. No obstante, el RPI *bis* no abandona el sistema en virtud del cual cada Estado debe comunicar a la Comisión aquellos procedimientos que, regulados en su ordenamiento, considera que deben incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento, que se incluyen en su Anexo A. En el caso de España, en dicho Anexo se recogen, junto con el concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago y el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

22. Pues bien, la necesidad de controlar de oficio la competencia debe extenderse también a estos institutos preconcursales, ahora incluidos en el texto europeo. En el sistema de estas reglas de reconocimiento y de competencia judicial internacional son las mismas para todos los procedimientos incluidos en él. Siendo así, para que produzcan eficacia extraterritorial es necesario que sean homologados por el juez del COMI. De no serlo, el RPI *bis* no niega los efectos que puedan producir en el territorio en el que se adoptan, pero no les otorga el «tratamiento europeo» que sus reglas contemplan. La inclusión de los procedimientos mencionados en el RPI *bis* implica que podrán ser reconocidos y desplegar sus efectos en los demás Estados miembros de la UE (con excepción de Dinamarca, que no participa en este Reglamento ni en su predecesor) de acuerdo con el sistema del reconocimiento automá-

---

<sup>12</sup> Como ya apuntara GARCIMARTÍN, F., en «El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en <http://almacendederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/> (consultada por última vez el 8 de noviembre de 2017).

tico previsto por el texto europeo, pero significa también que solo deberán declararse competentes los tribunales españoles si el COMI del deudor se encuentra situado en España (o, en su caso, si aquí posee un establecimiento, si bien en este supuesto las competencias del juez se limitan territorialmente, lo que merece un análisis detallado, y los eventuales problemas de reconocimiento se minimizan) y que el control de tal competencia deberán realizarlo de oficio.

23. Siendo así, sería necesario modificar la LC en consonancia, e incluir la necesidad del control de oficio de la competencia en el art. 5 *bis*, y en la DA 4.<sup>a</sup> En este sentido, en el apartado 5 de la DA 4.<sup>a</sup> debería añadirse, tras la afirmación actualmente existente de que «la competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para conocer del concurso de acreedores», una referencia a la obligación del juez de verificar de oficio su propia competencia, indicando, si afirma que la tiene, los criterios en que la basa. Caso de considerar que carece de ella deberá archivar las actuaciones, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tal como prevé el art. 38 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)<sup>13</sup>.

24. Del mismo modo, en el procedimiento previsto en el art. 5 *bis* deberá exigirse un control similar. Dado que en estos casos es el secretario de la administración de justicia el que tramita la comunicación del deudor; o del notario, el registrador mercantil o la Cámara de Comercio, según los casos, deberá ser este quien, en el Decreto dejando constancia del tal comunicación, lleve a cabo un control de la competencia, en el que exprese, además, las razones en que se basa, con las consecuencias que eso conlleva en cuanto al alcance del procedimiento. En el caso de que concluyera la falta de competencia, sería necesario, de nuevo, dar vista al solicitante y al Ministerio Fiscal y deberá ser el juez el que resuelva sobre la cuestión.

25. Debería introducirse, asimismo, la posibilidad de permitir un control de la competencia a instancia de parte, mediante declinatoria, en la línea de los arts. 38 y 39 de la LEC. De producirse una modificación en este sentido, debería operar tanto en relación con la competencia para la apertura de concurso, lo que exigiría modificar el art. 12 de la LC para añadir la posibilidad de declinatoria por falta de competencia internacional, como en el caso del art. 5 *bis* y la DA 4.<sup>a</sup> de la LC.

### 3. CONCLUSIONES

26. Las reformas introducidas por el RPI *bis* merecen una valoración global positiva. El nuevo texto mantiene los principios inspiradores y regulatorios del anterior, que ha venido funcionando de manera globalmente adecuada, para modificar únicamente aquellos aspectos que en la práctica

<sup>13</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

han resultado insatisfactorios o insuficientes. Su eficaz funcionamiento exige ciertas adaptaciones de la legislación española que han tratado de recogerse en este trabajo. No se trata de modificaciones de enorme calado en las que la búsqueda de la mejor solución deba resultar problemática, pero deben llevarse a cabo para garantizar la eficacia del sistema.

**Palabras clave:** insolvencia, Reglamento 848/2015, Ley Concursal.

**Keywords:** insolvency, Regulation 848/2015, Ley Concursal.

### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Esta sección podrá albergar Estudios y otros textos doctrinales de extensión más breve referidos a la práctica española en Derecho internacional y Relaciones internacionales. Los Estudios que se publiquen en esta sección habrán sido sometidos al proceso de evaluación por pares y al resto de los requisitos editoriales exigidos para todos los Estudios. Por razón de la materia abordada, en este número se incorpora el estudio del Profesor Antonio Pastor Palomar que, como tal, ha sido sometido a dicho proceso de evaluación y requisitos editoriales.

## LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE DOBLE IMPOSICIÓN EN ESPAÑA: UNA PRÁCTICA CONVENCIONAL PECULIAR ENCAMINADA AL ARBITRAJE

Antonio PASTOR PALOMAR \*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DOS PILARES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL.—2.1. Plan de Acción BEPS y Directiva UE contra la elusión fiscal.—2.2. Estándar Común de Información.—3. LOS ACUERDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS DE LOS CDI DE ESPAÑA.—3.1. El objeto y los diferentes elementos de los procedimientos amistosos.—3.2. El acto unilateral previo y el acuerdo entre autoridades competentes sobre la imposición no conforme al CDI.—3.3. El acuerdo de interpretación o de aplicación del CDI.—3.4. El acuerdo para casos de doble imposición no previstos en el CDI.—4. EL ARBITRAJE EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS.—4.1. La naturaleza jurídica internacional del arbitraje.—4.2. Rasgos del arbitraje en los CDI de España.—4.3. El arbitraje en la Convención BEPS 2016.—4.4. El arbitraje fiscal en el marco de la UE.—5. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. En los últimos años se está produciendo una reforma sustancial del sistema de cooperación fiscal internacional propiciada por la crisis financie-

---

\* El presente trabajo se enmarca en el contrato art. 83 LOU (ref.: V573) titulado «Estudios teórico-prácticos de Derecho internacional público, entre la URJC y *Herbert Smith Freehills Spain LLP*». Antonio Pastor Palomar es Profesor Titular de Derecho internacional público en la Universidad Rey Juan Carlos ([antonio.pastor@urjc.es](mailto:antonio.pastor@urjc.es)) y consultor de HSF. Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 30 de junio de 2017.

ra, y dirigida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) junto al G20. Los dos pilares interrelacionados de la reforma son, de un lado, la acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a jurisdicciones de fiscalidad reducida o nula, perjudicando a los territorios donde la empresa crea valor y realiza su actividad económica sustantiva (en inglés, *Base Erosion and Profit Shifting* o BEPS); de otro lado, la aprobación de nuevos estándares internacionales de intercambio automático de información sobre cuentas financieras entre las jurisdicciones fiscales (en inglés, *Common Reporting Standard* o CRS). El objetivo general de aquella reforma internacional es el de avanzar hacia la justicia fiscal mediante el reforzamiento del sistema de lucha contra el fraude y la evasión fiscales.

2. Estados, jurisdicciones fiscales no estatales y organizaciones internacionales se han comprometido a adoptar las medidas pertinentes para cumplir con esas reformas en varios planos: en las legislaciones y prácticas internas, y en relación con la celebración o aplicación de tratados y de otros instrumentos internacionales. Al haberse comprobado que la doble imposición incita al fraude y a la evasión fiscal, España ha asumido junto a una veintena de Estados miembros de la OCDE el compromiso político de mejorar la efectividad de sus convenios bilaterales de doble imposición (CDI), cuyos textos se basan, con carácter general, en el Modelo OCDE de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de 22 de julio de 2010 (en adelante, Modelo de Convenio OCDE)<sup>1</sup>. Se pretende llegar a un estándar mínimo en la resolución de controversias que perfeccione los procedimientos amistosos y, también, que incluya el arbitraje preceptivo y vinculante en los nuevos CDI o en enmiendas a los vigentes<sup>2</sup>. Como es sabido, los procedimientos amistosos y arbitrales están incluidos desde 2008 en el art. 25 del citado Modelo de Convenio OCDE que, como luego se dirá, tiene un carácter de *soft law*.

3. Estos procedimientos dan lugar a actos unilaterales, a acuerdos de aplicación de los CDI y, en algunos casos, a un sistema arbitral internacional de solución de controversias o a modos alternativos de resolución de litigios (conciliación, mediación, pericia, adjudicación, entre otros). No son procedimientos de Derecho interno sino de Derecho internacional y de Derecho de la Unión Europea (UE). En la fase pre-arbitral del procedimiento, la tramitación (inicio, legitimación, solicitud, desarrollo de actuaciones, terminación y ejecución) se resuelve según el Derecho de cada Estado porque deben intervenir las autoridades tributarias competentes, que adoptan actos internacionales jurídicamente relevantes. Si fuera necesario llegar a un acuerdo, los instrumentos concertados de aplicación de tratados se regulan en España como acuerdos internacionales administrativos y como acuerdos internacionales

<sup>1</sup> La última actualización es de 2014, versión en inglés disponible en <http://www.oecd.org>.

<sup>2</sup> Sobre este sector del Derecho internacional fiscal, véase el trabajo de PASTOR PALOMAR, A., SOLER TAPPA, E. y ESTEBAN, M., «Desarrollos recientes en el procedimiento amistoso y en el arbitraje de los convenios de doble imposición de España», *HSF Madrid E-Bulletin Procesal, ADR y Arbitraje*, 16 de febrero de 2017, disponible en <http://sites.herbertsmithfreehills.vutvarex.com/176/13418/landing-pages/022017-e-briefing-arbitraje-convenio-doble-imposicion-ap-me.pdf>.

no normativos o políticos. Sin embargo, la DA 5.<sup>a</sup> de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales (LTOAI)<sup>3</sup> ha querido excluir de su ámbito de aplicación a los «actos de aplicación de tratados internacionales para evitar la doble imposición y acuerdos sobre precios de transferencia». Como se verá en los siguientes apartados, esta exclusión del Derecho español de tratados es criticable porque no valora la auténtica naturaleza internacional de los procedimientos, porque no distingue los tipos de actos que encierran esos procedimientos, y porque no indica el régimen jurídico específico y alternativo. Así, el Derecho español tiene un serio desafío en la adaptación, a la LTOAI, al nuevo Derecho de la UE y a las pautas del nuevo sistema fiscal internacional, del Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa (Reglamento 2008 de procedimientos amistosos). En este sentido, esta norma interna se refiere de forma muy somera e inconcreta en su art. 10 a una comisión consultiva —no denominada arbitraje— cuando dicha comisión esté prevista en un CDI. Y en relación con el Convenio 40/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, de 23 de julio de 1990 (Convenio de Arbitraje de la UE de 1990)<sup>4</sup>, al que luego me referiré más en detalle, el Reglamento también contempla una comisión consultiva exclusivamente para los casos de doble imposición que tengan que ver con los beneficios de empresas asociadas<sup>5</sup>.

4. El presente trabajo se centra en la efectividad de los procedimientos de solución de controversias de unos CDI de España (87 en la práctica) que son tratados internacionales<sup>6</sup>, por lo que resulta inexcusable seguir un enfoque basado, principalmente, en el Derecho internacional público y en el Derecho español de tratados, sin descuidar la implicación en la materia del Derecho de la UE. Esta práctica convencional, peculiar por su compleja

<sup>3</sup> BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

<sup>4</sup> DO L núm. 225, de 20 de agosto de 1990.

<sup>5</sup> BOE núm. 278, de 18 de noviembre de 2008. Este Reglamento, modificado por última vez el 17 de noviembre de 2015 (Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 2015, que transpone la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre) desarrolla la DA 1.<sup>a</sup> del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004), según lo dispuesto en la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 2006). A su vez, el Reglamento 2008 de procedimientos amistosos se ve incidido por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según ha sido modificada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, en lo que se refiere a la suspensión del procedimiento de revisión regulado en el Título V de esa Ley, cuando se simultanee con un procedimiento amistoso (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003).

<sup>6</sup> Como reconoce claramente el Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 18 de mayo de 2005, en el FD 3, al describir la naturaleza, alcance y efectos de los CDI. El TS añade que los CDI poseen una eficacia completa, es decir, «no pueden ser interpretados mediante normas internas», lo que se corresponde con el art. 96.1 de la Constitución de 1978 y con el art. 28 de la LTOAI.

concepción internacional y por su tratamiento en el Derecho español, ha sido escasamente estudiada por los *iusinternacionalistas*, dejándola en manos de los fiscalistas<sup>7</sup>. Quede claro que no se profundiza en otras disciplinas relacionadas con el tema, como el Derecho fiscal, al destacarse aquí la significación de la LTOAI y del Derecho de tratados sobre los tratados y acuerdos internacionales pertinentes.

5. En el sistema internacional se está conformando una renovación de normas, de obligaciones —jurídicas y políticas—, y de estándares fiscales, surgidos a raíz de documentos programáticos de organizaciones internacionales que podrían caracterizarse dentro del Derecho blando o *soft law*. Así, en este tema también entra en juego ese otro plano normativo internacional. Por ejemplo, la OCDE califica como Derecho blando al *Plan de Acción BEPS*, y este ha tenido la capacidad de promover la adopción de instrumentos de Derecho duro (tratados como los CDI, acuerdos internacionales administrativos, directivas de la Unión Europea, y legislación tributaria nacional), y de compromisos de índole política.

6. La estructura del análisis es sencilla. En el apartado 2 se hará una presentación general del *Plan de Acción BEPS* y de los estándares CRS, iniciativas multilaterales que sirven para entender el contexto y alcance de lo que debe ser la aplicación práctica de los procedimientos de solución de controversias

<sup>7</sup> Entre los *iusinternacionalistas* destacan los trabajos de BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1976; y «Los convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional desde el punto de vista de la teoría general de los tratados internacionales», en VVAA, *Estudios de doble imposición internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980 (pp. 22-74). También, en relación con la DA 5.ª de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014, véase el trabajo de LÓPEZ ESCUDERO, M., «Disposición adicional quinta. Actos de aplicación de tratados internacionales para evitar la doble imposición y acuerdos sobre precios de transferencia», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2015, pp. 1011-1029.

Estos mecanismos de solución de controversias internacionales han sido trabajados normalmente por los fiscalistas, como, por ejemplo, SERRANO ANTÓN, F., «El procedimiento amistoso y el arbitraje en la fiscalidad internacional», en SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad internacional (2)*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2015, pp. 1383-1434; *La resolución de conflictos en el Derecho internacional tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*, Madrid, Civitas, 2012, y «La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el derecho comparado», *Crónica Tributaria*, vol. 114, 2005, pp. 141-174; LÓPEZ RIBAS, S., «Procedimientos amistosos en materia de imposición directa», *Crónica Tributaria*, vol. 131, 2009, pp. 35-78; PARDO CARMONA, M. y LÓPEZ RIBAS, S., «Comentarios sobre la regulación reglamentaria de los procedimientos amistosos en materia de imposición directa», *Impuestos*, 2009, núm. 4, pp. 11-36; PAGES I GALTÉS, J., «La interpretación en el procedimiento amistoso de los tratados de doble imposición», en SERRANO ANTÓN, F., SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H. (eds.), *Fiscalidad y Globalización*, Madrid, Aranzadi, 2012, pp. 843-879. Desde una perspectiva general de la aplicación e interpretación de los CDI, pueden destacarse las obras de GARCÍA NOVOA, C., «La Convención de Viena y la interpretación de los convenios de doble imposición», y de RIBES RIBES, A., «Relatoría nacional de España», en SERRANO ANTÓN, F., SIMÓN ACOSTA, E. y TAVEIRA TORRES, H. (eds.), *Fiscalidad y Globalización*, Madrid, Aranzadi, 2012, pp. 757-786 y pp. 373-396; HORTALÁ I VALLVÉ, J., *Comentarios a la red española de convenios de doble imposición*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 767-794; RIBES RIBES, A., *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Madrid, Edersa, 2003.

de doble imposición. Los elementos compositivos de estos procedimientos constituyen el núcleo de la investigación; por ello, los elementos concertados o acuerdos amistosos serán abordados en el apartado 3, y el elemento arbitral se estudiará en el apartado 4. Se comparará su regulación en los textos de los CDI celebrados por España y se valorará su naturaleza jurídica, cuestión discutida por la doctrina, equívoca para los operadores jurídicos y fundamental para garantizar su efectividad.

## 2. DOS PILARES PARA LA MEJORA DEL SISTEMA FISCAL INTERNACIONAL

### 2.1. Plan de Acción BEPS y Directiva UE contra la elusión fiscal

7. Respecto al primer pilar de la reforma, la OCDE y el G20 iniciaron en 2013 un *Plan de Acción BEPS*, cuyos informes finales se presentaron en 2015 con un paquete de 15 medidas que incluyen, de mayor a menor grado de cooperación entre jurisdicciones fiscales: estándares mínimos de cumplimiento, estrategias comunes y directrices de buenas prácticas<sup>8</sup>. Los objetivos prioritarios son la mejora del funcionamiento de los mecanismos internacionales de cooperación, la adaptación a los cambios en un entorno empresarial global y digital, la lucha contra la evasión fiscal, y la prevención contra la adopción de medidas fiscales unilaterales y descoordinadas<sup>9</sup>. Ejemplo claro de descoordinación es el de la doble exención, o una imposición inferior a la ordinaria, como resultado de la aplicación de diferentes normas nacionales o de un CDI.

8. El objeto concreto de este trabajo está incluido en las acciones 14 y 15, que se refieren a la aplicación de los mecanismos especiales de solución amistosa de conflictos de doble imposición, surgidos entre las Administraciones tributarias cuando cualquiera de ellas produce imposiciones al obligado tributario no conformes con los CDI. Sabido es que los interesados critican de estos procedimientos su complejidad procesal, su coste económico, y su frecuente ineficacia en los resultados.

9. Además, este tema es de la máxima actualidad pues los más de 3.500 CDI existentes en la sociedad internacional podrían adaptarse a estas medidas *BEPS*, sirviéndose de las disposiciones de una innovadora *Convención*

<sup>8</sup> Véase OCDE, *Proyecto BEPS. Nota explicativa: Informes finales 2015*, París, Ediciones OCDE, 2016.

<sup>9</sup> GRINBERG, I. y PAUWELYN, J., «The emergence of a new international tax regime: The OECD's package on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)», *ASIL Insights*, vol. 19, 2015, núm. 24, pp. 1-5. También, SERRANO ANTÓN, F., «El informe sobre erosión de bases imponibles y traslación de beneficios de la OCDE: origen e implementación en un marco internacional y globalizado», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, vol. 72, 2014, pp. 45-70; y desde una perspectiva española, véase el trabajo del mismo autor titulado, «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales», *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, vol. 391, 2015, pp. 77-110.

*multilateral para adoptar las medidas de prevención de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*; auténtico tratado internacional en el sentido del Derecho internacional general, que fue adoptado el 24 de noviembre de 2016 y cuya firma solemne se produjo en París el 7 de junio de 2017 (en adelante, *Convención BEPS 2016*)<sup>10</sup>. Como se verá más adelante, con este instrumento la solución del arbitraje fiscal internacional va ganando terreno, sobre todo, entre los Estados más prósperos de la OCDE y del G-20.

10. Al ser España un Estado miembro de la UE, debe precisarse que la intervención del Derecho de la UE en materia de fiscalidad directa e indirecta tiene como principal objetivo la armonización de los Derechos tributarios nacionales que puedan distorsionar el proceso de integración; es el caso de una doble imposición que afecte a los principios del mercado único<sup>11</sup>. Los Estados miembros poseen la competencia para la celebración y aplicación de los CDI y, por ello, España mantiene vigentes estos tratados con todos los miembros de la UE, salvo con Dinamarca que denunció el instrumento bilateral<sup>12</sup>. Obviamente, estos CDI de los Estados miembros deben respetar el Derecho de la UE<sup>13</sup>.

11. En efecto, la UE también actúa en este ámbito y ha presentado su propio plan de acción que ayude a la puesta en marcha del *Plan de Acción BEPS*, a través de la *Comunicación de la Comisión Europea* al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 de junio de 2015, relativa a *un sistema de imposición de las sociedades justo y eficaz en la Unión Europea: cinco ámbitos de actuación fundamentales*<sup>14</sup>. Asimismo, sobre la base del art. 115 del TFUE, la

<sup>10</sup> El texto de la Convención e información complementaria sobre la misma pueden consultarse en el sitio web de la OCDE <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>.

<sup>11</sup> Véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «El derecho fiscal comunitario», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), Madrid, McGraw Hill, 2000, pp. 251-266. También, más recientemente, HERRERA MOLINA, P. M., «Los convenios de doble imposición ante las libertades de la UE (análisis de la jurisprudencia del TJUE)», en SERRANO ANTÓN, F., *op. cit.*, nota 7, pp. 1617-1643. En las *Conclusiones del Consejo sobre la erosión de la base imponible y traslado de beneficios*, de 8 de diciembre de 2015, se reconoció que «es preciso examinar los mecanismos de resolución de litigios vigentes (de doble imposición) para aumentar la seguridad jurídica de las empresas de la UE», disponibles aquí <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/12/08-ecofin-conclusions-corporate-taxation/>.

<sup>12</sup> Un listado de los CDI vigentes de España puede encontrarse en los sitios web del Ministerio de Hacienda y Función Pública y de la Agencia Tributaria. La dirección del MHFP es [http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI\\_Alfa.aspx](http://www.minhafp.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/Normativa/CDI/Paginas/CDI_Alfa.aspx). La denuncia del CDI de 3 de julio de 1972 entre España y Dinamarca, *BOE* núm. 24, de 28 de enero de 1974, así como del Protocolo modificativo de 17 de marzo de 1999, *BOE* núm. 118, de 17 de mayo de 2000, produce efectos desde el 1 de enero de 2009, *BOE* núm. 279, de 19 de noviembre de 2008.

<sup>13</sup> Sobre el tema, véase DE VICENTE-TUTOR RODRÍGUEZ, M., «Convenios de doble imposición y Derecho comunitario», *Instituto de Estudios Fiscales*, vol. 4, 2007, pp. 343-354. También, MAGRANER MORENO, F. J., «La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro», *Crónica Tributaria*, vol. 137, 2010, pp. 171-197; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *La doble imposición internacional en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2002.

<sup>14</sup> COM (2015) 302 final, disponible en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/ES/1-2015-302-ES-F1-1.PDF>. La COM (2015) 302 final, de 17 de junio, se completa con la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el establecimiento de un sistema de imposición de las sociedades equitativo, competitivo y estable para la UE*, COM (2016) 682 final, de 25 de octubre;

UE ha adoptado distintas directivas con vistas a garantizar un sistema fiscal más armonizado, competitivo y equitativo, en concreto: la *Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros*<sup>15</sup>, la *Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*<sup>16</sup>, y la *Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (Directiva UE contra la elusión fiscal)*<sup>17</sup>. Esta última Directiva UE contra la elusión fiscal forma parte del paquete de lucha contra la elusión fiscal presentado por la Comisión el 28 de enero de 2016<sup>18</sup>. Recientemente se ha propuesto la modificación de la misma Directiva en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, pues su texto solo contemplaba los mecanismos híbridos asimétricos producidos por la interacción entre los regímenes del impuesto de sociedades de los Estados miembros<sup>19</sup>.

así como por las *Conclusiones del Consejo* sobre el mismo tema, de 6 de diciembre de 2016. En este marco, también debe mencionarse el *Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas*, adoptado por el Consejo el 1 de diciembre de 1997, que —sin ser jurídicamente vinculante— supone la asunción de compromisos políticos por los Estados miembros en el seno del Consejo en orden a derogar las medidas fiscales vigentes que constituyen competencia fiscal perniciosa, así como a abstenerse de promulgar nuevas medidas de este tipo en el futuro. El Código fue adoptado formalmente como Conclusiones del Consejo ECOFIN, de 1 de diciembre de 1997, sobre política fiscal, cuyo Anexo 1 contiene la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas. *Fiscalidad del Ahorro*, DO C núm. 2, de 6 de enero de 1998.

<sup>15</sup> DO L núm. 157, de 26 de junio de 2003.

<sup>16</sup> DO L núm. 345, de 29 de diciembre de 2011, modificada por la Directiva 2013/13/UE del Consejo, de 13 de mayo (DO L núm. 141, de 28 de mayo de 2013), por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio (DO L núm. 219, de 25 de julio de 2014), y por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero (DO L núm. 21, de 28 de enero de 2015).

<sup>17</sup> DO L núm. 193, de 19 de julio de 2016. Véase el comentario de CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A., «La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BESP?», *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, vol. 407, 2017, pp. 5-56.

<sup>18</sup> Compuesto además por la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE*, de 28 de enero de 2016, COM (2016) 23 final. También, el paquete de lucha contra la elusión fiscal incluye una *Recomendación de la Comisión sobre la aplicación de las medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales*, C (2016) 271 final, esto es el *treaty shopping*; y, en materia de transparencia e información fiscal, está la *Directiva 2016/881/UE del Consejo (DO L núm. 146, de 3 de junio de 2016)*, que modifica la *Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad*. Finalmente, el paquete lleva la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre estrategia exterior para una imposición efectiva*, COM (2016) 24 final, que aboga por una buena gobernanza aumentando la transparencia fiscal y prestando mayor atención a los países en desarrollo.

Véase, sobre el paquete anti-elusión de la UE, CALDERÓN CARRERO, J. M., «La dimensión europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016», *Quincena Fiscal*, vol. 76, 2016, pp. 119-154.

<sup>19</sup> El 29 de mayo de 2017 el Consejo adoptó la Directiva sobre asimetrías híbridas con terceros países, que completa la acción BEPS aplicada por la UE. Las situaciones de asimetría híbridas se derivan de dobles deducciones, de conflictos en la calificación de los instrumentos financieros, de pagos y entidades o en la atribución de los pagos. Se trata de que el Estado miembro deniegue la deducción

12. Y debe mencionarse la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a los mecanismos de resolución de los litigios de doble imposición en la UE* (Propuesta de Directiva sobre litigios de doble imposición), que está en fase de tramitación. Según este acto normativo, los mecanismos previstos en los CDI «no permiten resolver plenamente la doble imposición de manera oportuna en todos los casos», y el *Convenio de Arbitraje de la UE*, «tiene un ámbito de aplicación más limitado, ya que solo se aplica a los litigios en materia de precios de transferencia y de atribución de beneficios a los establecimientos permanentes»<sup>20</sup>. La Propuesta de Directiva establece un procedimiento amistoso, que incluye el arbitraje y otros mecanismos de solución alternativos, para los litigios de doble imposición derivados de la interpretación o aplicación de los CDI celebrados entre los Estados miembros, y surgidas del Convenio de Arbitraje de la UE.

## 2.2. Estándar Común de Información

13. El segundo pilar de la reforma del sistema fiscal internacional es el de la aprobación por el Consejo de la OCDE, el 15 de julio de 2014, del CRS o estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras<sup>21</sup>. La cooperación administrativa en materia de intercambio de información resulta fundamental para la comprobación de la situación tributaria, así como para la efectividad de los CDI.

14. Por ello, el Modelo de Convenio OCDE contiene un artículo relativo al intercambio de información, al igual que los CDI celebrados por España, lo que resulta compatible con la asunción de otras obligaciones internacionales complementarias. De este modo, el CRS define el tipo de información financiera intercambiable, las instituciones y los contribuyentes implicados, las cuentas relevantes, así como los procedimientos de diligencia razonables que esas instituciones deben seguir<sup>22</sup>.

15. Uno de los resultados más relevantes del CRS ha sido el *Acuerdo multilateral entre autoridades competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras*, de 20 de octubre de 2014 (Acuerdo CRS 2014)<sup>23</sup>. España lo tramitó como un acuerdo internacional administrativo,

---

de un pago, unos gastos o unas pérdidas, u obligue al contribuyente a incluir el pago en su renta imponible, según sea adecuado.

<sup>20</sup> COM (2016) 686 final, de 25 de octubre, considerando 3, y acuerdo del Consejo, previo al dictamen del Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2017 (9420/17). También, el dictamen favorable del Comité Económico y Social Europeo sobre esta Propuesta de Directiva, de 22 de febrero de 2017, reconoce la necesidad de mejora de los procedimientos amistosos de los CDI y del Convenio de Arbitraje de la UE, DO C núm. 173, de 31 de mayo de 2017.

<sup>21</sup> OCDE, *Common Reporting Standard (CRS)*, OECD Council, 15 de julio de 2014, disponible en <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/common-reporting-standard/>.

<sup>22</sup> Véase OCDE, *Estándar para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras*, París, Ediciones OCDE, 2017.

<sup>23</sup> BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2015.

según consta en el acuerdo de toma de conocimiento del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015. Ello se debe a la doble cobertura, formal y material, que ofrecen el *Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*, de 25 de enero de 1988 (Convenio de 1988)<sup>24</sup>, y el *Protocolo de enmienda* de 27 de mayo de 2010<sup>25</sup>. Además, España ha presentado una declaración unilateral, de conformidad con el art. 6 del Convenio de 1988, por la que se compromete al intercambio de información desde septiembre de 2017, respecto de información referida a 2016, y siempre que otras jurisdicciones hubiesen formulado declaraciones similares; por ejemplo, contemplando la potencial conflictividad en esta materia derivada del *Brexit*, es el caso del Reino Unido y de Gibraltar. En efecto, otras jurisdicciones fijan esa fecha en septiembre de 2018. Con estos instrumentos se sigue el modelo FATCA con Estados Unidos, materializado en el *Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA o Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras)*, de 14 de mayo de 2013<sup>26</sup>.

16. En el Derecho de la UE se aplica la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad<sup>27</sup>, que ha sido modificada por lo que se conoce como el CRS de la UE, esto es, la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre<sup>28</sup>.

17. La transposición en España del Acuerdo CRS 2014 y de la Directiva 2014/107 se ha realizado mediante el Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre, por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> BOE núm. 270, de 8 de noviembre de 2010.

<sup>25</sup> BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2012.

<sup>26</sup> BOE núm. 159, de 1 de julio de 2014.

<sup>27</sup> DO L núm. 64, de 11 de marzo de 2011.

<sup>28</sup> DO L núm. 359, de 16 de diciembre de 2014. Sobre esta Directiva 2014/107, véanse los comentarios de MARTOS BELMONTE, P., «El nuevo estándar global de intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE (CRS): estructura y funcionamiento. Aplicación del mismo en la UE: Directiva 2014/107 del Consejo de 9 de diciembre de 2014», *Crónica Tributaria*, vol. 159, 2016, pp. 103-130. Además, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2015/2376 del Consejo, de 8 de diciembre (DO L núm. 332, de 18 de diciembre de 2015), en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, y que contempla los controvertidos acuerdos tributarios previos entre Estados y empresas o contribuyentes específicos; la Directiva 2016/881 del Consejo, de 25 de mayo (DO L núm. 146, de 3 de junio de 2016); y la Directiva 2016/2258, de 6 de diciembre (DO L núm. 342, de 16 de diciembre de 2016), en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales.

<sup>29</sup> BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 2015.

### 3. LOS ACUERDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS DE LOS CDI DE ESPAÑA

#### 3.1. El objeto y los diferentes elementos de los procedimientos amistosos

18. Partiendo de que un CDI pretende eliminar la doble imposición, prevenir la evasión fiscal y distribuir las potestades tributarias en orden a gravar una renta, el objeto de los procedimientos amistosos es la resolución de una controversia de doble imposición jurídica o económica. Según la OCDE, «la doble imposición jurídica internacional puede definirse como la aplicación de impuestos sobre la renta en dos (o más) Estados sobre un mismo contribuyente y una misma renta»<sup>30</sup>. Casos típicos son los de una empresa residente en España (Estado de residencia) que obtiene rentas situadas en México (Estado de la fuente), y los dos Estados someten esas rentas a imposición; o el de una persona física o una empresa respecto de la que dos Estados convenidos (el CDI de España y México, por ejemplo) entienden con base en sus respectivas legislaciones nacionales que reside o que posee un establecimiento permanente en su territorio. Y la OCDE considera que «la doble imposición económica hace referencia a la inclusión de la misma renta por la administración tributaria de más de un Estado en la base imponible de contribuyentes distintos»<sup>31</sup>. Suele suceder en los casos de precios de transferencia (art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE); es decir, los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios, a empresas asociadas. Sobre estos precios convenidos entre empresas asociadas, las jurisdicciones tributarias practican ajustes de los beneficios imponibles (teniendo en cuenta la plena competencia, es decir, el valor de mercado y las operaciones entre partes independientes en relación, por ejemplo, con intereses sobre préstamos) que, si no son ajustes correlativos, dan lugar a que el grupo multinacional tribute dos veces por una misma renta.

19. La doble imposición por los precios de transferencia puede resolverse mediante el procedimiento amistoso previsto en el respectivo CDI, y prevenirse mediante los acuerdos previos sobre precios de transferencia. Estos acuerdos internacionales pueden suscribirse entre el contribuyente y la Administración fiscal, o entre la Administración fiscal del Estado de residencia de la empresa y la Administración fiscal del otro Estado. En ambos casos el fin es regular —antes de realizar la transacción objeto del ajuste— los criterios de determinación de esos precios y, de esta manera, que el contribuyente pueda adaptarse a ellos y evitar posibles casos de doble imposición<sup>32</sup>. Resulta

<sup>30</sup> OCDE, *Manual para la aplicación efectiva del procedimiento amistoso*, París, Ediciones OCDE, 2007, p. 10.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 10. Véanse las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, París, Ediciones OCDE, 2010.

<sup>32</sup> Véase HERNÁNDEZ VÁZQUEZ, O. y JUSTO ALONSO, A., «Precios de transferencia», *Cuadernos de Formación*, Instituto de Estudios Fiscales, vol. 15, 2012, pp. 51-63; y sobre la naturaleza de estos acuer-

criticable que la DA 5.<sup>a</sup> de la LTOAI haya excluido de su aplicación tanto a los acuerdos de los procedimientos amistosos como a estos acuerdos previos sobre precios de transferencia, como si no fuesen actos concertados de aplicación de un tratado internacional. En los párrafos que siguen se sostiene que la redacción de esa DA 5.<sup>a</sup> debía haber establecido la especificidad de estos acuerdos, evitando una exclusión absoluta del Derecho de tratados, y mencionando la legislación nacional aplicable como *lex specialis*<sup>33</sup>.

20. Ya se ha dicho que los procedimientos amistosos tienen naturaleza jurídica internacional, y esto es así en todos sus componentes. El Derecho internacional (el CDI u otro tipo de tratado) fija los elementos básicos y el alcance del procedimiento amistoso, y cada Derecho interno regula la aplicación efectiva por las autoridades tributarias competentes<sup>34</sup>. Además de las controversias de doble imposición, los procedimientos amistosos comprenden acuerdos generales de interpretación o aplicación de los CDI, e incluso prevén consultas y acuerdos en los casos no previstos en los CDI que podrían caracterizarse como acuerdos de enmienda de estos.

21. En efecto, la mejora de la efectividad de los procedimientos de solución de conflictos de doble imposición implica que las jurisdicciones fiscales determinen su verdadera naturaleza y que, consecuentemente, distingan sus elementos compositivos, sobre la base del art. 25 del Modelo de Convenio de la OCDE, a saber:

— Primero, se prevén una serie de acuerdos amistosos entre las autoridades competentes: el acuerdo sobre la imposición no conforme al CDI (párrs. 1 y 2 del art. 25), en el marco del procedimiento amistoso sobre la imposición no conforme. El acuerdo de interpretación o de aplicación de un CDI (párr. 3 del art. 25), que surge del procedimiento amistoso interpretativo. Y el acuerdo para la eliminación de la doble imposición en un caso no previsto en el CDI (párr. 3 del art. 25), que se vincula también al procedimiento amistoso sobre la imposición no conforme.

— Segundo, se dispone el posible establecimiento de una comisión mixta como órgano de comunicación entre las autoridades competentes.

— Tercero y último, se contempla un procedimiento arbitral suplementario y complementario de la fase concertada o de los acuerdos amistosos.

22. Veamos todos estos elementos de los procedimientos amistosos regulados en los CDI de España, teniendo en cuenta tanto el Derecho internacional como el Derecho español.

---

dos previos, véase LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, nota 7, pp. 1028-1029, para quien aquellos son meras prácticas administrativas.

<sup>33</sup> Los acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas o entidades vinculadas se regulan en el capítulo VII, arts. 21-36, del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, *BOE* núm. 165, de 11 de julio de 2015.

<sup>34</sup> En este sentido se pronuncia SERRANO ANTÓN, F., en «El procedimiento amistoso y el arbitraje en la fiscalidad internacional», *op. cit.*, nota 7, p. 1393, cuando afirma que «el procedimiento amistoso no es sino un procedimiento especial incluido en un convenio internacional y desarrollado habitualmente en el marco de la legislación interna de cada Estado».

### 3.2. El acto unilateral previo y el acuerdo entre autoridades competentes sobre la imposición no conforme al CDI

23. En el procedimiento amistoso participan el contribuyente junto a las autoridades competentes de los dos Estados. En España, el art. 3 del Reglamento 2008 de procedimientos amistosos se refiere al derecho de los obligados tributarios a iniciar los procedimientos. Ahora bien, el arreglo amistoso es principalmente interestatal o interadministrativo, con una participación indirecta del contribuyente (entrega de información adecuada a la autoridad competente, cooperación en el procedimiento, y exposición a la autoridad competente, verbalmente o por escrito, del tipo de solución pretendida). La solución depende de las autoridades competentes de los dos Estados, preservándose su soberanía fiscal, salvo si se puede aplicar el arbitraje a instancia del contribuyente en las condiciones previstas en el tratado internacional. El contribuyente podrá también interponer recursos internos en cada Estado, tras la adopción de la medida por la Administración tributaria o una vez denegada su reclamación contra aquella<sup>35</sup>.

24. En la *primera fase* del procedimiento amistoso, el contribuyente presenta su caso ante la autoridad competente dentro del plazo de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida administrativa. Esta autoridad puede resolver unilateralmente la reclamación mediante un acto de carácter singular por su objeto y por su confidencialidad, pues afecta al interés de un particular; por ejemplo, la reclamación podría versar sobre un error material acerca de la residencia fiscal del contribuyente, lo que incide en el concepto de residente previsto en el CDI. Según el Derecho internacional general, estos actos unilaterales de aplicación de un tratado son convencionales por naturaleza, ya que su valor y sus efectos dependen del tratado del que emanan. Puesto que la eficacia de la primera fase del procedimiento amistoso se encuentra en el Derecho internacional convencional, en la LTOAI debería haberse incluido una disposición que previera su especificidad, no su exclusión del Derecho español de tratados. De esta manera, se exceptuaría la aplicación del art. 24 de la LTOAI que prevé la publicación en el *BOE* de «los actos unilaterales dependientes del tratado». Además, el Derecho tributario nacional que regule el procedimiento amistoso deberá respetar el principio de que el Derecho internacional se rige por sus propias reglas, a las que indudablemente se conforma el Derecho español de tratados. El acto unilateral resolutorio no es autónomo, pues no crea nuevas obligaciones y derechos, sino que se funda en el CDI. A estos efectos, el CDI se interpretará con las reglas del art. 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados (Convención de Viena de 1969)<sup>36</sup>; también, se fundará en el Derecho nacional si este responde al CDI.

---

<sup>35</sup> La DA 21 de la Ley General Tributaria estipula que en caso de que «se simultanee un procedimiento amistoso en materia de imposición directa previsto en los convenios o tratados internacionales con un procedimiento de revisión de los regulados en el Título V de esta Ley, se suspenderá este último hasta que finalice el procedimiento amistoso».

<sup>36</sup> Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969, *BOE* núm. 142, de 13 de junio de 1980.

De cualquier manera, para el Derecho internacional general ese acto unilateral convencional será obligatorio jurídicamente por su contenido y por las circunstancias de su adopción; además, con base en los principios internacionales de la buena fe y de la confianza recíproca, producirá unos efectos para el contribuyente que impedirán que la autoridad competente vuelva contra su propio acto (*estoppel*) arbitrariamente, por ejemplo, revocándolo<sup>37</sup>. El acto unilateral incoado —ya que al menos la autoridad competente verifica la fundamentación de la reclamación y decide que su solución no será satisfactoria—<sup>38</sup>, puede considerarse una práctica de Derecho internacional atribuible a un Estado, regulada en el art. 31.3.b) de la Convención de 1969 como medio de interpretación auténtica y ulterior del CDI, a condición de que esa práctica contribuya a la segunda fase del procedimiento, esto es, al acuerdo sobre imposición no conforme<sup>39</sup>, e incluso al acuerdo de interpretación de las partes. La solución unilateral potencial no es el acuerdo, pero debe contribuir a él. Esta concepción de la práctica ulterior de un tratado ha sido reconocida por la Comisión de Derecho Internacional<sup>40</sup>, y va en línea con el *Plan de Acción BEPS* pues, como veremos a continuación, ofrece coherencia a la naturaleza de todos los elementos del procedimiento amistoso.

25. En efecto, en caso de que esa autoridad competente no esté en condiciones de adoptar una solución satisfactoria, por sí misma, se abre la *segunda fase* del procedimiento, pues esta podrá acudir a la autoridad competente del otro Estado parte para tratar de alcanzar un acuerdo amistoso de solución

<sup>37</sup> El art. 26 de la Convención de 1969 dispone el *pacta sunt servanda*, esto es, que «todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». La OCDE, en el *Manual para la aplicación efectiva del procedimiento amistoso*, *op. cit.*, nota 29, p. 14, expresa así el valor de esta práctica: «En la resolución de los PROCAMIS, las conversaciones entre autoridades competentes deben estar bien fundamentadas, ser justas y objetivas, analizando cada caso en función de sus propias circunstancias y no de los resultados alcanzados en la resolución de otros casos [...]. Como parte de este criterio bien fundamentado para la resolución de los PROCAMIS, las autoridades competentes deben ser coherentes en sus posiciones, aplicar el principio de reciprocidad y no variar de criterio en cada caso, dependiendo de la postura que genere mayor recaudación».

<sup>38</sup> En este sentido, el art. 8 del Reglamento de 2008 sobre procedimientos amistosos regula la admisión motivada del inicio de las actuaciones.

<sup>39</sup> Según el Modelo de Convenio OCDE, de la primera a la segunda fase se pasa cuando la autoridad competente entiende que la reclamación está fundada y que ella no puede «adoptar una solución satisfactoria». Esto no significa que su postura unilateral no pueda llegar a conformar un acuerdo bilateral.

<sup>40</sup> Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados, A/CN.4/660, 19 de marzo de 2013, párrs. 121-123, que dicen así: «Los tribunales internacionales han reconocido que el comportamiento de autoridades secundarias o incluso de otros agentes puede ser también (además de los funcionarios de alto nivel en el sentido del art. 7 de la Convención de Viena de 1969) un comportamiento ulterior pertinente para la interpretación de un tratado [...] cuando en el plano internacional se considere que estos son responsables de la aplicación del tratado. [...] en el laudo relativo al *régimen fiscal de las pensiones abonadas a los funcionarios jubilados de la UNESCO residentes en Francia*, el Tribunal de Arbitraje aceptó en principio que la práctica de la administración fiscal francesa de no recaudar impuestos sobre las pensiones de los empleados jubilados de la UNESCO era una práctica ulterior pertinente, aunque finalmente consideró que eran decisivos algunos pronunciamientos oficiales de una autoridad superior, a saber, el Gobierno de Francia». El arbitraje se refiere al asunto *Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France*, Laudo de 14 de enero de 2003, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXV, p. 257, párr. 66.

del litigio. La obligación de pactar de las autoridades tributarias es de comportamiento, no de resultado. Una parte de la doctrina entiende que estos acuerdos sobre la imposición no conforme son puras actuaciones administrativas de aplicación de un CDI<sup>41</sup>. En mi opinión, los acuerdos sobre imposición no conforme son uno de los medios de interpretación del art. 31.3.a) de la Convención de Viena de 1969, y poseen una naturaleza análoga a la de los acuerdos internacionales administrativos regulados en el art. 2.b) y en el Título III de la LTOAI, pues cuentan con una cobertura material y formal en el CDI previo. El problema de caracterizarlos así radica en que la LTOAI exige una tramitación ante el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (art. 39) y una publicación de todos estos acuerdos internacionales administrativos (art. 41), mientras que estos acuerdos tributarios no se adecuan a esos trámites de los acuerdos internacionales administrativos, pues se maneja información confidencial y concreta relativa a un contribuyente, a la vez que se exige la aceptación o rechazo del acuerdo por el contribuyente<sup>42</sup>. La confidencialidad y la afectación particular no impiden que los acuerdos amistosos sobre imposición no conforme sean considerados como acuerdos internacionales administrativos especiales, pues el art. 40 de la LTOAI afirma que «los signatarios tendrán autonomía para decidir el procedimiento (de tramitación) que habrá de respetar lo establecido en el tratado que le dé cobertura»<sup>43</sup>. En el art. 14 del Reglamento de 2008 sobre procedimientos amistosos se precisa que el acuerdo se formaliza en un intercambio de cartas entre autoridades competentes que adquirirá firmeza con la aceptación expresa del obligado tributario. Este art. 40 de la LTOAI tendría que ser leído conjuntamente con la DA 5.<sup>a</sup> de la misma LTOAI. Y la disposición debería ser redactada, según proponemos, estableciendo la especialidad de estos acuerdos amistosos derivados de los CDI.

26. Los acuerdos amistosos de solución de la imposición no conforme que, en cualquier caso, serían acuerdos internacionales de ejecución de un tratado y que, en España, se caracterizarían como acuerdos internacionales administrativos especiales, forman parte de la estructura jurídica del tratado como elementos de interpretación y aplicación. Su valor internacional y en la legislación nacional se deriva del CDI relevante. Cabe plantearse, en conse-

<sup>41</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, nota 7, p. 1022.

<sup>42</sup> Véase el art. 14 del Reglamento de 2008 sobre procedimientos amistosos. Sin embargo, el contribuyente no participa en la negociación del acuerdo entre las autoridades competentes. Si el contribuyente rechazara el acuerdo podrá seguir otras vías de reparación que le ofrezca el Derecho interno.

<sup>43</sup> A los efectos de la definición de los procedimientos amistosos, junto a los CDI habrá que tener en cuenta los documentos relevantes de la OCDE, como los *Comentarios* al Modelo de Convenio de la OCDE y las *Directrices* de la OCDE sobre precios de transferencia. Según el art. 31 de la Convención de 1969 y el art. 35 de la LTOAI, estos documentos no poseen valor normativo o interpretativo autónomo, pero son de gran ayuda para el intérprete de los CDI. Sobre el tema, véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Art. 35. Reglas de interpretación», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 7, pp. 722-723. También, GRAGEDA NÚÑEZ, E., «La interpretación de los tratados para evitar la doble tributación, el modelo de la OCDE y sus comentarios», *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 1, 2013, núm. 1, pp. 51-75; y ENGELEN, F. A., *Interpretation of tax treaties under international law*, Amsterdam, IBFD Publications BV, 2004.

cuencia, si estos acuerdos constituyen un precedente internacional. Por principio, este tipo de práctica internacional unilateral o multilateral debe ser coherente —no coincidente— en sus resultados, lo que implica en este caso que se conozca por los operadores jurídicos, incluidos los jueces nacionales y las autoridades tributarias competentes, que deberán respetar su valor jurídico internacional, así como el carácter secreto de la información contenida en los acuerdos. Sin embargo, la OCDE deja claro que los acuerdos de solución no constituyen un precedente para el contribuyente ni para las administraciones tributarias<sup>44</sup>. Este es un rasgo más de las peculiaridades de esta práctica internacional. No debe sorprender este relativismo que también se produce en la práctica arbitral en materia de inversión extranjera, donde puede hablarse de una jurisprudencia arbitral con efectos suasorios y no vinculantes<sup>45</sup>.

27. Lo que sí es un precedente para la práctica posterior es el acuerdo de interpretación o de aplicación del CDI, que debe tramitarse en España como un acuerdo internacional administrativo, y que según algunos CDI puede dar lugar a una comisión consultiva de las autoridades competentes, distinta de la comisión arbitral que debe ser independiente de aquellas. Veamos, a continuación, este otro tipo de acuerdos constitutivos del procedimiento amistoso interpretativo.

### 3.3. El acuerdo de interpretación o de aplicación del CDI

28. El objeto de este acuerdo debe ser un problema general del texto del CDI que requiera clarificación o interpretación a favor de un conjunto de contribuyentes, no de un contribuyente en particular. El contribuyente no interviene en el procedimiento. Por ejemplo, sería el caso de un problema en la definición de un término del CDI. La doctrina española caracteriza estos instrumentos como acuerdos ulteriores en el sentido del art. 31.3.a) de la Convención de Viena de 1969 que, en el Derecho español pueden encajar en la figura de los acuerdos internacionales administrativos de la LTOAI<sup>46</sup>. En España esta calificación comporta la publicación oficial de los acuerdos (art. 41 de la LTOAI), lo que para la OCDE «mejoraría el procedimiento y resolvería por anticipado controversias futuras»<sup>47</sup>. Con la publicación oficial, estos acuerdos pasarían a formar parte del ordenamiento interno

<sup>44</sup> OCDE, *op. cit.*, nota 29, p. 35.

<sup>45</sup> Sobre el tema, véase PASTOR PALOMAR, A., «Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI, con especial referencia a los casos contra Argentina», en FERNÁNDEZ LIESA, C., *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Madrid, Civitas, 2009, pp. 245-262.

<sup>46</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., *op. cit.*, nota 7, pp. 1025-1026. Para este autor, la exclusión de estos acuerdos amistosos del régimen de la LTOAI no es adecuada «ya que contribuye a mantener la confusión sobre su naturaleza y efectos». Por tanto, este profesor considera que la mejor caracterización sería la de «tratados internacionales [...] de los que derivan obligaciones y derechos no solo para las administraciones tributarias nacionales que los concluyen, sino también para los contribuyentes» o, al menos, la de «acuerdos internacionales administrativos», lo que garantizaría su publicación oficial en España y su consecuente aplicación por los operadores jurídicos.

<sup>47</sup> OCDE, *op. cit.*, nota 29, p. 13.

español (art. 41.4 de la LTOAI). Y según el art. 35.4 de la LTOAI sus disposiciones «se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan». Además, en tanto que acuerdos internacionales de ejecución de un tratado, su relación aplicativa con el Derecho interno debe ser la misma que tenga el tratado de cobertura, es decir, rigen por analogía los arts. 28 (eficacia), 29 (observancia), 30 (ejecución) y 31 (prevalencia), teniendo que realizar el operador jurídico nacional un control de la convencionalidad del acuerdo administrativo respecto de dicho tratado. En caso de que dicho operador encuentre una disparidad formal y/o material entre los dos instrumentos, la solución más lógica sería la del art. 35.4 de la LTOAI, esto es, que el órgano nacional aplique el tratado o que interprete el acuerdo de conformidad con el tratado porque, además, el acuerdo puede contener una disposición que así lo exija<sup>48</sup>.

29. La práctica de España sobre la caracterización y tramitación de estos acuerdos ha sido errática y dispar. Unos se han publicado en el *BOE* acertadamente y anticipando la regulación del art. 41 de la LTOAI<sup>49</sup>, otros aparecen como órdenes ministeriales<sup>50</sup>, mientras que otros solo constan en el sitio *web* del Ministerio de Hacienda<sup>51</sup>. El nuevo régimen de la LTOAI permite la mejora de esta práctica con la posible adopción de soluciones uniformes y coherentes, como pretende la OCDE.

30. Por mi parte, coincido en esa caracterización como acuerdos internacionales administrativos de la LTOAI<sup>52</sup> y, una vez más, se reitera que ello debía haberse reflejado en la DA 5.<sup>a</sup> Habría que añadir que esa será la naturaleza siempre que los acuerdos amistosos de interpretación no contengan en su texto una enmienda al CDI, como sucede con el siguiente tipo de acuerdo para casos de doble imposición no previstos en el CDI.

---

<sup>48</sup> Véase, sobre este tipo de problemas aplicativos, el trabajo de PASTOR PALOMAR, A., «La Ley 25/2014 de tratados y otros acuerdos internacionales: examen para jueces y abogados», en PASTOR PALOMAR, A. (dir.), *Temas relevantes de Derecho internacional público ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2016, esp. pp. 16-29, p. 23. El autor comenta que esta es la solución adoptada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20, 22 y 29 de junio de 2011, con ocasión de la vinculación del Acuerdo complementario de 28 de febrero de 2000 entre España y la OTAN (*BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2000; y *BOE* núm. 183, de 1 de agosto de 2001) con el Canje de Cartas de 13 y 18 de abril de 2000 entre el Comandante Supremo Aliado en Europa de la OTAN y el JEMAD español.

<sup>49</sup> Acuerdo amistoso, de 30 de enero y 15 de febrero de 2006, relativo a la aplicación del CDI entre España y Estados Unidos de 22 de febrero de 1990, *BOE* núm. 195, de 13 de agosto de 2009, en el que se define, por ejemplo, la expresión «y cualquier otra agrupación de personas conforme al art. 3.1.d)».

<sup>50</sup> El acuerdo entre las autoridades española y sueca sobre la aplicación del CDI bilateral de 16 de junio de 1976, se formaliza mediante la Orden del Ministerio de Hacienda, de 18 de febrero de 1980, aunque aparece entre las disposiciones generales del *BOE* núm. 53, de 1 de marzo de 1980.

<sup>51</sup> Acuerdo mutuo entre las autoridades competentes de España y los Países Bajos, de 1 de enero de 2013, relativo a la aplicación del CDI de 16 de junio de 1971. El Acuerdo mutuo pretende la aplicación del CDI a los fondos mutuos cerrados en tanto que instrumento de inversión.

<sup>52</sup> Esta calificación parece ser la otorgada por España, habiendo ya entrado en vigor la LTOAI, al Intercambio de Cartas interpretativas, de 11 y 23 de junio de 2015, del CDI España Marruecos de 10 de julio de 1978, publicado en el *BOE* núm. 170, de 15 de julio de 2016.

### 3.4. El acuerdo para casos de doble imposición no previstos en el CDI

31. Este acuerdo suplementario entre autoridades competentes, no de mera ejecución de un tratado dentro de su cobertura material y formal, solo puede formalizarse y caracterizarse en España como un acuerdo de enmienda en forma simplificada, sobre la base del art. 39 de la Convención de Viena de 1969 y del art. 36.2 de la LTOAI<sup>53</sup>. En este sentido, en los *Comentarios* al apartado 3 del art. 25 del Modelo de Convenio OCDE se admite que el Derecho nacional de algunos Estados contratantes puedan imponer restricciones a estos acuerdos suplementarios entre las autoridades competentes y que, en estas situaciones, se requiera un «protocolo» particular<sup>54</sup>. No se puede justificar la exclusión de estos acuerdos del art. 36.2 de la LTOAI dedicada a la enmienda de los tratados y, en consecuencia, su régimen específico podría haberse precisado en la DA 5.<sup>a</sup> Estos acuerdos de enmienda «no requieren la conclusión de un nuevo tratado internacional», sino de un acuerdo en forma simplificada según la letra *a*) del art. 36.2 de la LTOAI y conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 del art. 25 del Modelo de Convenio de la OCDE. En la práctica internacional, estos procedimientos simplificados son frecuentes en los tratados multilaterales que contienen unos órganos de gestión del tratado con esas facultades de enmienda. Por consiguiente, la enmienda puede adoptarse automáticamente por las autoridades competentes<sup>55</sup> y, posteriormente, a propuesta del ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Consejo de Ministros debe tomar conocimiento de su celebración por esas autoridades competentes, así como de su entrada en vigor<sup>56</sup>. Además, les resultan aplicables las disposiciones sobre la publicación oficial (art. 24 de la LTOAI), la eficacia (art. 28 de la LTOAI), la observancia (art. 29 de la LTOAI), la ejecución (art. 30 de la LTOAI) y la prevalencia (art. 31 de la LTOAI).

32. Por el lado de la interpretación del CDI, estos instrumentos serían acuerdos ulteriores en el sentido del art. 31.3.a) de la Convención de Viena de 1969. Y es preciso distinguir estos acuerdos amistosos para casos de doble imposición no previstos en el CDI de los protocolos de enmienda a los CDI que se celebran como tratados internacionales en el sentido del art. 36.1 de la LTOAI; por ejemplo, es el caso del Protocolo al CDI entre España y el

<sup>53</sup> Véase, sobre el concepto de enmienda en la LTOAI y su regulación general, el trabajo de GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Comentario al art. 36. Enmienda», en ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, P., Díez-Hochleitner, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 7, pp. 747-762.

<sup>54</sup> OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Comentarios al art. 25 sobre los acuerdos amistosos*, Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, p. 370, disponible en <http://www.gerens.cl/gerens/ModeloConvenioTributario.pdf>.

<sup>55</sup> Por tanto, no es el supuesto del art. 36.2.b) de la LTOAI, en la que el Estado interviene para aceptar o rechazar la enmienda.

<sup>56</sup> Ha de entenderse, además, que las Cámaras parlamentarias habrían intervenido indirectamente en este procedimiento mediante la autorización del CDI que contiene semejante procedimiento de enmienda.

Reino Unido, de 14 de marzo de 2013, celebrados en unidad de acto, y en vigor desde el 12 de junio de 2014<sup>57</sup>. Este Protocolo tiene por objeto precisar el contenido de ciertas expresiones del CDI, como plan de pensiones, fideicomiso, instrumento de inversión, y rentas inmobiliarias. Por consiguiente, se aproximan en lo material a los acuerdos amistosos de interpretación o de aplicación de un CDI, pero se diferencian de ellos en lo procedimental en que se concluyen por los órganos del Estado competentes para la celebración de un tratado, y no por las autoridades tributarias que participan en el procedimiento amistoso.

#### 4. EL ARBITRAJE EN LOS PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS

##### 4.1. La naturaleza jurídica internacional del arbitraje

33. La *tercera fase* del procedimiento amistoso es la del arbitraje por una comisión consultiva, siempre que se haya acordado su existencia en alguno de los instrumentos internacionales que, a continuación, se exponen. El procedimiento de solución principal es el de los acuerdos amistosos, y el complementario y supletorio el del arbitraje (u otro medio alternativo de solución), con lo que ambos pueden estimular su respectiva efectividad.

34. Por lo que respecta a la normativa española, resulta evidente que esta debe ajustarse a los importantes cambios que se están produciendo en la sociedad internacional, al hilo del *Plan de Acción BEPS* de la OCDE y del G20, en el sentido de concretar la aplicación en España de este tipo de arbitraje. El Reglamento 2008 de procedimientos amistosos tan solo contempla en su Título III el Convenio de Arbitraje de la UE, y en el art. 10 del Título II se refiere a una comisión consultiva que esté prevista en un convenio, cuya constitución podrá solicitar el obligado tributario, y que actuará supletoriamente cuando no se haya alcanzado un acuerdo sobre determinadas cuestiones en las fases anteriores del procedimiento amistoso. El régimen de composición y actuación de la comisión consultiva dependerá de lo dispuesto en el respectivo CDI y en otros pactos bilaterales complementarios, según precisa el apartado 2 del art. 10 del mismo Reglamento. Esa norma española caracteriza siempre al arbitraje de doble imposición como de Derecho internacional convencional. Por otro lado, recuérdese que el art. 1.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje<sup>58</sup>, se aplica «a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje», y que el art. 3 afirma que «esta Ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes». En consecuencia, en España se regulan distintos tipos de arbitraje internacional, y el arbitraje de doble imposición posee en su configura-

<sup>57</sup> BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2014.

<sup>58</sup> BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.

ción actual un carácter tanto internacional —incluido el Derecho de la UE—, como *sui generis*. Los desarrollos internacionales invitan a que se regule más concreta y claramente en el Derecho español.

35. Abundando en la internacionalidad de esta fase del procedimiento amistoso, la naturaleza y alcance de los pactos bilaterales relativos al funcionamiento de la comisión consultiva resultan equívocos, según se regulan en esa disposición del Reglamento. Estos pactos bilaterales basados en un CDI serán también acuerdos internacionales administrativos de la LTOAI. En cuanto a la ejecución de la decisión arbitral, el apartado 3 del art. 10 del Reglamento contempla que las autoridades competentes alcancen un «acuerdo» a la vista de la decisión de la comisión consultiva. La ejecución arbitral es concertada y administrativa, o sea, no requiere de ninguna vía judicial. Por razón de la materia del instrumento y del paralelismo de soluciones, el acuerdo de ejecución de la decisión arbitral también será un acuerdo internacional administrativo especial, derivado del tratado internacional de cobertura.

36. La introducción del arbitraje fiscal en el sistema español puede realizarse de tres maneras: una, mediante la modificación de los CDI vigentes con nuevos tratados bilaterales; otra, en principio más ágil, a través de la celebración de un tratado multilateral posterior, que suponga también la modificación de los bilaterales anteriores, como sucede con la *Convención BEPS 2016*; y la tercera, en el marco de la UE, con la adopción de un acto normativo como la Propuesta de Directiva sobre litigios de doble imposición de 2017. Véanse, a continuación, los rasgos comunes y distintivos de estos procedimientos arbitrales comenzando por el Modelo de Convenio de la OCDE, pues contiene el procedimiento que guía a los CDI y a otros instrumentos internacionales. Se señalarán tan solo los aspectos más significativos.

#### 4.2. Rasgos del arbitraje en los CDI de España

37. Según el art. 25.5 del Modelo de Convenio de la OCDE el arbitraje se activa a instancia del contribuyente, cuando las autoridades competentes no hayan alcanzado un acuerdo en el plazo de dos años desde la presentación de la solicitud de resolución de la doble imposición. No puede someterse a arbitraje lo ya resuelto en fases anteriores, pues no es un recurso adicional sino suplementario. De la lectura del citado art. 25.5, de la práctica interestatal y del enfoque seguido en este trabajo, se desprenden los siguientes rasgos del arbitraje. Las autoridades competentes no autorizan el arbitraje, pero acordarán sus extremos, y este tipo de acuerdos también podrán tener la consideración de acuerdos internacionales administrativos especiales. Así, se acordarán los términos de referencia sobre la materia objeto de resolución arbitral. La comisión arbitral estará compuesta de dos árbitros, elegidos por cada autoridad tributaria, que elegirán al tercer árbitro. Los árbitros determinarán el procedimiento, incluido el alcance de la participación del contribuyente (oral y/o escrita). Los Estados contratantes financiarán a partes iguales

el arbitraje. El laudo será escrito, motivado en el CDI, según las reglas de interpretación del Derecho internacional general, y vinculante para los Estados, salvo si el contribuyente rechaza el acuerdo de las autoridades competentes con el que se ejecute. El laudo podrá publicarse, aunque no constituirá un precedente para otras decisiones. Las autoridades competentes ejecutarán el laudo en un plazo de seis meses desde su comunicación, y será firme a menos que los tribunales de alguno de los Estados contratantes lo considere inaplicable por haberse ya resuelto el problema por un tribunal nacional. Las autoridades competentes pueden alcanzar un acuerdo antes de la emisión del laudo, considerándose resuelto el procedimiento amistoso<sup>59</sup>.

38. En los últimos años, este tipo de arbitraje solo se ha incorporado en cuatro CDI firmados por España, dentro de una tupida red de 87 tratados. Esta pobre suma puede multiplicarse con el consentimiento de la *Convención BEPS 2016*.

39. Tan solo dos tratados vigentes contienen disposiciones sobre el arbitraje. Primero, el Protocolo de 27 de julio de 2011, de modificación del CDI con Suiza, en vigor desde el 24 de agosto de 2013<sup>60</sup>. El Protocolo con Suiza amplía el plazo del posible acuerdo entre las autoridades competentes, anterior al arbitraje, hasta los tres años desde la presentación del caso (art. 25.5). Y se precisa que el sometimiento a arbitraje no podrá realizarse cuando una persona a la que concierna directamente el caso pueda ejercer aún el derecho de recurso en virtud de la legislación interna de cualquiera de los Estados, ante los tribunales u organismos administrativos de ese Estado para que se pronuncien sobre esas cuestiones, o cuando un tribunal u organismo administrativo ya se haya pronunciado previamente sobre las mismas. También, están vigentes desde el 12 de junio de 2014 el nuevo CDI y su Protocolo con el Reino Unido, de 14 de marzo de 2013<sup>61</sup>. En este caso, el plazo del acuerdo entre las autoridades competentes será de dos años y se añade, respecto al tratado con Suiza, un supuesto de exclusión del arbitraje, cuando el caso se haya planteado en virtud del Convenio de Arbitraje de la UE. El *Brexit* puede modificar este punto, y los presumibles incentivos fiscales británicos tras la retirada podrían incrementar las controversias de doble imposición. Como se verá más tarde, se aplica el sistema arbitral de la *Convención BEPS 2016*, en sustitución del regulado en el CDI.

40. El Protocolo de 17 de diciembre de 2015 de modificación del CDI con México, de 24 de julio de 1992<sup>62</sup>, ha entrado en vigor el 27 de septiembre de 2017<sup>63</sup>. Dicho Protocolo introduce una disposición llamativa por la que

---

<sup>59</sup> Un comentario sobre esta fase puede encontrarse en el trabajo de LÓPEZ RIBAS, S., *op. cit.*, nota 7. También, RIBES RIBES, A., «Técnicas arbitrales en los convenios de doble imposición: el borrador de la International Fiscal Association de 27 de septiembre de 2002», *Crónica Tributaria*, vol. 109, 2003, pp. 137-150.

<sup>60</sup> BOE núm. 139, de 11 de junio de 2013.

<sup>61</sup> BOE núm. 118, de 15 de mayo de 2014.

<sup>62</sup> BOE núm. 257, de 27 de octubre de 1994.

<sup>63</sup> BOCG Senado, núm. 112, de 16 de junio de 2017.

las partes acuerdan el uso del arbitraje, según las características del art. 25 del Modelo de Convenio OCDE, supeditado a que México —unilateralmente— celebre y entre en vigor un tratado para evitar la doble imposición con un tercer Estado que contenga este sistema arbitral. Pues bien, tanto México como España han firmado el 7 de junio de 2017 la *Convención BEPS 2016*, y los dos Estados han notificado que este CDI está cubierto por aquella<sup>64</sup>. Sin embargo, México no ha querido notificar, por el momento, que se le aplica el sistema de arbitraje del tratado multilateral.

41. El Protocolo de 14 de enero de 2013 de modificación del CDI con Estados Unidos, de 22 de febrero de 1990<sup>65</sup>, todavía no está vigente. Sin embargo, el Protocolo modifica el art. 26 del CDI mediante la inserción de una disposición sobre el arbitraje que presenta novedades respecto de la del Modelo de Convenio CDI, pues añade un apartado con normas sobre la persona interesada [que no solo es la que presente el caso a la autoridad competente sino «cualquier otra, si las hubiera, cuya obligación tributaria respecto de cualquiera de los Estados contratantes pueda verse directamente afectada por el acuerdo amistoso que pueda alcanzarse tras la consideración del caso», art. 26.6.a)], sobre el procedimiento arbitral y el intercambio de información vinculada al arbitraje. Estados Unidos no ha firmado la *Convención BEPS 2016* por lo que, salvo si cambia la situación, entre España y Estados Unidos se aplicaría el sistema arbitral del CDI cuando entre en vigor.

### 4.3. El arbitraje en la Convención BEPS 2016

42. Este tratado internacional permite modificar de manera sincronizada los CDI de España y de otros Estados contratantes, respecto de los que se haya notificado al depositario su inclusión, sin necesidad de renegociarlos bilateralmente cada uno de ellos [art. 2.1.a)ii)]<sup>66</sup>. La Parte V se titula significativamente: mejora de los mecanismos de resolución de controversias; y contiene unas normas sobre el procedimiento amistoso similares a las del Modelo de Convenio OCDE, pero se permite que toda parte pueda reservarse el derecho a no aplicar los términos del art. 16 de la *Convención BEPS 2016* alegando que su intención es cumplir el estándar mínimo del Paquete BEPS. España ha formulado esta reserva cuyo significado no es fácil de interpretar, dada la indeterminación conceptual del estándar mínimo. Y respecto al arbitraje, regulado en la Parte VI, el art. 18 dispone que «toda parte podrá optar por aplicar esta parte (VI) respecto de sus convenios fiscales comprendidos y notificará su decisión al depositario. Esta parte (VI) será aplicable a dos

<sup>64</sup> La notificación de los CDI cubiertos por la *Convención BEPS 2016* se formaliza en virtud de su art. 2.1.a)ii). El estado de firmas y declaraciones unilaterales (notificaciones, reservas) puede encontrarse en el sitio *web* de la OCDE <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

<sup>65</sup> BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

<sup>66</sup> Los arts. 31 y 32 de la *Convención BEPS 2016* prevén la constitución de una Conferencia de las Partes como órgano de solución de las dudas sobre su interpretación o aplicación.

jurisdicciones contratantes respecto de un convenio fiscal comprendido, únicamente cuando ambas jurisdicciones contratantes hayan remitido la notificación correspondiente». En efecto, España ha notificado que le es aplicable la Parte VI sobre arbitraje, y que la *Convención BEPS 2016* cubre a sus CDI que ya disponen el arbitraje, tanto a los vigentes con el Reino Unido<sup>67</sup>, Suiza<sup>68</sup> y México<sup>69</sup>, como a los no vigentes con Estados Unidos. El art. 26 afirma que la Parte VI se aplicará en sustitución o en ausencia de disposiciones arbitrales en un CDI cubierto. También, España ha incluido en su ámbito a los CDI con los Estados miembros de la UE, lo que se ha de poner en relación con la Propuesta de Directiva sobre litigios de doble imposición de 2017. De conformidad con el art. 28.2.a), España ha formulado una reserva en relación con los casos que pueden optar al arbitraje (casos sobre las normas anti-abuso de los CDI cubiertos, casos que implican algún tipo de sanción fiscal, algunos casos sobre precios de transferencia, los casos sometidos al arbitraje del Convenio de Arbitraje de la UE según pueda enmendarse, y casos que las autoridades competentes no entienden susceptibles de arbitraje). Esta reserva está sujeta a aceptación por otras partes según el art. 28.2.b). El art. 36 prevé unas fechas y criterios para que surta efectos el arbitraje en relación con determinados casos.

43. Explicado en términos muy básicos, el arbitraje de la *Convención BEPS 2016* se caracteriza por ser obligatorio y vinculante (art. 19), se activa a instancia del contribuyente, y se prevé para los casos no resueltos por las autoridades competentes. La decisión arbitral requerirá del acuerdo amistoso de las autoridades competentes. También, se regula la designación de los árbitros (art. 20), la confidencialidad del procedimiento arbitral (art. 21), y unas normas procedimentales subsidiarias del acuerdo de las autoridades competentes (art. 23). Estos rasgos principales coinciden con los elementos típicos de la práctica arbitral internacional con participación de particulares, a saber: un sistema consentido por los Estados interesados previamente al surgimiento de una controversia, la buena fe en un procedimiento flexible, la decisión de un tercero imparcial creado *ad hoc* y temporalmente, la aplicación del Derecho internacional (el CDI en cuestión) y, finalmente, la decisión definitiva y obligatoria aunque ejecutada, en estos casos, mediante el acuerdo amistoso de las autoridades competentes.

44. La compleja aplicación de la *Convención BEPS 2016* pone de manifiesto la importancia de que el operador jurídico utilice adecuadamente el Derecho de tratados.

---

<sup>67</sup> Reino Unido ha notificado al depositario que la *Convención BEPS 2016* se aplica al CDI con España y, además, que se le aplica el sistema arbitral de la Parte VI.

<sup>68</sup> Suiza no ha incluido el CDI de España entre los cubiertos por la *Convención BEPS 2016*, aunque sí ha notificado que se le apliquen las disposiciones sobre arbitraje. Por consecuencia, se aplica el arbitraje previsto en el CDI.

<sup>69</sup> A México no se le aplica la Parte VI sobre el sistema arbitral.

#### 4.4. El arbitraje fiscal en el marco de la UE

45. España y el resto de Estados miembros se rigen por el Convenio de Arbitraje de la UE, que introduce ese modo de solución exclusivamente para la eliminación de la doble imposición en caso de rectificación de beneficios entre empresas asociadas. A diferencia del Modelo de Convenio OCDE, el arbitraje no se inicia a instancia del contribuyente sino cuando las autoridades competentes no lleguen a un acuerdo en el plazo de dos años, en cuyo caso deberán constituir una comisión consultiva, como refleja el art. 29 del Reglamento 2008 sobre procedimientos amistosos. Puede suceder el solapamiento del Convenio de 1990 con un CDI, si la situación se produce entre Estados miembros de la UE, a lo que el contribuyente debe dar respuesta decidiendo qué cuestión somete al procedimiento de uno u otro tratado. En consecuencia, si se elige un CDI, también se podrá aplicar el arbitraje de la *Convención BEPS 2016*.

46. La Propuesta de Directiva sobre litigios de doble imposición de 2017<sup>70</sup> amplía el ámbito material del Convenio de Arbitraje de la UE. Se aplica a litigios entre Estados miembros por la aplicación e interpretación de sus CDI (art. 1). La persona afectada es cualquier residente en un Estado miembro directamente afectada por la imposición [art. 2.1.d)]. Dentro del procedimiento amistoso, se prevé la creación de una comisión consultiva compuesta por entre tres y cinco árbitros independientes que podrá emitir un dictamen vinculante a menos que se acuerde una solución alternativa (art. 9). La decisión final será vinculante para los Estados miembros, no constituirá un precedente y deberá aceptarse por la persona afectada (art. 14.4).

### 5. CONCLUSIONES

47. La solución de conflictos de fiscalidad internacional ha entrado en una nueva era de la mano de la OCDE y del G-20, con el objetivo último de la mejora de la efectividad de los procedimientos de solución de controversias de doble imposición. La UE se ha sumado a estas reformas y ha adoptado recientemente medidas muy relevantes para resolver los litigios entre los Estados miembros. En la OCDE destaca la firma de la *Convención BEPS 2016* y, en la UE, la adopción de la Propuesta de Directiva sobre litigios de doble imposición de 2017.

48. Una de las principales líneas de mejora es la del impulso al arbitraje fiscal, así como a otros medios alternativos de solución, que actúan en la última fase del conocido como procedimiento amistoso.

49. El papel de los Derechos nacionales y de los operadores jurídicos en la materia es muy importante para concretar la efectividad del procedimiento. Sin embargo, el Derecho español no ofrece respuestas claras acerca de

<sup>70</sup> La Directiva deberá transponerse antes del 30 de junio de 2019 (art. 21).

la naturaleza de los acuerdos que componen el procedimiento pre-arbitral y post-arbitral, o en relación con la regulación y el alcance del arbitraje fiscal. Además, la LTOAI contiene una DA 5.<sup>a</sup> de redacción desafortunada. Ese panorama legislativo nacional debe perfeccionarse, y en este trabajo se realizan algunas aportaciones interpretativas y aplicativas sobre la base del Derecho internacional público.

50. Un mejor conocimiento de estos procedimientos y de sus novedades por parte del contribuyente y de los operadores jurídicos puede ser útil para la planificación fiscal empresarial y su control estatal, o sea, para la prevención y la solución de conflictos tributarios con repercusión en las relaciones económicas internacionales.

### RESUMEN

#### LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE DOBLE IMPOSICIÓN EN ESPAÑA: UNA PRÁCTICA CONVENCIONAL PECULIAR ENCAMINADA AL ARBITRAJE

El Paquete BEPS de la OCDE y del G20 hace frente a la planificación fiscal que explotan las lagunas de las normas fiscales nacionales e internacionales. El BEPS ofrece herramientas a los gobiernos para mejorar el funcionamiento de los procedimientos de solución de las controversias fiscales internacionales, como los procedimientos amistosos y el arbitraje. El presente trabajo aborda la práctica española en la materia y subraya la necesidad de aplicar efectivamente la legislación nacional, así como los nuevos tratados. Cuestión clave es la consideración de la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales en la aplicación de estos procedimientos. Además, se analizan los distintos tipos de arbitraje de doble imposición que España debe aplicar a partir de la vigencia de estas reformas normativas nacionales e internacionales.

**Palabras clave:** acuerdo amistoso, arbitraje, Unión Europea, Tratados, Acuerdos internacionales administrativos.

### ABSTRACT

#### DOUBLE TAXATION DISPUTE SETTLEMENT IN SPAIN: A PECULIAR CONVENTIONAL PRACTICE AIMING AT ARBITRATION

The OECD-G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Package refers to tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in national and international tax rules. BEPS provides tools to governments so as to improve the functioning of international tax dispute settlement procedures, such as the mutual agreement procedures and arbitration. This paper deals with Spain's international practice on this subject matter and underlines the need to apply the national legislation as well as the new treaties effectively. A key part of it is the *Law on treaties and other international agreements* which should be taken into consideration to implement the procedures. Moreover, there is an analysis of the different double taxation arbitration systems that Spain is bound to follow from the entry into force of the national and international legislative reforms.

**Keywords:** mutual agreement, arbitration, European Union, Treaties, International Administrative Agreements.

## LA «CUESTIÓN CATALANA»

Antonio REMIRO BROTONS \*

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA \*\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DEMOCRACIA.—3. DIÁLOGO.—4. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA.—5. LA APLICACIÓN DEL ART. 155 DE LA CONSTITUCIÓN.—6. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y LA EUROORDEN.—7. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA EN EL ORDEN INTERNACIONAL: EFECTIVIDADES EN ACCIÓN.—8. EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEPENDENCIA POR TERCEROS.

### 1. INTRODUCCIÓN

El 18 de septiembre de 2017, ante la errónea invocación del Derecho Internacional (DI) para dotar de fundamento jurídico a la Ley del Referéndum de autodeterminación aprobada por el *Parlament* de Cataluña el día 6 del mismo mes, más de 400 miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales entendieron que era su obligación cívica suscribir y difundir una declaración escueta, clara, rigurosa y asequible al lector no especializado, cuyo texto figura a continuación de esta nota, en la que se concluía que Cataluña no era una entidad que disfrutase de un derecho de separación del Estado reconocido por el DI y, por tanto, el derecho de libre determinación no podía constituir el fundamento jurídico para consultar a los ciudadanos sobre su independencia, como pretendía la citada Ley del Referéndum, primero suspendida y finalmente anulada por el Tribunal Constitucional en Sentencia unánime de 17 de octubre de 2017, por su manifiesta inconstitucionalidad.

Los hechos ocurridos desde esas fechas hasta entonces, particularmente a partir del 1 de octubre en que se realizó *de facto*, que no *de iure*, una consulta popular, desprovista de toda clase de garantías y con incidentes de orden público, han atraído el interés de un buen número de iusinternacio-

---

\* Catedrático Emérito de Derecho internacional público y relaciones internacionales. Universidad Autónoma de Madrid. Miembro de *l'Institut de Droit International* ([antonio.remiro@gmail.com](mailto:antonio.remiro@gmail.com)).

\*\* Catedrática de Derecho internacional público y relaciones internacionales en la Universidad de Oviedo ([pandres@uniovi.es](mailto:pandres@uniovi.es)).

nalistas, que se han pronunciado sobre la que podemos llamar la *cuestión catalana*.

En términos generales, las opiniones vertidas suelen coincidir con la declaración de los especialistas españoles en la expresión de las normas vigentes del Derecho internacional sobre los supuestos del derecho de libre determinación, sus titulares y sus límites; pero cuando se trata de su aplicación a las pretensiones independentistas en Cataluña se leen consideraciones que sugieren que sus autores ignoran o desdeñan el hecho básico de que España es un Estado democrático, cuyo ordenamiento jurídico se desarrolla en el marco de una Constitución cuyo respeto cuenta con la garantía de un Tribunal Constitucional, y se rige por un principio de separación de poderes. Solo así se explica que se atrevan a apuntar que la secesión de Cataluña como remedio a una violación grave de derechos fundamentales de su población no estaría justificada *por ahora*.

## 2. DEMOCRACIA

Se dice que negar el *derecho a decidir* de los catalanes sobre su propio futuro es intrínsecamente antidemocrático. Sin embargo, *democracia*, que traducido literalmente del griego significa poder (*cratos*) del pueblo (*demos*), requiere una previa identificación del *pueblo* al que se atribuye la titularidad de ese poder. En el Estado soberano el *principio democrático* atribuye a la población en su conjunto esa titularidad. Así ocurre en España conforme a la Constitución en vigor. Son los ciudadanos españoles, incluidos naturalmente los catalanes, los que gozan del *derecho a decidir* su futuro, a determinar libremente su destino, a adoptar uno u otro sistema político, económico y social. Lo *antidemocrático* sería, pues, usurpar al resto de españoles un derecho que les pertenece y que ejercerán oportunamente si se presenta a su decisión vinculante una reforma constitucional en los términos previstos en el Título X de la vigente Constitución<sup>1</sup>.

La democracia, por otro lado, no es la premisa de los derechos y libertades de individuos y grupos humanos, sino su consecuencia. Sin el respeto del Estado de Derecho, de la ley, no hay democracia.

## 3. DIÁLOGO

*Diálogo* es una bella palabra, que penetra con su aroma civilizado en el tuétano de los conflictos para evitar salidas o soluciones violentas. Sin embargo,

---

<sup>1</sup> Asimismo, dentro del Capítulo II del Título III, el art. 92 prevé la posibilidad de someter «decisiones políticas de especial trascendencia [...] al referéndum consultivo de todos los ciudadanos». Las condiciones y procedimientos de las distintas modalidades de referéndum previstas por la Constitución son reguladas por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, modificada por la Ley Orgánica 12/1980, de 16 de diciembre (BOE núm. 20, de 23 de enero de 1980).

algunas de las propuestas expresadas en torno a la cuestión catalana buscan transformar la relación vertical de las partes en el marco constitucional en una relación horizontal o paritaria, de poder a poder, al margen de la ley o, mejor, contra la ley. Implican el reconocimiento del *hecho revolucionario* y la inevitable consumación de sus efectos. No tienen por objeto reconducir sus pretensiones dentro del Estado de Derecho que ha venido violentando sino, por el contrario, consolidar la secesión negociando con el Gobierno central una sucesión pactada. Reclamar una mediación internacional es el colofón de esta pirueta.

Es obvio que si el Gobierno del Estado no podía constitucionalmente convocar o autorizar la convocatoria por la *Generalitat* de un referéndum de los ciudadanos residentes en Cataluña para decidir si permanecían en España o se separaban de ella, aún puede menos *dialogar* sobre la supervivencia del *todo* con una parte de ella, infringiendo las normas fundamentales del orden constitucional.

En cambio, el diálogo puede llegar hasta una reforma constitucional que, por hipótesis, haga del *pacto entre diferentes naciones* fundamento legitimador del Estado y admita, como consecuencia, un derecho de secesión como expresión de la autodeterminación de cada una de ellas. Pero eso será así cuando la Ley Fundamental se reforme siguiendo los cauces dispuestos para ello. Hasta entonces, es obligado el acatamiento de la Constitución para entablar un diálogo formal.

#### 4. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA

¿Se produjo o no la declaración de independencia de Cataluña en la sesión extraordinaria del *Parlament* del 10 de octubre, convocada a petición del Presidente de la *Generalitat* para explicar la situación en Cataluña tras el referéndum del 1 del mismo mes y los hechos que le siguieron? Conviene advertir que, sorprendentemente, el *Parlament* no había desarrollado actividad alguna desde el 7 de septiembre anterior cuando bien entrada la noche aprobó la ley de transitoriedad que debía ordenar la desconexión de Cataluña respecto del resto de España.

El discurso del Sr. Puigdemont alimentó toda suerte de interpretaciones contradictorias y, como consecuencia, vino a justificar el primero de los requerimientos que le formuló el Gobierno central el 11 de octubre. La confusión se debió al hecho de que tras una primera afirmación interpretada pacíficamente como una declaración de independencia, el Sr. Puigdemont anunció que solicitaba del *Parlament* la suspensión de los efectos de la declaración, a fin de ofrecer una oportunidad al *diàleg* con el Estado para alcanzar una «solución acordada». La respuesta del Presidente de la *Generalitat* a los requerimientos del Gobierno el día 16 no fue *sí* ni *no*. Y tampoco la del 19 vino a aclarar definitivamente las cosas.

Ateniéndonos a los cánones de la recta interpretación, *no cabe suspender los efectos de una declaración a menos que esta haya sido hecha*. Por añadi-

dura, el *Parlament* no se pronunció sobre la solicitud del presidente. E, ítem más, levantada la sesión extraordinaria, en una sala aneja, 72 diputados suscribieron con luz y taquígrafos una extensa declaración de independencia en ninguna de cuyas cuatro páginas volvía a hacerse mención alguna de la suspensión de sus efectos. Recordemos, por último, que conforme al art. 4 de la Ley del Referéndum, una vez proclamados sus resultados y sumando los *síes* más que los *noes*, era preceptivo declarar la independencia en cuarenta y ocho horas. No obstante, ese mismo precepto atribuía al *Parlament* la satisfacción de esa obligación, lo que en ese momento no hizo.

Sea como fuere, y en medio de la tensión generada por la decisión del Gobierno de solicitar del Senado la aprobación de las medidas que, conforme al art. 155 de la Constitución, podían facultarle para obligar a las instituciones de la *Generalitat* de Cataluña al cumplimiento de sus obligaciones y a proteger un interés general gravemente conculcado por estas, el *Parlament* declaró formalmente la independencia el 27 de octubre.

Parece bizantino que tirios y troyanos hayan ocupado su tiempo deliberando sobre si esta declaración se hizo, sobre cuándo se hizo y sobre sus efectos jurídicos. Las declaraciones de independencia son la guinda en el pastel del *hecho revolucionario* y, como tales, son desde un punto de vista constitucional, radicalmente antijurídicas, nulas. Que se produzcan en el marco de una sesión parlamentaria no las dota de un carácter del que carecen por su misma naturaleza; más bien, agrava su antijuridicidad. Ciertamente, no es lo mismo declarar la independencia en un *Parlament* que, por ese mismo hecho, se transfigura en otra cosa, que hacerlo en un casino.

## 5. LA APLICACIÓN DEL ART. 155 DE LA CONSTITUCIÓN

Junto con el recurso al art. 155 de la Constitución, el Gobierno pudo —y puede— acudir a otras bases legales, en la misma Constitución, como el art. 116, o en leyes, como la de Seguridad Nacional, para adoptar medidas frente a la grave situación creada por la sistemática deslealtad constitucional de la *Generalitat*. No obstante, el art. 155 de la Constitución ha centrado el interés público por calzar como un guante en el supuesto que estamos examinando.

De acuerdo con el numeral 1 del art. 155 de la Constitución, un precepto directamente inspirado en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (art. 37) y más tibio que la disposición prevista por la Constitución italiana (art. 126) para situaciones semejantes:

«Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquella al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general».

El Gobierno, que había llamado reiteradamente al orden al presidente de la *Generalitat* y recurrido ante el Tribunal Constitucional los sucesivos actos del *Govern* y del *Parlament* de Cataluña —declarados inconstitucionales por el Tribunal sin que se le hiciera el menor caso— acordó poner en marcha el art. 155 de la Constitución y, tras considerar insatisfactoria la respuesta del Presidente de la *Generalitat* al doble requerimiento que le había dirigido, solicitó del Senado el 21 de octubre su preceptiva aprobación (por mayoría absoluta) de las medidas que entendía necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de sus obligaciones y proteger el interés general del Estado.

El art. 189 del Reglamento del Senado regula el procedimiento aplicable al caso con un espíritu claramente garantista de la defensa de la Comunidad Autónoma disconforme con la iniciativa del Gobierno central.

En primer lugar, porque descarta el «factor sorpresa», pues la alabada generalidad con que se pronuncia la Constitución al dejar en manos del Gobierno la determinación de las medidas que considere «necesarias» para forzar la mano de instituciones autonómicas rebeldes se acaba en cuanto se inicia la tramitación en el Senado, ya que el Gobierno ha de manifestar «el contenido y alcance de las medidas propuestas», sin que quepa solicitar un cheque en blanco.

En segundo lugar, porque tanto en Comisión (en este caso una Comisión Conjunta de la Comisión General de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Constitucional), como en el Pleno, el Presidente de la Comunidad Autónoma implicada cuenta con medios para oponerse a la aprobación de las medidas propuestas. En Comisión, porque se le requiere la remisión de antecedentes, datos y alegaciones que estime pertinentes, pudiendo designar un representante a tales efectos; en el Pleno, porque la propuesta razonada de la Comisión (que puede condicionar o modificar las medidas proyectadas) se somete a debate con dos turnos a favor y dos en contra y las intervenciones de los portavoces de los grupos parlamentarios que lo soliciten.

Aunque el procedimiento se evacuó con la rapidez que requería la situación, el trámite consumió seis días, de manera que fue el 27 de octubre, coincidiendo con la declaración de independencia aprobada por el *Parlament*, cuando el Pleno del Senado aprobó las medidas propuestas, previamente pactadas por los llamados partidos «constitucionalistas», a saber, el PP, el PSOE y Ciudadanos.

La aplicación del art. 155 de la Constitución ponía al Estado rumbo a lo desconocido. Se entiende la desgana del Gobierno en tener que acudir a él y hacerlo finalmente arrastrando los pies, tras dar sucesivas oportunidades a la *Generalitat* para rectificar y restablecer el orden constitucional y estatutario. Se proponía el cese del Presidente, Vicepresidente y Consejeros del *Govern*, la asunción temporal de sus competencias por los Ministros del Gobierno central en el ramo correspondiente, la limitación de las competencias del *Parlament* en la medida en que pudiese derivar en un ejercicio inconstitucio-

nal y la atribución al Presidente de Gobierno de la facultad de disolverlo para facilitar elecciones que se preveían en un plazo máximo de seis meses. Finalmente, obtenida la aprobación del Senado, el Consejo de Ministros decidió al día siguiente, 28 de octubre, las medidas señaladas, con la inesperada decisión de la inmediata disolución del *Parlament* y la convocatoria de elecciones autonómicas el 21 de diciembre.

Hay quienes han pretendido demonizar el art. 155 de la Constitución. El *Govern* trató, inútilmente, de frenar su aplicación recurriendo ante el Tribunal Constitucional. Luego, tanto el Sr. Puigdemont como otros voceros, dentro y fuera de Cataluña, han repetido hasta el cansancio que el Estado había dado un *golpe de estado*, una afirmación sin fundamento. Las medidas adoptadas pueden ser objeto de la crítica política, pero no de una censura de inconstitucionalidad.

En nuestra opinión, estas medidas eran *proporcionadas* a la gravedad de la situación y la contumacia de los miembros del *Govern*, de la Mesa y de la mayoría independentista en el *Parlament* en el desacato de las decisiones del Tribunal Constitucional y en el quebrantamiento sistemático de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Tenían su *lógica*, pues sería poco realista considerar que quienes son los responsables del desastre y se empecinaban en él iban a someterse a las «instrucciones» del Gobierno para deshacer sus propios entuertos. Implicaban, a su vez, una intervención *mínima*, por un doble motivo. La intervención, en efecto, no afectaba a la estructura y funcionamiento de la Administración, incluida la policía de la *Generalitat* (los *Mossos d'Esquadra*), fuerza en la que, simplemente, se cesó a su *Major*, sometido ya a investigación judicial, siendo sustituido por su segundo. Por otro lado, la convocatoria de elecciones en la fecha más inmediata posible conforme a las normas estatutarias, había de significar la terminación de la aplicación de las medidas acordadas por el Gobierno.

Cabe, pues, hablar de una *gradualidad* en la adopción de medidas necesarias para satisfacer el objetivo irrenunciable: salvaguardar la unidad *indisoluble* de la Nación (art. 2) y la soberanía del pueblo español (art. 1.2). Esos objetivos son permanentes mientras no se reforme la Constitución en otro sentido, por lo que el *Govern* y la mayoría parlamentaria que pueda sustentarle tras las elecciones del 21 de diciembre podrán en su caso, si tienen un cariz independentista, sostener políticas de reforma constitucional que den cauce a sus pretensiones, pero no reiterar acuerdos y decisiones que han forzado la aplicación del art. 155 de la Constitución en la forma menos *invasiva* a una comunidad cuya autonomía ha sido violentada por quienes han corroído, al hacerlo, las bases de su propia legitimidad. El art. 155 no desaparece del universo constitucional el 21 de diciembre. Es deseable que no deba ser invocado de nuevo.

## 6. LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y LA EUROORDEN

Apreciando el carácter presuntamente delictivo de los actos y acuerdos tomados por los miembros del *Govern* y de la Mesa del *Parlament*, la Fiscalía General del Estado se querelló contra todos ellos, imputándoles los delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia, entre otros. Los miembros del *Govern* cesados el 28 de octubre, no aforados, fueron citados el 31 a declarar ante la juez de instrucción de la Audiencia Nacional el 2 de noviembre. En las mismas fechas la Presidenta y miembros de la Mesa del *Parlament*, aforados, lo fueron ante un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo, que suscitó la posibilidad de rebajar la rebelión a «conspiración» para la rebelión.

En una nota de estas características no podemos entrar en los complejos problemas procesales que se plantean en un caso que, finalmente, ha sido asumido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Es un hecho que el *ex-President* Puigdemont y cuatro de sus *consellers* no acudieron a la citación judicial el 2 de noviembre y optaron por permanecer en Bruselas, adonde se habían desplazado dos días antes. El Vicepresidente Junqueras y los otros miembros del Consejo sí lo hicieron y tras negarse a contestar a otras preguntas que no fueran las de sus abogados, la juez de instrucción dictó prisión provisional incondicional para todos, salvo uno, que pudo eludirla mediante fianza de 50.000 euros. La Presidenta del *Parlament* y los miembros de la Mesa, en el Supremo, obtuvieron el aplazamiento de una semana para prestar declaración, solicitado para la mejor preparación de sus defensas. El 9 de noviembre, todos ellos se allanaron al acatamiento de la Constitución y al respeto de la aplicación del art. 155, lo que puede explicar que la Sra. Forcadell, Presidenta del *Parlament*, haya podido eludir la prisión mediante fianza de 150.000 euros y que los demás miembros de la Mesa hayan debido abonar fianzas muy inferiores, de 25.000 euros, o incluso, uno de ellos, salir de la sede del Tribunal Supremo en libertad sin medida cautelar alguna.

El calculado desplazamiento a Bruselas del *ex-President* Puigdemont y cuatro de sus *consellers* dio lugar, por otro lado, a la emisión de las correspondientes órdenes europeas de detención y entrega, lo que nos colocó en el terreno de la cooperación jurídica internacional basada en la confianza mutua entre los sistemas judiciales de dos Estados miembros de la Unión Europea (UE) como países democráticos, que se materializa a través de un procedimiento en el que se garantiza el respeto de los derechos humanos, pero esta situación judicial adquirió un nuevo giro cuando el magistrado instructor de la causa en el Tribunal Supremo decidió retirar la euroorden para evitar distorsiones entre los títulos de imputación de los fugados y los de los que sí atendieron la citación de la justicia española.

Desde Bruselas el antiguo *president* y otros afines al *procés* separatista han hablado de «presos políticos» y reclamado su libertad. El error es deliberado. En un Estado democrático no hay «presos políticos». La motivación política

ínsita en los delitos de que se acusa a tales presos no exime de responsabilidad penal a quienes cumplen el tipo delictivo, que es lo que ha de probarse. Los conflictos políticos reclaman soluciones políticas, cierto. Pero las sanciones penales deben aplicarse a los políticos que delinquen, a menos que se pretenda que su impunidad forma parte de las soluciones políticas.

El Sr. Puigdemont insiste en su *legitimidad* como presidente de la *Generalitat*, pasando por alto que la perdió al destruir conscientemente sus bases constitucionales y estatutarias. En un Estado democrático no se debe oponer a la ligera *legitimidad* y *legalidad*. El respeto de la ley es la garantía más firme de la legitimidad de ejercicio. La legitimidad de origen no es invulnerable cuando se quebranta sistemáticamente la legalidad.

## 7. LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA EN EL ORDEN INTERNACIONAL: EFECTIVIDADES EN ACCIÓN

¿Qué cabe decir de las declaraciones de independencia en el orden internacional? Ya hemos puesto blanco sobre negro que el derecho de secesión como expresión de la autodeterminación de un pueblo interesa a supuestos muy ajenos al catalán. La independencia de Cataluña podrá ser un hecho, pero no el resultado del ejercicio de un derecho que no reconoce, amén de la Constitución del Estado, el DI.

Se ha sacado de contexto la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 22 de julio de 2010, que por 10 votos contra cuatro consideró que la declaración unilateral de independencia de Kosovo, de 17 de febrero de 2008, no había violado ninguna regla aplicable de DI. Para la Corte, sencillamente, la declaración era, en las circunstancias del caso, un mero hecho carente en sí mismo de relevancia jurídica. No era la primera vez, por otro lado, que los albanos-kosovares declaraban la independencia de la provincia autónoma de Serbia. Probablemente era a esto a lo que se refería la Vicepresidenta del Gobierno al afirmar que, a fin de cuentas, una declaración de independencia sería *inefectiva*, lo que está por ver. Urgida por su situación procesal, la Presidenta del *Parlament* ha afirmado en sede judicial que la declaración de independencia del 27 de octubre era solo *simbólica*.

En efecto, una declaración de independencia es una expresión de voluntad que ha de ser confirmada por las obras, esto es, por su efectividad. Una declaración de independencia no se mide por el rasero del Derecho, sino por el de sus efectividades en acción, el ejercicio de competencias soberanas, el control del territorio. La efectividad de una declaración de independencia es la premisa sin la cual quien se pretende Estado soberano carece de sustentación.

## 8. EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEPENDENCIA POR TERCEROS

Se ha discutido si el reconocimiento de la condición soberana de un Estado por otros Estados y Organizaciones Internacionales compuestas por Estados soberanos es constitutivo o solo declarativo de su condición de sujeto de Derecho internacional. En todo caso, aun declarativo, el papel del reconocimiento es extraordinariamente relevante. Sin reconocimiento el Estado, aun soberano, es hasta cierto punto un Estado robinsoniano. Ciertamente podrá desarrollar alguna actividad exterior, especialmente de índole comercial y de promoción turística y cultural, a través de oficinas sometidas al Derecho interno del país en el que se localizan. Pero no podrá establecer relaciones diplomáticas ni consulares en sentido estricto, suscribir tratados, reclamar inmunidad en foros extranjeros o ser miembro de Organizaciones intergubernamentales. Tampoco podrá expedir pasaportes como documentos de viaje a menos que medie su reconocimiento.

El reconocimiento es un acto subjetivo al que se trata de dotar de parámetros objetivos. No cabe reconocer a quienes reclaman la condición de Estado soberano cuando no controlan efectivamente un territorio y cuentan con instituciones democráticas que representan a la población en su conjunto. Hacer tal cosa sería un acto de injerencia en un asunto interno del Estado cuya integridad es desafiada. Lamentablemente, no faltan los casos de reconocimientos que podemos llamar *prematuros* en el que un Estado ve en otro una *efectividad avant la lettre*. Alemania, por ejemplo, actuó así en el reconocimiento de Eslovenia y de Croacia en el proceso de descomposición de Yugoslavia. Y la Santa Sede fue de la mano con Alemania, arrastrando a todos los miembros de la UE. Pero Yugoslavia no era miembro de la Unión.

Como el reconocimiento es un acto descentralizado, el *quantum* operativo de la subjetividad internacional del Estado dependerá del número y calidad de los Estados y Organizaciones intergubernamentales que lo reconozcan. El *desideratum* de todo Estado nuevo es ingresar en la Organización de las Naciones Unidas, pues su universalidad y el procedimiento de admisión garantizan el más amplio reconocimiento, incluido el de las Grandes Potencias.

El reconocimiento del Estado nuevo altera sustancialmente las reglas de juego. Transforma en fuerzas de *ocupación* las del Estado viejo y en *agresión* la acción en defensa de su integridad territorial. Esa terminología se emplea ya en Cataluña. Los actos de ilícita injerencia se transforman en asistencia en la legítima defensa del Estado nuevo. Ciertamente es que cuando se reconoce como Estado soberano a quien no es un Estado *efectivo* se incurre en responsabilidad internacional, pero las reclamaciones pueden acabar siendo hechas al maestro armero, especialmente si el Estado reconocido consolida su *efectividad* en el curso de los acontecimientos.

Por lo que se refiere a los miembros de la UE, ha de señalarse que la independencia de Cataluña no solo la convertiría en Estado tercero a la Unión, sino que su reconocimiento por uno o más de ellos supondría una infracción grave de sus obligaciones conforme a los tratados constitutivos de la Unión, en particular del art. 4.2 del TUE. Las simpatías que a nivel parlamentario, social o mediático, hayan podido despertar los independentistas catalanes en los países bálticos, nórdicos o procedentes de la antigua Yugoslavia, no tendrá traducción a nivel de reconocimiento. Las instituciones de la Unión han cerrado la puerta al Sr. Puigdemont, ambulante, tuiteante y teleparlante por Bruselas. Cabe, sin embargo, pronosticar que no solo estos países, sino la generalidad de los miembros de la Unión y sus instituciones presionarían a España para que asumiera un *diálogo* abierto con los independentistas catalanes si logran una cierta efectividad y el Estado es incapaz de hacerse con la situación en un plazo razonable.

18 de diciembre de 2017

**Palabras clave:** Cataluña, secesión, libre determinación, declaración de independencia, art. 155 de la Constitución española, euroorden, reconocimiento.

**Keywords:** Catalonia, secession, self-determination, declaration of independence, article 155 of the Spanish Constitution, european arrest warrant, recognition.

## DECLARACIÓN SOBRE LA FALTA DE FUNDAMENTACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL REFERÉNDUM DE INDEPENDENCIA EN CATALUÑA<sup>1</sup>

Ante los errores en la invocación del Derecho internacional para dotar de fundamento jurídico a la ley del referéndum de autodeterminación, los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) abajo firmantes consideran que es su obligación cívica formular la siguiente declaración:

---

<sup>1</sup> Los Profesores Paz Andrés Sáenz de Santa María (Universidad de Oviedo), Gregorio Garzón Clariana (Universidad Autónoma de Barcelona), Araceli Mangas Martín (Universidad Complutense de Madrid), Xavier Pons Rafols (Universidad de Barcelona), Antonio Remiro Brotons (Universidad Autónoma de Madrid), Alejandro del Valle Gálvez (Universidad de Cádiz) y Rafael Arenas García (Universidad Autónoma de Barcelona), miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), elaboraron el 19 de septiembre de 2017 esta «Declaración sobre la falta de fundamentación en el Derecho internacional del referéndum de independencia que se pretende celebrar en Cataluña», que quedó abierta a la suscripción de los miembros de la AEPDIRI. Unos 350 miembros la suscribieron. Su texto y los firmantes pueden verse en la web <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/propuestas-de-los-miembros>; también en <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat>. El referéndum ilegal tuvo lugar el 1 de octubre de 2017.

El Tribunal Constitucional en pleno, por unanimidad, en la Sentencia 114/2017, de 17 de octubre, declaró la nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación», BOE núm. 256, de 24 de octubre de 2017 (accesible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-12206.pdf>). El Tribunal Constitucional ofrece una traducción no oficial de los fundamentos jurídicos y del fallo de esta sentencia, accesible en inglés en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/JUDGMENT%202017-4334STC\\_EN.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/JUDGMENT%202017-4334STC_EN.pdf) y en francés en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/JUGEMENT%202017-4334STC\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/JUGEMENT%202017-4334STC_FR.pdf). La Oficina de Prensa del Tribunal también publicó en inglés y francés un resumen en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/PRESS%20RELEASE%202017-2017.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/PRESS%20RELEASE%202017-2017.pdf) y [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/NOTE%20D'INFORMATION%20N%C2%BA%202017-2017\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/NOTE%20D'INFORMATION%20N%C2%BA%202017-2017_FR.pdf).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en pleno, por unanimidad, en la Sentencia 124/2017, de 8 de noviembre, declaró la nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República», BOE núm. 278, de 16 de noviembre de 2017 (accesible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2017-13228.pdf>). La traducción no oficial de los fundamentos jurídicos y del fallo que ofrece el Tribunal es accesible en francés en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/2017-4386STC%20FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/2017-4386STC%20FR.pdf). La Oficina de Prensa publicó un resumen en inglés (accesible en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/PRESS%20RELEASE%202017-2017.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/PRESS%20RELEASE%202017-2017.pdf)) y francés (accesible en [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/NOTE%20D%C2%B4INFORMATION%20N%C2%BA%202017-2017\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/NOTE%20D%C2%B4INFORMATION%20N%C2%BA%202017-2017_FR.pdf)).

1. Según la doctrina de las Naciones Unidas y la jurisprudencia internacional, las normas del Derecho internacional general relativas al derecho de autodeterminación de los pueblos sólo contemplan un derecho a la independencia en el caso de los pueblos de los territorios coloniales o sometidos a subyugación, dominación o explotación extranjeras.

2. A la luz de la práctica internacional, no puede excluirse un derecho de separación del Estado a comunidades territoriales cuya identidad étnica, religiosa, lingüística o cultural es perseguida reiteradamente por las instituciones centrales y sus agentes periféricos, o cuyos miembros son objeto de discriminación grave y sistemática en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, de forma que se produzcan violaciones generalizadas de los derechos humanos fundamentales de los individuos y de los pueblos.

3. Nada en los Pactos Internacionales de 1966, en ningún otro tratado sobre derechos humanos, ni en la jurisprudencia internacional apunta a la consagración de un derecho de las comunidades territoriales infraestatales a pronunciarse sobre la independencia y separación del Estado.

4. Las normas generales del Derecho internacional no prohíben que los Estados soberanos, atendiendo al principio de autoorganización, dispongan en sus propios ordenamientos jurídicos supuestos y procedimientos de separación de sus comunidades territoriales. La inmensa mayoría, lejos de hacerlo, proclaman la unidad e integridad territorial como principios básicos de su orden constitucional.

5. La Unión Europea respeta y protege la identidad nacional y la estructura constitucional y de autogobierno de sus Estados. Además, el Derecho de la Unión exige de estos que respeten y hagan respetar el Estado de Derecho, de modo que todos los poderes públicos se sometan a la Constitución, a las leyes y a su aplicación por los tribunales.

6. Como Cataluña no es una entidad que disfrute de un derecho de separación del Estado reconocido por el Derecho internacional, el derecho de libre determinación no puede constituir el fundamento jurídico para consultar a los ciudadanos sobre su independencia, como pretende el referéndum previsto en la Ley 19/2017 del Parlament, actualmente suspendida por el Tribunal Constitucional.

19 de septiembre de 2017

## STATEMENT ON THE LACK OF FOUNDATION IN INTERNATIONAL LAW OF THE INDEPENDENCE REFERENDUM IN CATALONIA<sup>2</sup>

In view of the errors committed in invoking International Law to substantiate the referendum on the self-determination of Catalonia, the undersigned members of the *Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* («Spanish Association of Professors of International Law and International Relations», or AEPDIRI) deem it our civic duty to issue the following statement on the subject:

1. As per United Nations doctrine and international case-law, international law on the self-determination of peoples provides for a right to pursue independence solely in cases in which populations are under colonial rule or are subject to foreign domination, subjugation or exploitation.
2. In light of international practice, a right of territorial communities to seek separation from a State may not be denied where central institutions

---

<sup>2</sup> Professors Paz Andrés Sáenz de Santa María (University of Oviedo), Gregorio Garzón Clariana (Autonomous University of Barcelona), Araceli Mangas Martín (Complutense University of Madrid), Xavier Pons Rafols (University of Barcelona), Antonio Remiro Brotons (Autonomous University of Madrid), Alejandro del Valle Gálvez (University of Cádiz) and Rafael Arenas García (Autonomous University of Barcelona), members of the Spanish Association of Professors of International Law and International Relations (AEPDIRI in Spanish acronym), elaborated on September 19, 2017 this «Statement on the lack of foundation in international law of the referendum of independence in Catalonia», which was open to the subscription of the members of the AEPDIRI. Some 350 members signed it. The text of the Statement and the signatories can be accessed at <http://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/propuestas-de-los-miembros>; also at <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat>. The illegal referendum took place on October 1, 2017.

The Constitutional Court of Spain in plenary session, unanimously, in judgment 114/2017, of October 17, 2017, declared the nullity of the Law of the Parliament of Catalonia 19/2017, of September 6, called «of the referendum of self-determination», *BOE* no. 256 of October 24, 2017 (accessible in Spanish at <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2017-12206.pdf>). The Constitutional Court offers an unofficial translation of the legal grounds and ruling of this judgment, accessible in English at [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/JUDGMENT%202017-4334STC\\_EN.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/JUDGMENT%202017-4334STC_EN.pdf) and in French at [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/JUGEMENT%202017-4334STC\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/JUGEMENT%202017-4334STC_FR.pdf). The Court's Press Office also issued a press release No. 74/2017 in English and French, accessible at [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/PRESS%20RELEASE%2074-2017.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/PRESS%20RELEASE%2074-2017.pdf) and [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_074/NOTE%20D'INFORMATION%20N%C2%BA%2074-2017\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_074/NOTE%20D'INFORMATION%20N%C2%BA%2074-2017_FR.pdf).

Subsequently, the Constitutional Court in plenary session, unanimously, in the judgment 124/2017, of November 8, 2017, declared the nullity of the Law of the Parliament of Catalonia 20/2017, of September 8, called «legal transience and foundation of the Republic», *BOE* no. 278 of November 16, 2017 (accessible in Spanish at <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-A-2017-13228.pdf>). The unofficial translation of the legal grounds and ruling of this judgment is accessible in French at [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/2017-4386STC%20FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/2017-4386STC%20FR.pdf). The press release 85/2017 in English and French is accessible at [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/PRESS%20RELEASE%2085-2017.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/PRESS%20RELEASE%2085-2017.pdf) and [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2017\\_085/NOTE%20D%C2%BA%20INFORMATION%20N%C2%BA%2085-2017\\_FR.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_085/NOTE%20D%C2%BA%20INFORMATION%20N%C2%BA%2085-2017_FR.pdf).

and other agents repeatedly persecute community members due to their ethnic, religious, linguistic or cultural identity or systematically subject individuals and peoples to serious discrimination in the exercise of their civil and political rights, resulting in widespread violations of basic human rights of individuals or peoples.

3. No provision whatsoever in the International Covenants of 1966, in any other human rights treaty or in international case-law, enshrines any right of regional or territorial communities to issue declarations regarding their independence and secession from the State.

4. In keeping with the principle of self-governance, the general rules of international law do not prevent sovereign states from establishing their own legal framework and procedures for the separation of their territorial communities. Nonetheless, the vast majority of States proclaim their unity and territorial integrity to be basic pillars of their constitutional order.

5. The European Union respects and protects the national identity as well as the constitutional and governing frameworks of its Member States. Moreover, EU law requires the latter to respect and enforce the rule of law to ensure that all public authorities adhere to the Constitution, the law, and their application by the courts.

6. As Catalonia does not represent an entity which would be entitled to the right of separation from the State recognized in international law, the right to self-determination cannot serve as the legal basis for consulting its citizens on the subject of its independence, as claimed for the referendum foreseen in Catalan Parliamentary Act 19/2017, currently suspended by the Spanish Constitutional Court.

September 19, 2017

Sección coordinada por J. FERRER (Derecho internacional público), F. GARAU (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

### RECENSIONES

Nota de la Dirección: se incluyen en el presente número de la *REDI* las reseñas que por limitaciones de espacio no fue posible incluir en el número anterior (véase p. 353 *REDI*, vol. 69, 2017-2).

ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Madrid, Reus, 2016, 266 pp.

Desde hace ya algunos años un grupo de investigadores de la Universidad de Cádiz, bajo la dirección del Doctor Alejandro del Valle, vienen trabajando de forma muy meritoria sobre diversas cuestiones relacionadas con el entorno del Estrecho de Gibraltar y sobre las ciudades, islas y peñones españoles en el norte de África. Esta monografía se inserta dentro de esta línea de trabajo y aborda un tema álgido en las relaciones internacionales españolas como es el de la compleja realidad fronteriza de la Ciudad Autónoma de Melilla, una ciudad única y quizás no lo suficientemente conocida y valorada desde la Península. Esta enmarañada situación fronteriza que, a lo largo de la historia, ha conocido múltiples vaivenes, debido en buena parte a la indolencia de las autoridades españolas y a los cambios de humor de los vecinos marroquíes, ha ido conduciendo a un retranqueo de la frontera terrestre con la consiguiente reducción del territorio nacional, la instalación de un sistema de múltiple vallado —que no pasa desapercibido para la opinión pú-

blica—, y el camino hacia un limbo jurídico-histórico de una zona neutral hoy tácitamente desaparecida. Y ello ocurre en una tierra desde antiguo española y hoy, también, espacio europeo en África, aunque, obviamente —y como se manifiesta claramente en diversos momentos de esta obra— objeto de reclamación por parte del Reino de Marruecos, cuyas autoridades no reconocen lo bien fundado de los títulos jurídicos que legitiman la soberanía española en este territorio.

Trazado de fronteras que se dificulta no solo por el cuestionamiento de estos títulos jurídicos, sino también por la existencia de una serie de infraestructuras ya más modernas que han impactado en el perímetro de la Ciudad reduciendo, como decía, su extensión, bien al levantarse el doble vallado sobre suelo español, bien al construirse el puerto marroquí de *Beni Enzar* invadiendo parcialmente el puerto de Melilla, o desde el aire al encerrarse el tráfico aéreo en un corredor, que controlado por las autoridades españolas, se encuentra dentro del espacio aéreo marroquí.

Es a esta candente realidad que, curiosamente, no ha ocupado a la doctrina española, a la que se acerca, desde una perspectiva jurídica sólidamente construida, el Profesor Acosta, ofreciéndonos un análisis riguroso y sistemático de las diversas facetas que la delimitación de una variada gama de fronteras vienen planteando (fronteras terrestres, fronteras marítimas, fronteras aéreas, cada una con sus propias peculiaridades, derivadas en parte del propio enclavamiento de Melilla, enclavada entre aguas marítimas y tierras pertenecientes a Marruecos). Análisis que se complica por la ausencia de una normativa clara de delimitación y de demarcación y hace, aún más útil, el trabajo de investigación y de campo que encierra esta obra.

En su estudio el Doctor Acosta va de las cuestiones generales (las fronteras en Derecho internacional y en Derecho español), a lo más particular y concreto relativo a la delimitación de las fronteras terrestres, marítimas y aéreas de la Ciudad Autónoma de Melilla, pasando por el estudio de la pertenencia de esta Ciudad a la Zona Schengen y de las implicaciones que ello tiene para la propia ciudad, para España y para la UE, como refleja la presente problemática de la inmigración irregular. Este esquema lo desarrolla a lo largo de cinco capítulos. El primero de ellos contiene una presentación de las fronteras en Derecho internacional y de la práctica española existente al respecto, destacando la casi ausencia de acuerdos con Marruecos por lo que se refiere a los territorios bajo soberanía española en el Norte de África y la continua reclamación por este país de la soberanía sobre dichos territorios. En el Capítulo II se ofrece un estudio de la Ciudad Autónoma de Melilla, sus características históricas y sus rasgos actuales derivados del hecho de formar parte de la UE. En los tres siguientes capítulos va acercándose a cada tipo de frontera; así en el Capítulo III estudia las fronteras terrestres y la difícil concreción, en la actualidad, de los límites terrestres de Melilla. En

el Capítulo IV se detiene a examinar las fronteras marítimas y la peculiar situación del puerto marroquí de *Beni Enzar* que, como el autor muestra, se adentra en las aguas interiores españolas. Y, en el Capítulo V, al estudiarse las fronteras aéreas, se prioriza la problemática de la navegación hacia y desde el aeropuerto de Melilla y el funcionamiento del llamado «Corredor de Melilla». La obra se completa con un muy útil anexo donde se incluyen una serie de textos jurídicos de no siempre fácil localización.

Es en estos tres últimos capítulos donde radica, a mi entender, la novedad y el interés mayor de esta obra, pues recoge, de manera clara y sistematizada, los avatares por los que han pasado estas fronteras, su difuminación en una serie —más bien escasa— de textos de muy variable valor jurídico y frecuentemente no reconocido por ambas partes, y la manera en que un cierto pragmatismo diplomático viene permitiendo un aceptable funcionamiento cotidiano. Pero, aunque este pragmatismo es más que necesario, dado el contexto geopolítico al que se aplica, lo cierto es, como señala el autor, que no resulta en absoluto suficiente. De ahí, el meritorio esfuerzo que realiza el Doctor Acosta para proponer medidas y soluciones que permitirían incrementar la seguridad jurídica y, también, fortalecer la posición española cara a eventuales complicaciones territoriales que, como refleja nítidamente nuestro pasado, no han faltado con nuestro vecino marroquí. Pienso que estas propuestas se nutren no solo de sus lecturas académicas y documentales, sino también del contacto directo y físico con las realidades fronterizas de la Ciudad Autónoma de Melilla y con las personas que las viven a diario.

Se trata, pues, de un estudio de las situaciones existentes, de los puntos más propicios a fricciones entre los dos Estados vecinos, de las prácticas aceptadas, pero, también, de las posibles vías que podrían mejorar la situación existente y facilitar la conclusión de acuerdos destinados

a normalizar unas fronteras hoy foco de tensión bilateral. Y, en este sentido, considero que este trabajo es útil y oportuno, constituyendo una aportación concreta sobre un tema diplomáticamente «caliente» necesitado de un examen jurídico sosegado en nuestro país. Y, al hacerlo, viene a llenar un vacío que, inexplicablemente, existía en un tema tan relevante para España, puesto qué duda cabe que las diferencias relativas a las fronteras,

consecuencia directa de las divergentes interpretaciones sobre la soberanía de los territorios sobre los que se aplica, es fuente de interminables tensiones que no necesitan de demasiado ruido para enturbiar las de por sí complejas relaciones de España con su vecino del Sur.

José Manuel SOBRINO HEREDIA

Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.01>

ÁLVAREZ, J. E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2017, 479 pp.

José Enrique Álvarez, Profesor de Derecho Internacional de la New York University Law School (NYU) y ex Presidente de la American Society of International Law (ASIL) entre 2006 y 2008, ha publicado esta importante contribución sobre el impacto de la labor de las organizaciones internacionales en el Derecho internacional, producto de sus disertaciones en el curso general de la Academia de Derecho Internacional de Xiamen. El Profesor Álvarez es un reputado académico, con una vasta trayectoria en su haber y no se trata de la primera ocasión en la que aborda la temática de las Organizaciones Internacionales, ya que anteriormente publicó *International Organizations as Law-Makers* (OUP, 2005). Asimismo, entre otros, dicta un curso sobre esta materia en NYU.

Las Organizaciones Internacionales (OIs) son producto de una necesidad de cooperación entre los Estados, más que de una estrategia de diseño para regular y gobernar los asuntos globales. Sin embargo, después de décadas de institucionalización progresiva, la dirección del proceso parece estar cambiando. En África, los Estados se están retirando de la Corte Penal Internacional (CPI); en Europa, el *Brexit* parece alejar la noción de una «Unión cada vez más estrecha»; y la nueva Administración estadounidense

exhibe un profundo escepticismo, cuando no una repulsa del valor de las Naciones Unidas, en particular, y de otras organizaciones internacionales, en general.

*The Impact of International Organizations on International Law* se encuentra estructurado en seis capítulos. El inicial, a través de una contraposición entre las concepciones positivistas y sus detractores, sirve como una suerte de «hoja de ruta» para el resto de la obra, ya que allí el Profesor Álvarez traza los postulados que se desarrollan a lo largo del libro, incluidas ciertas «advertencias» finales que matizan las afirmaciones realizadas previamente. El autor analiza cómo las Organizaciones Internacionales, en particular las del sistema de las Naciones Unidas, han introducido importantes cambios en las formas, contenidos y efectos del Derecho internacional. Sin embargo, la obra literalmente se «resiste» a adoptar la línea de pensamiento que celebre la creación y desarrollo de las OI como una «narrativa progresista», en la que el poder es crecientemente desplazado por el imperio de la ley. Álvarez sostiene que una observación más cercana y detallada de los OIs y/o tribunales internacionales no demuestra de manera concluyente que ellos hayan introducido una mejora sustantiva en las relaciones internacionales, que el Derecho haya primado sobre la voluntad

de los actores poderosos, ni que se hayan alcanzado los objetivos específicos perseguidos por quienes diseñaron las OIs y/o tribunales internacionales. Esa aproximación crítica se manifiesta desde el prefacio, en el que Álvarez juzga a las OIs como «burocracias imperfectas» e ilustra con la obra «*Silla rota*» de Paul Vermeulen en la tapa de la edición impresa.

El Capítulo II analiza la actividad del Consejo de Seguridad, a través del creciente número de resoluciones adoptadas en el marco del Capítulo VII, que exhiben claramente cómo este órgano —y la Organización en general— ha ido apartándose de la concepción original de la Carta, entre otras acciones, mediante la creación de instituciones (*v. gr.* tribunales internacionales), la generación de obligaciones «globales» de carácter vinculante para los Estados, las sanciones «inteligentes», su relación con la Corte Penal Internacional (CPI) y su intervención en las cuestiones relacionadas con la «seguridad humana», incluida la responsabilidad de proteger. Se subraya que, a pesar del creciente número de vetos (incluyendo la nueva tendencia de los vetos conjuntos sino-rusos), el 90 por 100 de las resoluciones fueron adoptadas por consenso, evidenciando un dinamismo que los redactores de la Carta no podrían haber anticipado.

De manera similar, el Capítulo III se inicia con un análisis somero de la naturaleza jurídica y el valor de las resoluciones de la Asamblea General, para abordar a continuación cierto tipo de funciones de este órgano. Si bien ciertas resoluciones de la Asamblea han adquirido mayor relevancia o implicado reformas *de facto* de la Carta, el autor afirma que la mayoría de ellas solo representan «modestas medidas graduales que sutilmente afectan la operación de Naciones Unidas». Sin embargo, la AGNU (en ocasiones con la asistencia y complicidad del CSNU) ha expandido sus actividades y las de la Organización a través de los conceptos de «seguridad humana», «de-

mocratización» e «imperio de la ley», lo que significa transformar la institución de un organismo de seguridad colectiva a un ente de gobernanza global.

El Capítulo IV analiza con particular detalle el impacto de las actividades de un organismo especializado de Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, sobre el DI; mientras que el V se concentra en los efectos que produce la actuación de los 24 diferentes tribunales permanentes y otros entes encargados de la solución de controversias o diferencias internacionales. El capítulo final aborda los desafíos que las OIs presentan tanto al positivismo jurídico como al principio de la soberanía estatal y al propio Estado de Derecho.

Si bien existe una abundante bibliografía sobre la labor de las OI y los tribunales internacionales, el libro presenta cuestiones fundamentales sobre el futuro del Derecho internacional, tomando como base los desafíos que las OIs plantean al positivismo jurídico, a las concepciones tradicionales de soberanía y al propio Estado de Derecho. La obra realiza una contribución sustancial a la comprensión del impacto de las OIs en el Derecho internacional contemporáneo, demuestra la naturaleza evolutiva del Derecho de las OIs, identifica las complejas fuerzas prácticas que impulsan su evolución y pone de manifiesto las falencias que presenta la concepción positivista del DI.

El libro retrata una historia de cambios fundamentales impulsada por las OIs y sus órganos dependientes así como por los tribunales internacionales, con implicaciones significativas para las normas que regulan el comportamiento entre los sujetos de Derecho internacional. Los casos analizados evidencian como el Derecho internacional en la era de las OIs se ha alejado de los principios cardinales del positivismo jurídico.

A mi juicio, aun a pesar de la evidente transformación experimentada por la ac-

ción de las OIs, los pilares centrales utilizados por el positivismo para describir al Derecho internacional, incluidas las fuentes, siguen siendo válidos. No debemos olvidarnos que a pesar de su dinamismo y personalidad jurídica propia, las OIs son creadas por tratados entre los Estados y, como reiteradamente se ha alegado respecto de las Naciones Unidas, la organización es, en última instancia, lo que los Estados quieren que sea.

En síntesis, la obra del Profesor Álvarez es una contribución fascinante no solo al Derecho de las OIs, sino al DI en su conjunto. Su investigación de gran alcance y profundidad y su análisis reflexivo nos benefician a todos. Por ello aliento su lectura y discusión, a la vez que felicito al autor.

Ricardo ARREDONDO

Universidad de Buenos Aires

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.02>

ÁLVAREZ RUBIO, J. y YIANNIBAS, K. (eds.), *Human Rights in Business Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union*, Routledge, Londres/Nueva York, 2017, 146 pp. [ISBN: 978-1-138-28418-0 (hbk), 978-1-315-26946-7 (ebk)].

Nos encontramos ante una obra colectiva con una clara vocación técnica, que va más allá del mero análisis académico de un problema tan significativo y actual como es la efectiva protección transfronteriza de las víctimas de lesiones de derechos humanos en el ámbito de los negocios internacionales. Este libro es el resultado del trabajo conjunto realizado por un grupo de investigadores y prácticos del Derecho de distintos Estados europeos que, a tales efectos, han constituido un consorcio de diversas instituciones académicas y legales —coordinados y dirigidos por el *Governance Institute for Democratic Governance*— con el objetivo común de tratar de buscar los mecanismos adecuados para el respeto de los derechos humanos frente a los abusos de las multinacionales en una economía cada vez más globalizada. Este trabajo se enmarca dentro de un proyecto de investigación colaborativo financiado por la UE sobre el acceso a la justicia en la Unión Europea por violaciones de derechos humanos relacionados con las empresas (<http://humanrightsinbusiness.eu/>). Este proyecto, que comenzó en septiembre de 2014 y que se ha desarrollado durante dos años, ha girado en torno a cuatro líneas de investigación específicas que tienen claro reflejo en el trabajo es-

crito que se nos presenta (lo que justifica su estructura en cuatro capítulos). A saber: el análisis desde la perspectiva de la Unión Europea de las cuestiones sobre la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable en sede judicial, los mecanismos de reparación no jurisdiccionales y las obligaciones de las empresas (responsabilidad corporativa) y sus estándares de protección para este particular ámbito.

En un contexto de economía global en el que la capacidad de las multinacionales de violentar o, en términos generales, de afectar en ciertos derechos de las personas (como son los relativos al disfrute del trabajo y el derecho a un medio ambiente adecuado y saludable) se ha incrementado en la misma medida que su poder social y económico, lo que unido al hecho de la dificultad que existe de regular sus actividades para que se ajusten a los estándares internacionales sobre estos derechos, revela la adecuación y necesidad de este estudio. Asimismo, se incorpora la necesaria referencia a los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos —aunque solo en lo que respecta a su implementación por la UE y su incidencia en la delimitación de responsa-

bilidad corporativa en este contexto—. La relevancia de esta cuestión es obvia, por cuanto que el debate político en este ámbito está dirigido en la actualidad por la ONU precisamente mediante estos Principios. En este mismo ámbito, ha visto la luz otra obra colectiva que aborda esta cuestión desde la perspectiva del impacto de estos Principios en el Derecho internacional privado [véase F. J. ZAMORA CABOT, L. HECKENDORN URSCHELER y S. DE DYCKER (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights. Private International Law Perspectives*, Ed. Schulthess Verlag en la colección «Publications de l'Institut suisse de droit comparé» n. 81, 2017].

La estructuración de la obra en cuatro capítulos bien diferenciados resulta acertada en la medida que de esa forma se realiza una aproximación global de la materia objeto de estudio, abordando los posibles mecanismos de reparación civil —judiciales y extrajudiciales— para las eventuales víctimas frente a violaciones de sus derechos humanos laborales y/o medioambientales por actuaciones de las empresas dentro de la UE, pero también en relación con ciertos terceros países, como es el caso de Estados Unidos por sus particularidades en cuanto a la determinación de la competencia jurisdiccional de sus tribunales, lo que permite una análisis comparativo enriquecedor desde el punto de vista del Derecho internacional privado en el ámbito de la competencia judicial internacional. El hecho de que cada uno de estos capítulos finalice con sus propias conclusiones y recomendaciones sobre las cuestiones controvertidas, con el objeto de conseguir una mayor eficacia para la víctima en el acceso a dicha reparación, facilita la lectura y comprensión de cada uno de los ámbitos abordados, ya que permite enfocar el interés en función de la aproximación de la materia que se desee

por el lector. Asimismo, refuerza la afirmación de que la vocación de esta obra no es simplemente analizar el *status quo* desde una perspectiva académica sino de constituirse como una especie de *lege ferenda* que configure las bases para que su contenido se concrete en un futuro en actos concretos dentro de la UE.

Son muchas las aportaciones que la obra ofrece en este ámbito —algunas evidentes y otras más novedosas—. Si bien, cabe destacar en este sentido el Capítulo I, en la medida que analiza de forma omnicompreensiva y sistematiza todos los supuestos de atribución de competencia judicial internacional en este tipo de litigios desde una perspectiva europea —cuestión armonizada por el Reglamento (UE) 1215/2012— y comparada con el sistema estadounidense —de gran relevancia en la práctica litigiosa contra multinacionales en este campo—. Lo más reseñable es la parte final donde se ofrecen algunas recomendaciones para afrontar los desafíos jurisdiccionales que pueden surgir en este ámbito. Para ello se recurre tanto a la interpretación extensiva de figuras tan conocidas como es el *forum necessitatis*, como se opta por soluciones más innovadoras que pueden resultar más controvertidas, como es reinterpretar *ad hoc* cierta doctrina del Tribunal de Justicia (asunto C-195/10, *Painer*) para fundamentar la competencia de los Estados miembros en esta materia en aplicación del vigente Reglamento (UE) 1215/2012. Por todo, esta obra puede configurarse como una base inicial de la que partir y, tras una investigación más profunda y desarrollada de cada una de las cuestiones implicadas, se realicen las modificaciones legislativas necesarias para conseguir el objetivo buscado.

Clara Isabel CORDERO ÁLVAREZ  
Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.03>

CONDE PÉREZ, E. e IGLESIAS SÁNCHEZ, S. (eds.), *Global Challenges in the Arctic Region. Sovereignty, environment and geopolitical balance*, Londres/Nueva York, Routledge, 2017, X + 464 pp.

Hace unos años devoraba el libro de Fergus Fleming *Ninety degrees North. The Quest for the North Pole*, publicado en 2001, traducido al español por Jordi Beltrán Ferrer en 2007 (*La conquista del Polo Norte*). Obviamente, la obra que ahora reseño nada tiene que ver con ese relato; pero lo menciono para subrayar la fascinante historia de un espacio difícil para el ser humano en el que se sumaron expediciones, fracasos, desapariciones, motines, hechos inverosímiles, imposturas, heroicidades y hasta puntuales episodios de antropofagia.

La atracción de los exploradores encontró el relevo natural de especialistas de muchas otras ciencias, naturales y sociales. La región ártica es ahora bien conocida y tanto la evolución tecnológica como ciertos fenómenos naturales inducidos por el hombre (de ambos sexos), especialmente el cambio climático, han despertado ambiciones soberanas y con ellas problemas de delimitación de espacios entre los países con costas al Ártico, nuevas rutas de navegación por los pasos del Noroeste y del Noreste entre reclamaciones de soberanía de canadienses y rusos, proyectos de explotación de recursos naturales en la mar y en la plataforma continental, incluso más allá de las 200 millas marinas de cualquier costa y a costa de los Fondos Marinos que se definen como Patrimonio Común de la Humanidad, riesgos para el medio natural que se proyectan a tan larga distancia que, desde el punto de vista humano, la creciente necesidad de reasentar a los *inuit* o esquimales en zonas menos amenazadas por el deshielo encuentra su parangón a miles de kilómetros cuando por el aumento del nivel de las aguas poblaciones de Vanuatu, en el Pacífico, o las Maldivas, en el Índico, deben abandonar,

para sobrevivir, islas tan pobres como paradisíacas.

Los complejos problemas de la región ártica se han convertido, por todo ello, en un *trend topic* de nuestro tiempo y el libro que suscita este comentario está volcado a considerar algunos de esos problemas con una visión que, aun multidisciplinar, es fundamentalmente jurídico-política. Compuesto de 22 capítulos, dos de ellos son introductorios y 20 se distribuyen en cinco partes que se ocupan de las cuestiones de soberanía (1); la administración (*governance*) de la región donde sobresale el Consejo Ártico y la progresiva implicación de la sociedad civil (2); el dilema del desplazamiento de los *inuit*, sus derechos, la protección de las especies árticas y la reglamentación de su tráfico comercial (3); el medio ambiente y la explotación de pesquerías y recursos minerales, energías renovables y reducción de emisiones (4); y los retos geopolíticos y de seguridad (5), dentro de una construcción abierta en la que la sistematización responde, como dicen las editoras, al «centro de gravedad» de cada contribución. Los desafíos del cambio climático, la conservación y protección del medio natural y el desarrollo sostenible, la cooperación de los Estados árticos entre sí y con los no-árticos o el papel que debe representar la Unión Europea, irradian desde el tronco de la obra a sus diferentes ramas. Pero también cabe llamar la atención sobre los dos capítulos finales —un acierto más de las editoras— dedicados al papel de China en pos de su sueño hoy realizable y en parte ya realizado de ser una gran potencia. Tal vez por ello ha aprendido ya a actuar con un cierto desdén por las normas internacionales; pero eso ocurre en el Mar del Sur de la China, no en el Ártico, donde trata de hacerse un hueco, como un actor

global que es, utilizando la cooperación científica como pacífica arma diplomática de penetración y afianzamiento de sus intereses.

El origen de este libro se encuentra en un proyecto de investigación que bajo el título *The Race for the Arctic: Issues of International Law Arising in the Light of Climate Change*, presentó y ha dirigido una de las editoras, la Profesora Elena Conde, y ha sido financiado por el Ministerio español de Economía y Competitividad. Elena Conde supo atraer a 11 investigadores, jóvenes en su mayoría, para formar un equipo que, luego, a la hora de concebir el libro, ha aumentado hasta 25, algunos ya no tan jóvenes, contando algunos capítulos con más de una firma. Un tercio de los participantes en esta obra coral ocupa puestos en

universidades españolas, el resto en centros europeos, canadienses y asiáticos o disfruta de posiciones en instancias no académicas.

Con este libro Elena Conde, acompañada en la edición por Sara Iglesias, ha tenido la virtud de introducir la cuestión del Ártico en la agenda de la investigación de juristas y politólogos de universidades españolas y establecer vínculos con instituciones de otros países, especialmente los europeos más interesados por su vecindad y avanzados por sus conocimientos, amén de Canadá. Publicado en inglés con esmero por Routledge, su difusión está garantizada. Una obra recomendable.

Antonio REMIRO BROTONS

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.04>

COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M. P. y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (coords.), *Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

La obra colectiva que nos presenta los coordinadores (Z. Combalía, P. Diago y A. González-Varas) posee un notable carácter expositivo y clarificador de las sociedades occidentales del siglo XXI que están en contacto permanente con el mundo jurídico islámico. Así, en el Capítulo I, la Doctora Z. Combalía se ocupa de la aplicación y la interpretación de los derechos fundamentales ante los nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales. Por un lado, la autora destaca con acierto que uno de los grandes retos que tiene hoy el Islam es la interpretación de la *Sharia* y la adaptación a los nuevos contextos sociales, con la siempre salvaguarda de los derechos humanos. Por otro, la profesora destaca que la meta de Occidente sería avanzar en la separación entre identidad cívica y religiosa, ahondando en una noción inclusiva de laicidad. Y todo ello con el propósito de conseguir la convivencia pacífica entre el Islam y la cultura occidental.

La Doctora Diago realiza en el Capítulo II una notable tarea de repaso de instituciones jurídicas vinculadas al Derecho de familia y sucesiones, señalando el auge de los conflictos ocultos derivados la fuerte inmigración de religión musulmana establecida en los países occidentales. La Profesora Diago realiza un análisis sobre el impacto de los Tribunales islámicos en diversos territorios europeos para minimizar los conflictos ocultos, como el creado en Anversa (Bélgica) o los *Sharia Councils* del sistema anglosajón. En sentido similar, se plantea el caso de Nueva Caledonia o Mayotte, territorio perteneciente a Francia y donde se respeta la aplicación de un Derecho local de inspiración islámica. Enriqueciendo el debate, P. Diago apuesta por la autonomía de la voluntad de las partes para disipar las dudas acerca de cuál sería la mejor legislación aplicable en materias vinculadas al Derecho de familia, tal y como experimenta en relación con las situaciones matrimoniales.

En el Capítulo III el Profesor Borel explora el significado del principio de laicidad y su posición con respecto al fenómeno religioso en Francia, especialmente relacionadas con las prácticas vinculadas al Islam en ciertos servicios públicos, en centros educativos, en hospitales, etc. Y todo ello entrelazado con el problema de seguridad pública a raíz de los últimos acontecimientos de terrorismo en Francia. En este sentido, el autor analiza los asuntos más relevantes del país vecino que han llegado a los tribunales y componen la doctrina jurisprudencial en relación a las diversas prácticas religiosas y la laicidad del sistema francés, como la cuestión de la normativa sobre prohibición del velo islámico integral en el espacio público y que sido validada por la Corte Europea de Derechos Humanos en 2014.

El Doctor Ricardo García analiza el siguiente capítulo dedicado al Islam y la Administración en España. La Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España supuso el marco jurídico para la cooperación con la comunidad musulmana residente en nuestro país. El autor critica que la estructura mantenida no es operativa, ya que los estatutos han quedado obsoletos y existe una falta de unidad para su reforma. Sin embargo, y pese a estas insuficiencias, el profesor llega a la conclusión de que el Estado en su conjunto no deja de atender la realidad de los musulmanes en España.

El Capítulo V plantea la cuestión de la alimentación *halal* en Europa. El Doctor Rosell realiza un trabajo esencial de Derecho comparado sobre la legislación existente tanto en la Unión Europea como en algunos Estados miembros en relación con el sacrificio ritual de un animal según los preceptos religiosos. El Profesor Rosell critica la multiplicidad de órganos certificadores y una falta de transparencia en la distribución en el mercado alimenticio de la carne *halal* en

Europa, tal y como está ocurriendo en el Reino Unido, Alemania, Francia y España. El autor está convencido en la proyección por parte del Estado de una marca de garantía de productos *halal* para que los consumidores tengan la oportunidad de elegir alimentos apropiados conforme a sus creencias religiosas.

El Capítulo VI se dedica al régimen jurídico de las mezquitas en España y en otros países afrontado por el Profesor González-Varas. El derecho a tener un lugar de culto, como las mezquitas, es una de las principales manifestaciones que se derivan del derecho fundamental de libertad religiosa en su vertiente colectiva. La mezquita es un lugar para el encuentro religioso y de culto pero también sirve para desplegar actividades de diversa índole (escuelas coránicas, negocios típicos...). Ello está causando que la población autóctona se sienta amenazada por quedar desplazada su tradición local. El Doctor A. González-Varas considera que las dificultades para las construcciones de mezquitas en España vienen originadas por los obstáculos que se suscitan en la práctica, tal y como ocurre también en Italia.

El capítulo siguiente es afrontado por la Doctora Ortiz Vidal, que lo centra en la *kafala* islámica y su repercusión en relación a la prestación social de orfandad en España. La Profesora Ortiz verifica si uno de los efectos jurídicos de la resolución de *kafala* constituida en Marruecos puede reconocerse en nuestro país para que se pueda solicitar una pensión de orfandad a favor del *kafalado*, teniendo en cuenta que este no es hijo biológico ni adoptado del fallecido. Los Tribunales sociales españoles han puesto de manifiesto que la *kafala* marroquí puede ser asimilada funcionalmente a la adopción española a los solos efectos de que el *makful* pueda beneficiarse en España de una prestación de la Seguridad Social, con base en la función asistencial que cumple la *kafala* y atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al interés del menor.

La obra colectiva finaliza con una aportación del Doctor J. Ferreiro dedicada a la primavera árabe y las transformaciones en Egipto acaecidas con motivo de las revueltas. Para comprender estos acontecimientos, el autor se aproxima a los antecedentes de las revueltas en varios países árabes y el análisis de la política y medidas del Presidente egipcio M. Morsi, tildada como desastrosa. A pesar de las consecuencias desastrosas del golpe de Estado en Egipto y el gobierno tutelado por militares, el Profesor Ferreiro confía en las expectativas de cambio en aquella zona, aunque

las grandes transformaciones lleven su tiempo.

En conclusión, y gracias a la aproximación crítica y rigurosa que se realiza por parte de los participantes, consideramos que esta obra se convierte en material de obligada referencia para los estudiosos de las relaciones jurídicas euro-islámicas, además de despertar en el lector una enorme curiosidad por las innovadoras y científicas respuestas aportada a dicha problemática.

Carmen RUIZ SUTIL

Universidad de Granada

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.05>

GANDÍA SELLENS, M. A., *La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de presunta infracción de derechos de patente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 391 pp. (ISBN: 978-84-9119-927-4).

Pese a la notable atención que en los últimos lustros ha recibido el estudio de las cuestiones de competencia que se plantean en la litigación internacional en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual, se trata de un ámbito en el que la realización de un estudio monográfico como el elaborado por María Aránzazu Gandía Sellens se encuentra plenamente justificada y resulta fuente de aportaciones significativas. Entre los elementos ilustrativos de la oportunidad de un estudio de estas características, centrado en los derechos de patente, cabe reseñar las recientes novedades legislativas en este sector, como las vinculadas al Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes, o incluso a nivel nacional las previsiones sobre arbitraje de la nueva Ley de Patentes. Asimismo, el limitado reflejo que en el ámbito legislativo han tenido las significativas propuestas de mejora normativa formuladas en círculos académicos internacionales se relaciona con la circunstancia de que se trata de un sector en el que existe amplio consenso acerca de la necesidad de revisión normativa, de modo que la puesta de relieve de algunas de las carencias del siste-

ma actual y la valoración de las posibles alternativas resultan de singular interés. Además, la trascendencia económica de la materia, su complejidad y las reticencias a su modernización se manifiestan en la importancia que ha alcanzado en la negociación de los principales instrumentos internacionales sobre litigación privada internacional. Así lo reflejan los debates acerca de la eventual inclusión de los litigios sobre derechos de patente en el ámbito del convenio multilateral sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones actualmente en negociación en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

De manera coherente con el título de la obra, la autora proporciona un estudio que abarca el conjunto de las cuestiones que plantea la competencia judicial internacional en materia de patentes desde la perspectiva de los tribunales españoles, incluyendo el análisis de los textos europeos e internacionales relevantes, en particular el Reglamento Bruselas I (refundición), el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes y el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de

foro. Esta orientación de la obra se corresponde con su estructura, dividida en cinco capítulos. El primero está centrado en el estudio de la competencia exclusiva en los litigios en materia de inscripción y validez de patentes, respecto de la que la autora se muestra muy crítica, lo que se proyecta sobre el resto de los capítulos de la obra, en la medida en que el alcance de esa competencia exclusiva limita la operatividad de los otros fueros de competencia objeto de estudio. Ese es el caso de la virtualidad de los acuerdos de prórroga de jurisdicción, objeto del Capítulo II, así como del fuero general del domicilio del demandado y el fuero especial basado en el lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el hecho dañoso, a los que se encuentra dedicado el Capítulo III. El Capítulo IV analiza en profundidad un ámbito de especial relevancia práctica, como es el relativo a la tutela cautelar. Por último, el Capítulo V está dedicado al potencial alcance de los mecanismos alternativos de solución de controversias en la litigación internacional en materia de infracción de derechos de patente.

El carácter completo del estudio reseñado se refleja en que más allá de lo relativo a la litigación en el ámbito de patentes incluye también un elaborado análisis de aspectos generales del funcionamiento y aplicación de los regímenes de competencia, en especial del sistema del Reglamento Bruselas I. Junto a su carácter completo, otras indudables virtudes de la obra son el rigor en el manejo de las fuentes y la coherencia del conjunto del análisis que lleva a cabo la autora. En la medida en que la monografía tiene su origen en su tesis doctoral, evidencia la gran dedicación de la autora a la actividad universitaria y la adquisición durante su etapa de formación de los conocimientos y habilidades necesarios para la elaboración de trabajos de investigación rigurosos y de calidad.

Por ello, lo que merece ser destacado es el interés y la valía de la obra, más

allá de que algunos aspectos puntuales de su planteamiento o de las soluciones propuestas puedan no ser plenamente compartidos. A modo de ejemplo, el que la hipótesis de partida que condiciona toda la obra desde sus primeras páginas sea «la falta de fundamento de la competencia judicial exclusiva en este ámbito» (p. 30), lo que contrasta abiertamente con la situación prácticamente en todos los ordenamientos del mundo, condiciona el análisis de las reglas de competencia objeto de los otros capítulos (como refleja la reiteración misma en el inicio del título de los Capítulos II a V). En particular, esa posición tan rotunda parece haber limitado el análisis de las implicaciones de la posición del Tribunal de Justicia sobre la práctica de la litigación internacional ante los tribunales de los Estados miembros no abordadas en las sentencias *GAT*, *Roche* o *Solvay* y que son fuente de incertidumbre con respecto al funcionamiento del actual marco normativo. Similar conclusión parece imponerse en lo relativo a la posibilidad de haber dedicado una mayor atención a las implicaciones de las propuestas que sin suprimir esta competencia exclusiva abogan por un alcance restrictivo de la misma, así como a la circunstancia de que el fundamento de la imposición de la competencia exclusiva para las jurisdicciones estatales no coincide con el de los límites a la arbitrabilidad. En todo caso, debe insistirse en que la autora fundamenta con rigor sus planteamientos y al proponer la completa supresión de esta competencia exclusiva entronca con una línea de pensamiento del que otro exponente en la literatura reciente es la monografía de B. Ubertazzi.

Para concluir, cabe poner de relieve que la monografía de María Aránzazu Gandía Sellens constituye una rigurosa aportación de primer nivel, no solo en el contexto de la doctrina española, sino también del conjunto de la europea. La obra reseñada representa una valiosa

contribución tanto para apreciar mejor algunas de las carencias del actual marco regulador de la competencia internacional en el ámbito de los derechos de propiedad industrial, como en lo relativo

a las perspectivas de adaptación y evolución de dicho marco.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO  
 Universidad Complutense de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.06>

GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2016, 172 pp.

Los daños ambientales —y añadido, la violación de derechos humanos— causados por filiales de empresas matrices con domicilio en la Unión Europea en territorios de terceros Estados o en aguas de alta mar son, desgraciadamente, frecuentes en nuestro mundo globalizado, donde impera la economía de mercado y el consumismo exacerbado. Para estos grupos de empresas transnacionales aún resulta beneficioso desarrollar sus actividades, por ejemplo, extractivas, en terceros Estados, provocando daños ambientales y a la salud de las personas, sin que posibles indemnizaciones por la vía de la responsabilidad extracontractual de sus filiales les repercuta en sus beneficios económicos.

Las limitaciones del Derecho internacional para evitar estas situaciones y para reparar los daños han dejado el grueso de las posibilidades de reparación y regulación a los sistemas nacionales de Derecho civil y penal. En la esfera transfronteriza del daño ambiental y de la reclamación de responsabilidad extracontractual significa utilizar las normas de DIPr para determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable y las restantes cuestiones procesales internacionales.

La monografía de Laura García Álvarez expone los principales problemas para acceder a la justicia en estos casos y proporciona soluciones de *lege ferenda*. En la introducción, y a lo largo del trabajo, la autora aporta argumentos a favor de presentar la demanda ante los tribunales de Estados de la UE —donde se encuentra la matriz del grupo de empresas— en lugar de acudir a los tribunales del país

en el que se verifica el daño, por distintas razones (p. ej., insuficiencia de recursos jurídicos como la falta de una legislación protectora; politización o corrupción del sistema judicial). Ello justifica que el objeto de estudio se limite a la cuestión de la competencia judicial internacional, ya que es el verdadero y principal obstáculo jurídico para iniciar un litigio ante los tribunales del Estado miembro de la UE de origen de las empresas multinacionales. De este modo, la mayoría de los siete capítulos contenidos en la monografía se dedican al análisis de las fuentes normativas que prevén reglas de competencia judicial internacional.

En la UE y en las leyes internas no existen normas que regulen foros especiales respecto a una acción de responsabilidad por daños ambientales causados por grupos transnacionales de sociedades. Solo el Derecho convencional regula tipos específicos de daños ambientales y prevé normas de competencia judicial internacional, aunque está muy sectorializado [*ad ex.* el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por los daños a las aguas del mar por hidrocarburos (CLC) y el Convenio de París sobre responsabilidad por daños causados por la energía nuclear].

La determinación de la autoridad competente según el Reglamento 1215/2012 es uno de los ejes principales del libro. Empieza por determinar sus ámbitos de aplicación, para a continuación desgranar los foros contenidos en dicho Reglamento, susceptibles de ser utilizados en los casos de responsabili-

dad por daños ambientales, destacando pros y contras. Así el foro de la autonomía de la voluntad, el foro del domicilio del demandado (art. 4), el foro alternativo en materia delictual o cuasidelictual (art. 7.2) respecto el cual introduce toda la jurisprudencia del TJUE desde sus orígenes en la materia (*Mines de Potasse*) en cuanto a los daños plurilocalizados (*Shellvill*) y la tesis de la ubicuidad (*Tacconi*). Interesantes los ejemplos que expone de cada una de la posibilidades prácticas de utilidad o no del art. 7.2 según el lugar de verificación del daño. Analiza otros foros relevantes para la materia presentada, en concreto: el foro de atracción en caso de sucursales, agencias o establecimientos secundarios (art. 7.5 RBlbis); el foro especial por conexidad procesal (art. 8.1 RBlbis); el foro para la acumulación de ilícitos civiles con ilícitos penales (art. 7.3 RBlbis); el foro para la adopción de medidas preventivas (art. 7.2 RBlbis); el foro para la adopción de medidas cautelares (art. 35 RBlbis).

El foro general y los especiales requieren que el domicilio de la empresa demandada esté situada en un Estado miembro, condición que imposibilita la determinación de la competencia utilizando este Reglamento y que critica, dada la pérdida de oportunidad de eliminar dicha condición, y de incluir un foro especial no exclusivo sobre daños ambientales. En estos supuestos el RBlbis remite al Derecho interno de los Estados, por ello se presenta la nueva redacción de la LOPJ (art. 22 ter, 22 quinquies, 22 octies 3 *in fine*) y normas de competencia residual en Derecho comparado en la UE, como el foro de necesidad no incluido en el RBlbis, o foros específicos para responsabilidad extracontractual o foros de conexidad ante una pluralidad de demandados.

Para su estudio se ayuda de jurisprudencia y de casos judiciales aún vivos en el espacio de la UE (caso *Boliden-Aznalcóllar* en España, caso *Bodo-Nigeria* en UK, caso *Boliden* de Chile en Suecia, caso

*Akpan vs. Shell-Nigeria* en Países Bajos, caso *Seveso* de Italia en Italia y Suiza) analizando los diferentes supuestos que pueden presentarse según el lugar de verificación del daño, según el número de demandados y su domiciliación, o la plurilocalización del daño, etc. Indica que en la totalidad de los casos estudiados la empresa suele ostentar una posición de fuerza mucho mayor que las presuntas víctimas, por ello aboga por la *optio fori* ejercida por la víctima, no solo como instrumento de protección a los individuos concretos afectados, sino como medio para proteger el medio ambiente y, con él, el interés social o colectivo que comporta. También utiliza abundantes obras doctrinales y documentación especializada y actualizada que hubiese sido deseable figurase en una bibliografía final.

Las conclusiones y opiniones se van presentando a lo largo del estudio, incluidas también en interesantes notas de pie de página que merecerían estar en el texto principal. Pero además dedica todo un capítulo a conclusiones, en ocasiones reiterativas, y propone algunas normas de *lege ferenda*, en concreto una nueva redacción del foro de conexidad procesal del art. 8 RBlbis y un nuevo foro de necesidad para introducir en el RBlbis. Señalamos, de entre todas las conclusiones y propuestas, la necesidad de una norma de Derecho material uniforme en ámbito de la UE que facilite que las sociedades matrices pertenecientes a grupos de multinacionales respondan por daños ambientales causados por actividades de sus filiales así como la creación de un fondo global por daños ecológicos. Todo ello requeriría una modificación del Derecho sustantivo y procesal que consagre la responsabilidad de la matriz y que articule presunciones para justificar el vínculo entre el supuesto responsable matriz y el evento generador del daño.

María FONT I MAS  
Universitat Rovira i Virgili  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.07>

GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L. y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo*, Madrid, Tecnos, 2016, 301 pp.

La lectura del trabajo que ahora comentamos nos pone de relieve que estamos ante una obra, muy sobresaliente, en el marco de la doctrina científica española en relación con una de las cuestiones que más preocupan en la práctica internacional y, en particular, en el seno de la UE: la consolidación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) y que, como se sabe, «toca» el fondo del futuro de la UE. La consecución de un verdadero ELSJ, se revela como un objetivo fundamental y los autores, con razón y buen criterio, sitúan su análisis, sobre todo, a partir del Plan de trabajo de 2009 de la Presidencia sueca, incorporado al Plan de Estocolmo. El examen minucioso que realizan los autores recoge una serie de medidas, que se plasman en derechos y garantías procesales, sobre las que debe incidir con carácter prioritario la UE. El estudio de estas medidas constituye, sin duda, el núcleo del trabajo, en el que con solidez, los Doctores Víctor L. Gutiérrez Castillo y Manuel López Jara, profundizan desde una óptica jurídica. Es lógico que este trabajo haya sido galardonado con el X Premio de Investigación en Integración Europea de la Red Información Europea de Andalucía.

He de confesar que me ha sorprendido muy gratamente la estructura tan pormenorizada que hacen los autores al abordar un tema de gran complejidad y que nos sitúa en un campo poco estudiado por los iusinternacionalistas. El pasado, presente y futuro del ELSJ quedan reflejados a lo largo de los cinco capítulos que integran la obra. No era fácil, desde luego, detallar todos los aspectos que definen al proceso penal y que perfilan los derechos y las garantías procesales y, menos aún, cuando esta labor debe hacerse en el marco de diversos ordenamientos jurídicos. La pluralidad de regímenes jurídicos supone, cierta-

mente, una complejidad para asentar un régimen «común» en el seno de la UE pero, como nos indican los autores, no debemos olvidar que existen muchos elementos comunes en la definición del proceso penal y en los principios esenciales sobre los que se sustenta.

Está claro que los autores cuentan con una extraordinaria formación jurídica y ello explica que hayan diseñado una obra no solo bien estructurada sino, sobre todo, en la que, de manera muy prolija, penetran en las cuestiones que realmente preocupan respecto al establecimiento del ELSJ. El análisis jurídico no les hace, sin embargo, insensibles a lo que se «esconde» detrás de las medidas implantadas por la UE. Buena estructura, sin duda, pero, también con mucho contenido y con la incorporación de valores. A partir de ahí, se realiza un examen exhaustivo de la labor llevada a cabo por la UE en la materia pero no con un carácter descriptivo sino, básicamente, desde la perspectiva del análisis. Por esto, se pone el acento en aquellas cuestiones que no solo pueden dar lugar a una mayor discusión doctrinal sino que, sobre todo, preocupan a los Estados. En particular, se analiza el reparto de competencias y se presta la debida atención a todo el proceso de evolución. Las decisiones del Consejo Europeo de Tampere, el Libro Verde de 2001, la Propuesta de Recomendación y la Propuesta de Decisión Marco de 2004 son examinados con «delicadeza» y sientan las bases de las conclusiones alcanzadas. No cabe negar que esta tarea está muy bien hecha y que, a la postre, pone de manifiesto que los autores han sabido aprovechar, mediante un análisis de entresijos, los fundamentos en los que se asientan los Derechos penales procesales en la UE. El Capítulo II va mucho más allá de constituir un capítulo de «atmósfera» puesto que, al

mismo tiempo que cumple esta necesaria función, ofrece, de manera ordenada y profunda, las claves para comprender lo que la UE debe hacer en la construcción del ELSJ en lo referente a las garantías procesales.

El paso al estudio del marco normativo e institucional se realiza con éxito. Por esto, el lector debe prestar atención a las interesantes reflexiones que los Doctores V. Gutiérrez y M. López realizan en torno a esta cuestión, a partir de la adopción del Tratado de Lisboa. Ahí, se desgranar, con soltura, los efectos del principio de atribución de competencias y se incide, como debe ser, en las competencias de la UE para regular las garantías procesales. La instauración de un «Espacio Común de Justicia Penal» está, sin duda, presente, pero lo autores saben, y muy bien, que debe desarrollarse en un marco normativo e institucional muy concreto y singular. Por ello, no dejan al azar las consideraciones que realizan en torno a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y resaltan el papel que le corresponde a los Parlamentos nacionales y al TJUE.

Todo el análisis que se hace sobre el marco normativo e institucional abre las puertas a la investigación futura puesto que los autores no han dejado de lado ninguna de las cuestiones que pueden resultar más espinosas y, con ello, nos facilitan respuestas sólidas. En verdad, con gran maestría abordan estas cuestiones que reflejan el estado normativo en el que se encuentran las competencias de cada una de las instituciones europeas y se incide, en particular, en la tarea que le corresponde al TJUE en un campo en el que se deja claro que pudiera haber no solo complementariedades sino, también, contradicciones con las posiciones que asuma el TEDH. En suma, queda clara la necesaria armonización del Derecho penal, las competencias que tienen las instituciones y órganos de la Unión y no se duda de los principios que deben guiar la normativa europea en mate-

ria de garantías procesales en el ámbito penal.

El trabajo es de plena actualidad y está actualizado: se analizan las normas, primordialmente Directivas, que van dando contenido al ELSJ y, además, se presta atención al impacto que «el Derecho común europeo» debe tener en el reconocimiento y protección de los derechos. Como puede apreciarse, con nitidez, se examina, con base en el Plan de trabajo de 2009, la regulación de los derechos a la traducción e interpretación, los derechos de información en el proceso penal y los relativos a la asistencia letrada y a informar de la detención y comunicar el detenido con terceras personas y con las autoridades consulares así como el derecho a estar presente en el propio juicio, el reforzamiento de la presunción de inocencia y las garantías procesales de menores sospechosos o acusados en procesos penales. Toda una panoplia de derechos y garantías que son, en el fondo, lo que permitirán la instauración plena del ELSJ. El lector debe advertir, sin embargo, que los autores nos proporcionan una visión muy apropiada de estos derechos y garantías y saben bien que estamos «tocando» derechos fundamentales. Por ello, destaca, sobremanera, la visión que dan desde la práctica del TEDH y apuntan, con buen criterio y con rigor, que puede haber distintas posiciones en asuntos concretos por parte de la jurisprudencia del TEDH y la normativa de la UE. Por si fuera poco, más allá del Plan de trabajo de 2009, se presta la debida atención a las iniciativas, propuestas o normas en vigor que completan el estado normativo de los derechos y las garantías procesales en el ámbito penal. En ese caso, se destina un pertinente estudio a los derechos y garantías procesales que derivan de la Directiva que regula la Orden de Detención Europea así como de la Orden de Investigación Europea en materia penal e, incluso, de la propuesta de Reglamento para la creación de la Fiscalía Europea.

El tema que abordan los citados autores es muy oportuno, sobre todo, en estos tiempos de zozobra y nacionalismos. Pero a esta oportunidad doctrinal se debe añadir que han realizado un trabajo serio y de calidad, que no evita advertir al lector, que la construcción de Europa es lenta y con dificultades y que siempre acecha la voluntad de los Estados por frenar los

avances en integración. La obra que ahora comentamos contribuye, sin duda, a la idea de Europa y ofrece a los iniciados un marco conceptual y normativo para el desarrollo y consolidación del ELSJ.

Cástor Miguel DÍAZ BARRADO

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.08>

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *La dimensión de género en los Tribunales Penales Internacionales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 149 pp.

El estudio de las cuestiones internacionales desde una perspectiva de género, y más en particular el análisis de las cuestiones que suscita la violencia sexual ligada a los conflictos armados, viene siendo objeto desde hace algunos años de una creciente atención por parte de la doctrina internacionalista en España. La presente monografía de Carolina Jiménez Sánchez, que se añade a otras publicaciones de la autora en esta materia, es una muestra más de su interés por el examen de la violencia sexual en todas las fases del conflicto, centrándose en este trabajo en los «Crímenes basados en el género» (CBG) y en un análisis del sistema de justicia penal internacional, prestando especial atención a la labor de la Corte Penal Internacional (CPI).

Con este objetivo, la monografía se estructura en dos partes, una primera de carácter sustantivo, centrada en la contribución del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia (TPIY), el Tribunal Penal para Ruanda (TPIR) y el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) a la progresiva persecución de los CBG hasta la consagración de tal categoría en el Estatuto de Roma, junto con un mandato de género, de cuyo funcionamiento se hace un balance crítico en el que se pone de manifiesto las dificultades que ha encontrado la CPI para el efectivo enjuiciamiento y desarrollo de los procesos en los que se

han establecido cargos por crímenes de violencia sexual. A este respecto, de forma muy clara y visual a través de unos cuadros de elaboración propia se evidencia el desajuste existentes entre el número de casos de los que ha conocido la CPI en los que se han formulado cargos por CBG (18) y el número de sentencias condenatorias hasta el momento (uno, el caso *Bemba*). Además, como se destaca, la mayoría de dichos cargos se refieren únicamente al crimen de violación, lo que resulta demoledor frente a la constatación de hechos que se identifican con otros crímenes basados en el género tipificados en el Estatuto de Roma. A esta valoración negativa se suma, como no podía ser de otra manera, el pesimismo suscitado por las sentencias de los casos *Lubanga* y *Katanga*, en los que los crímenes de violencia sexual, bien se subsumieron en el primer caso en el del reclutamiento de los niños y niñas soldados o no se tuvieron en cuenta en el segundo a efectos de la sentencia condenatoria, por no haberse podido establecer la conexión entre las violaciones y el que estas formasen parte de un «propósito común de ataque». Por tanto, como se señala acertadamente, la actividad de la CPI no ha logrado deshacer «el halo de impunidad que sigue rodeando a los CBG» puesto que la ejecución del mandato de género de la CPI se ve condicionado por múltiples obstáculos que la autora identifica

con la propia naturaleza atípica de una institución como la CPI, la falta de cooperación de las autoridades nacionales, la estrategia de la Fiscalía de «complementariedad positiva», la falta de presentación de denuncias por factores sociales, culturales o religiosos, la falta de pruebas o la limitación de los servicios de apoyo a nivel nacional. Todos estos obstáculos se derivan de un sistema de patriarcado, fuertemente arraigado tanto a las estructuras sociales como políticas, pero también a las intelectuales y jurisdiccionales por lo que, como se concluye, «hay que afirmar con rotundidad la urgente necesidad de redoblar esfuerzos en el cambio de políticas y estrategias».

La segunda parte de la obra está dedicada al análisis de la dimensión de género en los órganos del sistema de justicia penal, tarea que se lleva a cabo profundizando en su estructura y naturaleza a través del examen del lugar que ocupan las mujeres desde una triple perspectiva: como juristas, como criminales internacionales y como víctimas y testigos. En relación a las primeras, se pone de manifiesto la importancia de la «Governance Feminism», es decir el papel desempeñado por mujeres agrupadas en torno a ONGs y académicas que han actuado desde el exterior del sistema, pero cuya influencia ha sido decisiva no solo en la elaboración de las normas sustantivas y procesales sobre las que se sustenta el funcionamiento de la labor de los Tribunales Penales Internacionales (TPI), sino también en el seguimiento de su labor, especialmente de la CPI, puesto que, como se señala, sin estos grupos, «el estado de la cuestión sería bastante más desalentador».

Ahora bien, la pregunta clave que se hace la autora es si la acción de las mujeres desde dentro del sistema «marca realmente la diferencia», buscando respuesta tanto en el análisis cuantitativo como cualitativo. Desde el primero, queda claro la progresiva y constante incorporación de las mujeres a los TPI, partiendo de su

ausencia en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y en el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente, salvo la presencia de Cecilia Goetz en el cuerpo de abogados encargados de juzgar los delitos económicos del régimen nazi. Incluso, contra todo pronóstico, los cargos ocupados por mujeres han sido de relevancia, incluyendo repetidamente los de presidenta y vicepresidenta. No obstante, esta valoración positiva se matiza a la vista del resultado que proporciona la visión gráfica de la evolución de magistradas en los TPI. Se concluye así que la evolución resulta insuficiente y la progresividad lenta, marcando la CPI una gran diferencia con el resto de los órganos jurisdiccionales examinados en cuanto a la paridad y reafirmando la tesis de que «el mandato de género es necesario para mitigar la infrarrepresentación de las mujeres en los más altos niveles de los órganos jurisdiccionales internacionales».

Por lo que respecta al análisis cualitativo, el examen de alguno de los *leading cases* de la jurisprudencia en materia de CBG de los TPI pone claramente de manifiesto que la labor desempeñada por las juezas y fiscales ha dejado su impronta, propiciando avances en el plano sustantivo o sirviendo, como la opinión disidente de la Magistrada Elisabeth Odio Benito en el caso *Lubanga*, para visibilizar los CBG y la gravedad de los mismos, incluso aunque estos no hayan sido sancionados. En todo caso, la autora advierte acertadamente sobre el riesgo del «guetto del género» y la necesidad de evitar esta implicación como un requisito previo a la condición de magistrada, fiscal, abogada o académica para, sencillamente considerar la necesidad general de que los juristas (sean hombres o mujeres) se impliquen en la visibilización y sanción de los CBG.

En aras de una visión completa del papel desempeñado por las mujeres en el ciclo de los CBG, se examina también su papel como criminales, un aspecto normalmente omitido, precisamente por

la habitual focalización en el examen de la mujer como víctima y los estereotipos tradicionalmente conectados con la femineidad. Obviamente, los casos que han llegado a los TPI son muy escasos, pero las acusaciones y condenas que se han producido ponen de manifiesto que la perpetración de los crímenes internacionales de violencia sexual no depende tanto del género como del hecho de que sus responsables formen parte de las esferas de poder y/o de las estructuras estatales desde la que se dirigen, apoyen o lleven a cabo las acciones que dan lugar a la comisión de estos crímenes.

Finalmente, se aborda a las mujeres como víctimas y testigos, dimensión en relación con la cual los TPIY y TPIR pusieron las bases procesales para ofrecer una especial protección a las víctimas y testigos de los CBG que la CPI ha completado, estableciendo un sistema integral basado en la participación en el procedimiento, la protección procesal y las reparaciones. Sin embargo, por el momento dicho sistema está funcionando muy por debajo de las expectativas suscitadas, tal como ponen de manifiesto la lentitud en la emisión y concreción de las órdenes de reparación en los casos *Lubanga*, *Katanga* y *Bemba*. Por eso, la

autora identifica el impulso y ejecución del plan de reparaciones establecido por la CPI como uno de los mayores retos a los que debe hacer frente esta Institución en los próximos años.

La obra que comienza con una aproximación al Derecho internacional penal se cierra con una reflexión en torno al papel central del Derecho internacional de los derechos humanos durante todo el *iter* del conflicto y a su importancia sustancial en el empoderamiento social y cultural de las mujeres y las niñas en todas las sociedades, tanto en tiempos de paz como de conflicto. Se identifica así una de las claves fundamentales para prevenir y erradicar los CBG desde una perspectiva estructural y que estos dejen de ser una de las principales lacras de nuestro tiempo. Desde luego, esta monografía de Carolina Jiménez Sánchez representa una contribución muy valiosa a este objetivo y, de forma clara y visual, pone claramente de manifiesto la necesidad de dar plena ejecución al mandato de género que contiene el Estatuto de Roma.

Isabel LIROLA DELGADO

Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.09>

LIROLA DELGADO, I. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 229 pp.

El 31 de octubre de 2000, el Consejo de Seguridad adopta por unanimidad la Resolución 1325, relativa a las Mujeres, la Paz y la Seguridad, frecuentemente juzgada —en la literatura especializada— como una «resolución histórica». Su estructura conceptual gravita en torno a tres pilares fundamentales, a menudo aludidos como «las tres “pes”»: «participación» (de las mujeres en la gobernanza de la paz y la seguridad), «protección» (de los derechos humanos de

las mujeres y las niñas en situaciones de conflicto y post-conflicto) y «prevención» (de la violencia sexual y de género). Así pues, la resolución presenta a las mujeres —parafraseando a Laura J. Shepherd— como «víctimas de la violencia» y como «agentes de cambio» («Victims of violence or agents of change? Representations of women in UN peacebuilding discourse», *Peacebuilding*, 2016, núm. 2, pp. 121-135).

La Resolución 1325 es la primera de las ocho resoluciones que, hasta el momento, conforman la arquitectura de la agenda relativa a las mujeres, la paz y la seguridad. Con todo, la mayor parte de estas «resoluciones hermanas» —siguiendo a Soumita Basu («Gender as national interest at the UN Security Council», *International Affairs*, 2016, núm. 2, p. 256)— muestran una preocupación particular por las mujeres víctimas de violencia sexual sobre los demás aspectos abarcados por la resolución originaria. Esta preocupación es compartida por las Profesoras Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez, cuya obra afronta la compleja y dilatada cuestión —como anuncia su título— de los *Crímenes internacionales de violencia sexual y conflictos armados*. A pesar de las dificultades inherentes a este objeto de estudio, la calidad del resultado final es indiscutible, fruto no solo del conocimiento que ambas tienen del tema, sino también del rigor, la claridad y el orden de su exposición.

En tal sentido, el libro se estructura —tras las correspondientes «Consideraciones introductorias y conceptuales» y precediendo a las oportunas «Conclusiones»— en cinco capítulos. En el primero de ellos se examina «La violencia sexual en las Nuevas Guerras», tal como lo hicieron Mary Kaldor —precursora de las tesis de las «Nuevas Guerras»— y Christine Chinkin en su trabajo «Gender and New Wars» (*Journal of International Affairs*, 2013, núm. 1, pp. 167-187), tema al que regresan —en parte— en su reciente publicación (*International Law and New Wars*, New York, Cambridge University Press, 2017).

Tras este examen, cimiento sobre el que descansa el resto de la obra, el Capítulo II, «La prohibición y criminalización de la violencia sexual en el Derecho Internacional», se adentra en el estudio del complejo —e imperfecto— marco normativo aplicable a los crímenes internacionales de violencia

sexual. La atención se centra entonces en las normas e instrumentos del Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos que, confluendo y reforzándose en este ámbito material, le aportan una complementariedad esencial. El análisis de dichos crímenes es el eje del Capítulo III, titulado «Los crímenes internacionales de violencia sexual: elementos sustantivos». Este análisis refleja el significativo avance experimentado en el proceso de definición, prohibición y criminalización de la violencia sexual en los conflictos armados con la adopción —en julio de 1998— del Estatuto de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, al tipificar las formas más recurrentes de violencia sexual como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad e, incluso, genocidio. Apoyándose en esta tipificación —fundamentada, en gran medida, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda— el capítulo aporta un minucioso estudio de los crímenes internacionales de violencia sexual: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y, de acuerdo con la cláusula residual, todas aquellas formas de violencia sexual de gravedad comparable.

Con todo, el avance derivado de la adopción del Estatuto de Roma es parcial, pues, como se analiza en el Capítulo IV, «La investigación y sanción de los crímenes de violencia sexual en el sistema de justicia penal internacional», la persecución de estos crímenes sigue presentando numerosas dificultades técnico-procesales relacionadas con dicha investigación y sanción. Un pequeño cambio en la dirección de las reflexiones se advierte en el Capítulo V que, con el título «La acción internacional institucionalizada frente a la violencia sexual en los conflictos», se sitúa en el escenario de la mencionada agenda relativa a las mu-

jeros, la paz y la seguridad. Con este capítulo el lector —respondiendo a la lógica de una puerta giratoria— sale del libro y es emplazado a futuros trabajos.

En definitiva, el libro de las Profesoras Isabel Lirola Delgado y Magdalena M. Martín Martínez se incorpora meritoriamente a la creciente literatura académica que ha abordado el estudio

de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Con todo, el marcado carácter anglosajón de esta literatura y la exigua presencia de estudios sobre el particular en nuestro ámbito académico le otorgan un valor añadido.

Irene RODRÍGUEZ MANZANO

Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.10>

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmунidades: Gestión y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2016, núm. 55, 634 pp.

Ante una sociedad internacional que avanza entre regímenes jurídicos divergentes, cabría preguntarse si echar el ancla legislativa otorga dirección y orden a la travesía o, por el contrario, supone un anclar cabotaje sabiendo que la justicia impone otros rumbos más alejados de la costa de los Estados. Desde el siglo XX se acepta que la inmunidad soberana de los Estados es relativa o restringida pero se sigue discutiendo sobre su grado de relatividad. Como ocurriera con el asunto *Kadi*, la Sentencia 238/2014 del Tribunal Constitucional italiano declarando inconstitucional la ley de adhesión a la Convención sobre inmunidades por vulnerar el derecho fundamental de acceso a la justicia, reincide sobre las relaciones sistémicas entre ordenamientos jurídicos. Tales tensiones son puestas de manifiesto en distintas contribuciones de esta interesante y necesaria obra colectiva, aunque existe unanimidad en calificar de oportuna la adopción de la ley. La sentencia italiana es referida por Gutiérrez Espada para hacer suya la máxima *eppur si muove* y mantener que la CIJ no ha enterrado el debate ínsito en la causa italiana; Espósito Massicci observa que hay quienes incluso podrían sostener que la ausencia de reglas escritas ha fomentado los desarrollos más avanzados en materia de derechos humanos; mientras que

Fernández Tomás se pregunta si «¿podemos decir que existe una práctica generalizada y uniforme en la materia, o más bien que la práctica refleja incertidumbres y contradicciones, como responde a una época en evolución y cambio normativo?» (p. 367). Asimismo, Alegría Borrás, haciendo referencia a la novedosa exclusión de los *acta iure imperii* en el Reglamento UE 1215/2012, propone que se incorpore la previsión de que «en todo caso, la inmunidad no puede privar a las víctimas de crímenes internacionales de su derecho a reparación» (p. 76).

Por estos motivos resulta imprescindible la primera contribución del presente libro titulada «¿Por qué una ley de inmunidades?» del Profesor Martín y Pérez de Nanclares actuando en calidad de Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAE. Se trata de una contribución *omnibus*, pues nos ofrece una visión general no solo de los principales aspectos sustantivos de esta ley, sino también de todo el proceso de su elaboración (anteproyectos, proyectos de ley así como los dictámenes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado que, junto al del Consejo Fiscal, aparecen acertadamente anexados a la obra). Como justificación, aun cuando reconoce que la práctica judicial española muestra

madurez suficiente y concordante con la Convención (p. 24), con escasas decisiones erróneas (p. 17), invoca la necesidad de evitar ciertas disfuncionalidades prácticas e «introducir certeza en el ordenamiento jurídico español y facilitar la labor de los operadores jurídicos, que no siempre han de estar familiarizados con el Derecho internacional en la materia» (p. 20).

No obstante y al igual que ocurriera con la Ley 25/2014 sobre los tratados y la incorporación de los acuerdos no normativos, una de las cuestiones más discutidas de la ley es su ambicioso alcance que va más allá de la Convención de NNUU a la que España se adhirió en 2011 y del Derecho consuetudinario vigente. Es el caso de las inmunidades de la troika de representación internacional de los Estados, materia objeto de estudio por parte de la CDI y al que dedican sus reflexiones Escobar Hernández y Carnerero Castilla, así como el del estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, asunto que entronca con el encaje constitucional de los acuerdos administrativos, pues, como incluso reconoce Pérez de Nanclares, «es una cuestión controvertida llamada a provocar cierta discusión doctrinal» (p. 33). De hecho en el estudio de Fernández Tomás se insiste sobre la necesidad de respetar la reserva de procedimiento legislativo convencional excluyendo la forma de acuerdo administrativo, pues a diferencia de los constitucionales *executive agreements* de los Estados Unidos, nuestra Constitución «exigiría un tratado internacional, sea concertado en forma solemne o simplificada, celebrado conforme a lo previsto en el art. 94.1.b)» (p. 385).

Esta obra colectiva no se estructura como un comentario sistemático del articulado de la ley, sino más bien como estudio general del estado de la cuestión. En este sentido nos encontramos con los trabajos de López Martín y Sánchez Patrón sobre la práctica jurisprudencial española en la materia. En el marco de la inmunidad de ejecución («el último

refugio, el último baluarte de la inmunidad del Estado», como recuerda Sánchez Patrón, p. 150), se articula el estudio de Díez-Hochleitner quien resalta las significativas diferencias *pro actione* de la ley española frente a la Convención onusiana. En sus conclusiones ofrece distintas soluciones para evitar que el particular tenga que soportar las consecuencias de una institución que solo se explica en términos de relaciones entre Estados: acciones de diligencia por parte del MAE, incluyendo en su caso la discrecional protección diplomática (aunque se interroga sobre cuál sería la obligación internacional violada por el Estado extranjero no ejecutante); el ejercicio de una acción indemnizatoria en el marco de la responsabilidad patrimonial de la administración (con dudas acerca de la concurrencia del nexo causal entre la (in) acción de los poderes públicos y el daño causado); para terminar con la interesante propuesta presentada por la Profesora Andrés Sáenz de Santa María de crear un fondo de compensación financiado con fondos públicos.

Otro ámbito novedoso de regulación es el relativo a las inmunidades de las OOI con sede en España. Sobre esta cuestión versan los trabajos de Andrés Sáenz de Santa María, González Herrera y Pastor Palomar. El primero de ellos pivota sobre la regulación subsidiaria —más que de mínimos— de la ley acerca del criterio convencional (y no consuetudinario) de la funcionalidad de tal inmunidad, poniendo especial énfasis en el test de la protección equivalente exigido por el TEDH así como en la previsión de la cláusula de organización más favorecida. La compatibilidad con la tutela judicial efectiva es examinada por González Herrera, mientras que el estudio/informe de Pastor Palomar profundiza sobre el proceloso mundo de las distintas variantes de organización internacional (incluyendo organismos carentes de subjetividad internacional a los que, sin embargo, se les atribuye convencionalmente

un discutido régimen de privilegios e inmunidades).

La obra contiene otras interesantes aportaciones y se echa en falta contribuciones relacionadas con distintas materias objeto de la ley: transacciones mercantiles; derechos de propiedad intelectual e industrial; contramedidas/medidas restrictivas; ejecución de laudos

arbitrales en materia de inversiones... No obstante, esta materia y esta ley darán mucho de sí en el futuro más inmediato, tanto en la práctica como en la doctrina, y esta obra se perfila como un punto de referencia inexcusable.

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

Universidad Rey Juan Carlos I

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.11>

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Registradores de España, Tirant lo Blanch, 2017, 1.095 pp.

La evidente trascendencia de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJIMC), en vigor desde el 20 de agosto de 2015, es paralela a la envergadura de la reforma que acomete como respuesta a una necesidad que se remonta al momento de la promulgación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial —motivo del primer Anteproyecto de esta Ley (1997) que, si bien fue objeto de dictamen por el Consejo de Estado, no continuó tramitándose—. No obstante, fue la DF 20.<sup>a</sup> de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la que recogió el mandato que exigía al Gobierno la obligación de presentar, en el plazo de ¡seis meses!, un proyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Es patente el considerable retraso con el que nace esta ley —prácticamente quince años—, motivo del paralelo incremento de las expectativas depositadas en su contenido con el que había de colmar una esencial laguna de nuestro ordenamiento jurídico, que lleva a cabo a través de una ambiciosa reglamentación. Así puede constatarse en atención a su objeto, al elemento subjetivo de la cooperación, las autoridades implicadas, y a su ámbito sustantivo. La amplitud del objeto se refleja en su alcance que, como indica el Preámbulo, se extiende más allá de la cooperación jurídica internacional

en sentido estricto al regular, además de los actos de notificación y traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales, la práctica y la obtención de pruebas (Título I), la prueba e información del Derecho extranjero (Títulos II y III), la litispendencia y la conexidad internacional (Título IV), así como el reconocimiento, ejecución, procedimiento de *exequátur* y la inscripción en los Registros públicos de las resoluciones judiciales y los documentos públicos extranjeros (Título V). Se trata de ámbitos esenciales que venían siendo objeto de una reglamentación excesivamente parca o evidentemente obsoleta —baste considerar que con la LCJIMC finaliza la centenaria vigencia de los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881—, y de forma independiente, heterogénea y sin coordinación, de ahí la trascendencia de la LCJIMC en cuanto los agrupa en un único texto normativo y procede a su actualización. Además del alcance, la amplitud de la ley también se constata en atención a las autoridades implicadas y su ámbito material. Respecto de las primeras, en cuanto el término de la cooperación «jurídica» internacional permite superar la perspectiva de la cooperación, únicamente, de carácter «judicial». En lo que respecta al ámbito, y aunque el título de la ley se refiere a la materia civil, realmente abarca, como se deriva de su art. 1.2, el Derecho civil y

mercantil, así como los contratos de trabajo y la responsabilidad civil derivada de delito.

La trascendencia de la LCJIMC no queda empañada por su carácter subsidiario y general en cuanto es de aplicación, en virtud de su art. 2, a los supuestos que no resulten regulados por un instrumento de fuente supraestatal o por normas especiales de origen interno (recogidas, con carácter no exhaustivo, en su DA 1.<sup>a</sup>). Como indican los directores de la obra en el Prólogo, la LCJIMC se «erige como una pieza esencial del sistema de Derecho internacional privado español, agrupando en un único texto normativo diversos extremos vinculados a la práctica internacional». Esta ley constituye un instrumento legislativo fundamental, incluso «medular», término empleado por Guillermo Palao en el acto de presentación de la obra presidido por el ministro de Justicia. Una trascendencia, la de la ley, a la que responde la obra que ahora se recensiona. Se trata de un extenso trabajo (1.095 pp.) resultado del esfuerzo coordinado ya que, como puede constatarse en la relación de autores (cuarenta y dos), en ella participan un significativo colectivo de especialistas universitarios en Derecho internacional privado y registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Esta obra colectiva se presenta en forma de «comentarios», abordando un estudio de la LCJIMC siguiendo, como se puede apreciar en su índice, la enumeración de los títulos, capítulos, artículos y disposiciones de la ley. El análisis («comentario») de cada uno de los preceptos se inicia con la transcripción del mismo, si bien la justificación del texto podría haberse mejorado, seguido de un índice sumario que finaliza con una bibliografía. Esta sistemática expositiva tiene la ventaja de ofrecer al operador jurídico un instrumento de trabajo esencial para la búsqueda de la respuesta a cualquier cuestión que pu-

diera plantearle la aplicación de la ley, sin embargo presenta el riesgo de abordar sus preceptos de forma superficial, originando solapamientos, repeticiones o lagunas que pudieran incidir en el entendimiento de la normativa como un conjunto armónico. No es este, en absoluto, el caso de la presente obra, en la que se constata la unidad expositiva y coherencia del conjunto. En ella puede percibirse la cuidada tarea de los directores y de los propios autores al ofrecer un análisis profundo de los preceptos de la ley desde una perspectiva práctica y crítica, mostrando la importancia de los cambios que incorpora, su interrelación con los instrumentos convencionales y de origen europeo con los que ha de convivir, así como su imbricación dentro del sistema español de Derecho internacional privado de fuente interna. Un completo estudio del articulado de la ley que finaliza con el de sus disposiciones complementarias (adicionales, transitoria, derogatoria y finales), cuya trascendencia es merecedora del carácter exhaustivo con el que se han abordado, como especialmente se constata en la esencial consideración y profundo análisis, realizado por diversos autores, que han merecido los distintos apartados que comprenden las DDAA 1.<sup>a</sup>, relativa a las normas especiales en materia de cooperación, y 2.<sup>a</sup>, que introduce en la LEC las DDFD 25.<sup>a</sup> y 26.<sup>a</sup>, fundamentales por incorporar las medidas de adaptación al ordenamiento español de las normas sobre reconocimiento y ejecución del Reglamento (UE) 1215/2012 (Reglamento Bruselas I) y de transposición del Reglamento (UE) 650/2012 en materia de sucesiones.

En definitiva, la presente obra es el resultado de un trabajo que, realizado sin escatimar esfuerzos de los autores y directores, aporta un análisis de cada uno de los preceptos de la LCJIMC con la suficiente profundidad, rigor, información y argumentación como para indicar que se trata de una obra de referencia,

tanto para los operadores jurídicos como para investigadores. Constituyen estos Comentarios una herramienta de esencial relevancia por su calidad y por estar a la altura de la trascendencia del instru-

mento legislativo que es objeto de este voluminoso trabajo.

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ  
Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.12>

ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, 317 pp.

La persecución de aquellos crímenes que atentan gravemente contra los derechos humanos más esenciales y la lucha contra la impunidad vienen ocupando un lugar central dentro del Derecho internacional. No obstante, se trata de un ámbito sometido a constantes vaivenes, en los que los avances en la represión de estos crímenes se alternan con los retrocesos, siendo estos últimos más visibles en los últimos años. De ahí que el sistema de justicia penal internacional presenta en nuestros días notables carencias que le impiden cumplir con eficacia su cometido.

Este es el punto de partida de la sugestiva obra colectiva, que bajo la coordinación de la Profesora Esperanza Orihuela Calatayud, se adentra en los entresijos de la justicia penal internacional para abordar los principales desafíos a los que se enfrenta. A tenor de las graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos es esencial profundizar en la reflexión y el debate sobre las medidas que se deben implementar para acabar con estos crímenes y para hacer efectiva la responsabilidad internacional del individuo. Por ello, un libro como este no solo es pertinente, sino necesario en la actualidad, pues ofrece al lector una radiografía precisa y actualizada de los principales problemas que afectan al desarrollo de una justicia penal internacional e intenta hacer propuestas que la hagan eficaz, eficiente y sostenible, mostrando una preocupación especial por la protección de los derechos de las víctimas de estos crímenes.

A modo introductorio, la Profesora Teresa Vicente Giménez analiza los nuevos paradigmas de la justicia penal (justicia retributiva, justicia restaurativa y una justicia transicional. A partir de ese enfoque, el libro se ocupa de la definición de los crímenes. En primer lugar, el Profesor Antonio Remiro Brotóns realiza un análisis de la definición del crimen de agresión, que viene a ser como la crónica de una muerte anunciada, un crimen sin castigo. La Profesora Soledad Torrecuadrada García-Lozano se ocupa de los crímenes sexuales en los conflictos armados analizando los cambios experimentados en la definición de este tipo de crímenes, basándose para ello en el examen de la jurisprudencia de los tribunales penales, lo que le permite destacar los notables avances que se han producido. Pero, en opinión de la autora, aún quedan asignaturas pendientes, como la falta de eficacia de estos cambios normativos o la necesidad de insistir en la prevención de estos crímenes y en la protección de las víctimas.

Con especial atención al enfoque de género, la Profesora Eva María Rubio Fernández aborda la problemática del acceso a la justicia de las mujeres que han sufrido crímenes sexuales, basándose en la práctica del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, concluyendo que un acceso sin restricciones de la mujer a los sistemas de justicia y la eliminación de todo tipo de obstáculos que impidan o limiten dicho acceso es esencial. Carlos Gil Gandía examina el tema de las reparaciones y

considera esencial que se adopten desde una perspectiva de género.

La parte final del libro se ocupa de los mecanismos dirigidos a hacer efectiva la responsabilidad del individuo por la comisión de crímenes internacionales, examinando algunos aspectos de la competencia y del procedimiento de la Corte Penal Internacional, así como las vicisitudes por las que ha atravesado el principio de la jurisdicción universal en España. La Profesora M.<sup>a</sup> Dolores Bollo Arocena examina un aspecto técnico, las declaraciones unilaterales de aceptación de la competencia de la Corte previstas en el art. 12.3 de su Estatuto, pero que tiene implicaciones legales de más amplio calado, como ha destacado la autora a lo largo de su contribución. En ella, identifica con precisión los problemas jurídicos que han suscitado, tanto en relación con la legitimación para formular dichas declaraciones como respecto al alcance material, temporal, territorial y subjetivo de ellas, concluyendo que este mecanismo constituye un valioso instrumento porque permite ampliar el radio de acción de este tribunal al permitirle investigar y enjuiciar crímenes ocurridos en Estados que no son partes.

La Profesora Mónica Galdana Pérez Morales realiza un estudio comparativo de la regulación de la activación del proceso ante la Corte Penal Internacional y en el Derecho español. Este examen ha permitido a la autora constatar que las diferencias más importantes estriban en el modo en el que se activa la fase de investigación, pues, a diferencia del Dere-

cho español, existe una fase preliminar previa a la toma de decisión de iniciar las investigaciones, analizando los trámites previos al inicio de la investigación y la toma de decisión sobre el inicio de la fase de investigación.

Finalmente, la Profesora Esperanza Orihuela Calatayud nos sitúa ante los vaivenes que ha sufrido en los últimos años la regulación de la jurisdicción universal en España, a tenor de las últimas reformas, que suponen un paso atrás en las posibilidades de ejercicio de este principio. En un minucioso análisis constata que la heterogénea regulación introducida por el legislador impone, por razones político-diplomáticas, límites excesivamente restrictivos en relación con algunos crímenes —precisamente los más graves de trascendencia internacional— que hacen imposible total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, reflejando una falta de compromiso con la lucha contra la impunidad.

Estamos, por tanto, ante una valiosa aportación doctrinal a las distintas cuestiones jurídicas que suscita la persecución de crímenes internacionales, destacando la selección de los temas abordados y el carácter complementario de las diferentes contribuciones que reflejan con claridad el conjunto de problemas con los que se sigue enfrentando la justicia penal internacional en la actualidad.

Julio JORGE URBINA

Universidad de Santiago de Compostela  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.13>

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), *Justicia civil en la Unión Europea, Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, 289 pp.

Como pone de manifiesto la *Presentación* de la obra colectiva, que aquí se recensiona, la misma aglutina la mayor parte de los trabajos que se presentaron

en el Seminario, que bajo el mismo título con que se presenta la referida obra, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el 2 de

junio de 2016 en el contexto del Proyecto de investigación europeo «Cross-border Litigation in Europe: Private International Law Legislative Framework, National Courts and the Court of Justice of the European Union —EUROPILLAR—» (JUST/2013/JCIV/AG/4635). Este proyecto cuenta con la participación de siete Universidades de seis Estados miembros de la Unión Europea y entre las que se halla la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección, por lo que a este proyecto se refiere, de la Doctora Otero García-Castrillón.

Tanto la citada *Presentación* como la información adicional a este proyecto, que puede consultarse en <http://www.abdn.ac.uk/law/research/eupillar.php>, señalan que el mismo persigue poner de relieve los puntos fuertes y débiles o críticos de la aplicación de los instrumentos comunitarios clásicos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a los que pertenecen las Universidades participantes. En concreto, el Informe con el que comienza la obra colectiva señala expresamente los Reglamentos 44/2001, 1215/2012, 593/2008, 864/2007, 2201/2003 y 4/2009, si bien, el contenido de los trabajos recogidos en la citada obra también se extiende por conexión a otros instrumentos de fuente institucional y convencional tales como el Reglamento 1259/2010 y los Convenios de La Haya sobre ley aplicable a determinadas obligaciones extracontractuales y de alimentos, entre otros. Todo ello con el fin de proponer los mecanismos adecuados que permitan superar tales debilidades.

La obra colectiva empieza con el informe general del mencionado proyecto elaborado por la Directora, la Doctora Otero García-Castrillón, y por una de las investigadoras del Proyecto, la Doctora Benaissa Pedriza, en el que se presentan los resultados del mismo para contextualizar las trece contribuciones que le suceden en función de tres gran-

des bloques «Aspectos procesales de la litigación transfronteriza en materia civil y mercantil», «Ley aplicable en la litigación civil transfronteriza en materia civil y mercantil» y «Derecho de familia».

De las 13 contribuciones recogidas en el libro, siete están a cargo de profesores universitarios, y las seis restantes han sido elaboradas por personal de la Administración de Justicia y por profesionales del Derecho garantizando de este modo el objeto del proyecto, tal y como se presentó unos párrafos más arriba.

Del propio Informe y de las 13 contribuciones cabe destacar que los principales obstáculos, que los operadores jurídicos encuentran al hacer frente a controversias derivadas de las relaciones privadas internacionales, se refieren, primero, al conocimiento de los instrumentos aplicables, como pone de relieve el Letrado de la Administración de Justicia, el Sr. Casado Román al abordar algunos de los retos y de las cuestiones controvertidas que los tribunales españoles afrontan en su día a día en los procesos con elemento extranjero; segundo, a la pluralidad de fuentes normativas, que requiere del adecuado conocimiento de las técnicas *ius* internacional publicistas para resolver los problemas de concurrencia de instrumentos normativos, como ilustra la contribución del Abogado López de Argumedo Piñeiro al hilo de la redacción de cláusulas de elección de foro; tercero, a la proliferación de instrumentos normativos en materia de DIPr, como constata el Doctor Gascón Inchausti con ocasión de la reforma que el Reglamento 1215/2012 ha supuesto respecto a su predecesor Reglamento 44/2001 en relación al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y a su proyección sobre la cláusula de orden público como motivo de denegación de la ejecución; y, por último, a la fragmentación normativa del proceso con presencia de elemento extranjero, que es especialmente acuciante en el ámbito del Derecho de familia como señalan la Doctora González Beil-

fuss al tratar la experiencia de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales; la Abogada Zarraluqui Navarro, que incide en la complejidad asociada a los procesos sobre crisis matrimoniales transfronterizas; la Magistrada Santana Páez al abordar la responsabilidad parental y el secuestro internacional de menores y el Abogado Pérez Cedillo al abordar la prestación de alimentos respecto de los menores.

Las dificultades presentadas generan, como efecto rebote, que los tribunales o bien omitan el instrumento normativo apropiado para dirimir la controversia o bien, que en la mayoría de casos los tribunales españoles citen de forma conjunta, a modo de «aluvión», normas de distinta fuente normativa pasando por alto que la aplicación de una de ellas debería excluir la de las otras, como señala la Doctora Torralba Mendiola al tratar los retos de la práctica española en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales e insiste en ello la Doctora Carballo Piñeiro al abordar la aplicación jurisprudencial del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I.

El legislador español tampoco resulta ajeno a las críticas de los autores de las contribuciones en la medida en que su actividad legislativa no siempre resulta lo eficiente que cabría esperar, como de-

muestran los trabajos de la Doctora Cordero Álvarez, al abordar la autonomía de la voluntad a los efectos de determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles de conformidad con la reforma operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, a la LOPJ y de la Doctora Rodríguez Pineau cuando analiza los arts. 778 *ter*, *quater* y *quinquies* de la LEC en materia de secuestro internacional de menores incorporados por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

Como propuestas para superar los obstáculos enumerados, los autores coinciden en la necesidad de fomentar la formación y especialización de jueces y abogados, así como la difusión de información sobre DIPr a través de canales tales como páginas web ya operativas cuales son el Prontuario de Derecho Civil y el Portal Europeo de e-justicia.

En definitiva, esta obra colectiva pone de relieve que la práctica judicial y profesional en España aunque se halla en el camino correcto, todavía le queda camino por recorrer para manejar adecuadamente la amalgama de instrumentos normativos que configuran la rama jurídica del Derecho internacional privado.

Georgina GARRIGA SUAU\*

Universitat de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.14>

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *Derecho Internacional Humanitario*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Hacer frente a los conflictos armados que están en curso es, junto a su prevención, uno de los más grandes retos que la Comunidad internacional tiene ante sí, pero al que, pese a su trascendencia, no ha podido dar aún una respuesta satisfactoria. Sin duda, el Derecho internacio-

nal humanitario (DIH) es crucial como límite al poder de los Estados y también de ciertos actores no estatales. Pero este sector del Derecho internacional se está enfrentando con multitud de elementos que ponen en jaque algunas de sus normas en determinadas situaciones. Aspec-

\* Esta recensión se enmarca en el proyecto de investigación «Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado» financiado por el MINECO (DER2016-75318-P).

tos como el carácter interno, pero internacionalizado de conflictos actuales, su asimetría, la proliferación de actores, la mixtura con ingredientes de terrorismo o el dato de que personas civiles, lejos de ver respetada su inmunidad, se hayan convertido en objetivo deliberado de ataques, son motivos que, entre otros, han subvertido algunos de los caracteres *clásicos* de los conflictos, y que han provocado que hoy sean especialmente brutales y ajenos al cumplimiento de normas. Por ello, se plantean desafíos específicos que afectan tanto a la clasificación de los conflictos como al empleo de nuevas tecnologías. De ahí que sea necesario, tal como indica el CICR, «comprender esos retos y abordarlos para que el DIH siga cumpliendo su función de protección».

El libro que tengo el honor de reseñar supone una contribución esencial en esa senda. Compendia el análisis de todo el contenido del DIH y, a la vez, se hace eco de todos los desafíos contemporáneos apuntados por el CICR, analizándolos con minuciosidad y rigor desde la perspectiva jurídica. La obra, coordinada por J. L. Rodríguez-Villasante y J. López, Director y Secretario, respectivamente, del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española, (CEDIH), cuenta con las firmas, junto a ellos, de otros profesores también integrantes del equipo docente del Centro, así como de expertos invitados. La condición de especialistas de los autores, así como la estructura y el carácter comprehensivo del contenido, hacen que se trate de una obra de referencia en la materia. Debido a su extensión (1.312 pp.), de un lado, y a los límites de espacio en que nos movemos aquí, de otro, lamentablemente no podremos ir más allá de mostrar la temática de los distintos capítulos y sus autores. Estos llenan de contenido las seis partes en que se distribuye, con variada extensión y coherencia interna impecable. Veámoslas a partir de ahora.

La Parte I, referida a las «Cuestiones generales», consta de nueve capítulos que

examinan los siguientes temas básicos: «El Derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto» (Cap. I), por M. Pérez González; «Fuentes del DIH» (Cap. II), por Rodríguez-Villasante; «Fundamentos del DIH: la cláusula Martens y el art. 3 común a los Convenios de Ginebra» (Cap. III), por Pérez González; «Ámbito de aplicación del DIH tipología y delimitación de los conflictos armados» (Cap. IV), por Rodríguez-Villasante, quien se ocupa también del último capítulo, el IX, referido a los «Actos de terror y DIH»; a su vez, el «DIH y el DI de los derechos humanos», «Los sujetos combatientes», las «Empresas militares y de seguridad privada» y «La ocupación militar», son tratados sucesivamente por J. Caceres, J. L. Domenech, M. Laborie y A. Corrales (Caps. V, VI, VII y VIII).

La Parte II, titulada «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja» consta de dos únicos capítulos: sobre «El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja» y «La Cruz Roja Española», redactados por M. Antón, M. Babé y J. López, en el primer caso, y por este último en exclusiva, en el segundo (Caps. X y XI).

La Parte III, rubricada como «La conducción de las hostilidades», se ocupa de los siguientes temas: «Acciones hostiles y objetivos militares. Los principios de igualdad distinción precaución y proporcionalidad» y «Limitaciones al empleo de medios y métodos de combate: armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados. Proliferación de armas ligeras y Tratado del comercio de armas. Las armas nuevas» (Caps. XII y XIII), ambos firmados por Domenech; «Las minas antipersonal y las municiones en racimo» por G. Jar y Domenech (Cap. XIV); «La prohibición de las armas químicas», por M. J. Cervell (Cap. XV); «Los agentes biológicos, la amenaza biológica y el DIH» (Cap. XVI), por V. Otero; «El arma nuclear y el

DIH» (Cap. XVII), por Rodríguez-Villasante; «Vehículos no tripulados y DIH» (Cap. XVIII), por R. Lorenzo; y «Aplicación del DIH a las operaciones en el ciberespacio» (Cap. XIX), por J. Domínguez.

La Parte IV, bajo el encabezamiento «La protección de las víctimas de la guerra» se integra por los capítulos siguientes: «La protección del medio sanitario en los conflictos armados» (Cap. XX), por V. Otero; «La protección del prisionero de guerra» (Cap. XXI), por Domenech; «La protección de la población civil» y «Protección de los refugiados y desplazados internos» (Cap. XXII), por F. Alonso; «La protección de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa» (Cap. XXIII), por Pérez González; «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades» y «Ataques letales selectivos y ejecuciones extrajudiciales» (Caps. XXIV y XXV), por Rodríguez-Villasante; «La protección de la mujer en el DIH» (Cap. XXVI), por R. Ojinaga; «La protección especial del niño en el DIH» (Cap. XXVII), por S. Hernández; «Periodistas y guerra: una perspectiva desde el DIH» (Cap. XXVIII), por G. Jar; «La protección del medio ambiente en caso de conflicto armado» (Cap. XXIX), por J. C. González Barral; y «La protección de bienes culturales en caso de conflicto armado» (Cap. XXX), por J. M. García Labajo.

La Parte V, dedicada a «Los conflictos armados internos», se integra por un

único capítulo, el XXXI, referido a igual tema y firmado por D. Suárez.

La Parte VI se centra en el estudio del «Sistema de eficacia del DIH», abordando los temas siguientes: «El sistema de eficacia del DIH: necesidad de su fortalecimiento» (Cap. XXXII), por Pérez González; «La punición de las infracciones del DIH. Los tribunales internacionales de crímenes de guerra», «La Corte Penal Internacional» y «La protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español» (Caps. XXXIII, XXXIV y XXXV), por F. Pignatelli; y «Jurisdicción universal y crímenes de guerra» (Cap. XXXVI), por A. Martínez.

Al final, se incorpora una útil bibliografía seleccionada, junto con un útil glosario, que cierra las páginas del libro. Esta obra es, en suma, una excelente simbiosis entre un manual exhaustivo y una monografía de investigación, que resulta imprescindible para cualquier interesado en la materia, desde neófitos hasta especialistas. Ha logrado un equilibrio difícil de alcanzar entre el carácter general de su objetivo, condensar el examen de todos los aspectos del DIH, y la profundidad con la que se sumerge al tratarlos. Esto la hace única y especialmente valiosa. A buen seguro los autores estarán preparados para trabajar en futuras ediciones.

Montserrat ABAD CASTELOS  
Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.15>

SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2 tomos, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.

En tiempos en que las universidades y singularmente las Facultades de Derecho padecen el cansancio de casi una década de constricciones presupuestarias y del angostamiento de los horizontes de promoción personal de tantos jóvenes investigadores, hay que dar la bienvenida

a este *Derecho Contractual Comparado*, que constituye todo un potente y coral acto de fe universitaria.

La primera característica de esta obra que sorprende es su *anchura*.

Es una obra ancha, en primer lugar, porque aborda, en 51 capítulos, todo lo

que hoy interesa al estudioso y/o práctico del Derecho contractual, sin apenas lagunas (apunto solamente la relatividad contractual y, conectada con ella, las acciones directas y los contratos conexos) y con notables adiciones a lo que sería la «legítima expectativa» del lector, como los interesantes capítulos sobre la tipología comparada de las obligaciones, escrito por Pilar Jiménez Blanco, o el principio de cooperación en la contratación, obra de Gloria Esteban de la Rosa. El Derecho corre muy deprisa y ya ni siquiera el Derecho privado se mantiene como un fuerte perdurable, pero puede afirmarse que el adquirente de esta obra dispondrá, para el lustro entrante, de una información completa y actualizada de lo que está ocurriendo, en los planos internacional y transnacional, en el Derecho contractual; por ejemplo, las excelentes 100 páginas largas que emplea Jochen Albiez Dohrmann para comparar los diferentes modelos de control de las condiciones generales de la contratación encierran tanto la médula como el por menor de lo que ocurre en este campo.

Hay anchura, además, en las fuentes empleadas (por todos los autores, esto conviene destacarlo), tanto en los textos internacionales estudiados (CISG, UNIDROIT, PECL, MCR, CESL, etc., pero también los desconocidos, para este revisor, movimientos de armonización africano de la OHADA y caribeño de la OHADAC; mención especial para el capítulo escrito por Ana Quiñones Escámez sobre la *Sharia* y su aplicación en el Derecho internacional) como en el material bibliográfico empleado.

El elevado número de colaboradores, 24, habla también de la ambición de conseguir una obra espaciosa y orquestal. Resumo sucintamente mi valoración del equipo de autores: *a)* es mérito del editor haber conseguido que ninguno de los autores se despache con un trabajo de complacencia y mero aliño, por lo que no he podido emplear ese recurso revisor habitual consistente en afirmar que

estamos ante una obra buena pero, como todas las colectivas, desigual; *b)* si estos autores, en su mayoría todavía no catedráticos, constituyen una muestra fiel de la generación que nos ha de relevar, la obra trae buenas noticias para la universidad española (y especialmente para la andaluza, mayoritariamente representada en la nómina de autores).

La anchura aludida conduciría a una «Wikipedia» del Derecho contractual si no fuera acompañada de la *profundidad*, que, en mi opinión, es la segunda característica de la obra.

La profundidad de esta obra se manifiesta, en primer lugar, en el planteamiento que todos los capítulos, con notable homogeneidad, comparten: mostrar cuáles son los intereses en juego en cada uno de los temas, exponer las soluciones que se ofrecen en el Derecho comparado e internacional, y ponderar los respectivos pros y contras. Que casi todos los capítulos terminen con una conclusión o consideración final habla claramente del propósito valorativo que tienen.

Más allá de la calidad de cada uno de los fragmentos de la obra, la profundidad que reconozco en ella se manifiesta en otro plano, más transversal. Como se pregunta Sixto Sánchez Lorenzo y expreso con mis palabras, frente al «buenismo» y muchas veces «apriorismo» de los intentos y las interpretaciones uniformadoras, tal vez convenga hoy (y más tras el «Brexit», ocurrido con la obra ya cerrada) que el jurista internacionalista y el investigador del Derecho comparado adopten una posición más escéptica y valoren, en cada caso, si la uniformidad conlleva dosis tan elevadas de inseguridad jurídica o ineficiencia que resulta preferible la conservación de las peculiaridades nacionales, sabiamente administradas, en la contratación transfronteriza, mediante las reglas del Derecho internacional privado y el empleo de la autonomía de la voluntad. Este escepticismo profundo no se manifiesta en todos los capítulos

de la obra (o no piensan sus autores que conduzca a apartarse, en sus temas, de la orientación uniformadora), pero sí en algunos de sus más interesantes capítulos, como son, de forma meramente ejemplificativa, los que firma el propio editor de la obra sobre la causa y la *consideration*, sobre la interpretación contractual y sobre la frustración del contrato, y los que escriben Ana Quiñones sobre la buena fe en los contratos y Nuria Marchal Escalona sobre el pago.

En el inevitable apartado de la *forma*, es destacable el trabajo del editor, pues todos los capítulos presentan gran uniformidad en organización (con empleo de párrafos numerados), abreviaturas y sistema de citas bibliográficas. Por poner un «pero» de rango ínfimo: las bibliografías que se incluyen al final de cada capítulo sin separación de párrafos resultarían algo más manejables si cada referencia se iniciara por el apellido del autor (que sirve para determinar alfabéticamente el orden de la bibliografía) y no por la inicial del nombre.

Ante la imposibilidad de resumir críticamente una obra de 2.500 páginas, he optado por concluir la recensión de una

manera subjetiva y quizás, impresionista, que, para el lector de la recensión, puede resultar más útil que una mención de su contenido, que puede encontrarse en la web de la editorial. Desprovisto del sentido de la mera posesión bibliófila, quizás por mi natural inclinación a los medios electrónicos, desde hace tiempo someto la biblioteca de mi despacho al «test de los cinco años»: si no he manejado un libro (aproximadamente) en ese espacio de tiempo, es que merece (o es más eficiente) que sea depositado en la biblioteca general de la universidad. La aplicación de esta regla ha reducido la biblioteca de mi despacho a una docena de obras de referencia y, naturalmente, los libros «coyunturales» relativos a la investigación que tenga en curso. Pues bien, he incorporado este *Derecho Contractual Comparado* a mi selección de «básicos» con la seguridad de que me ha de proporcionar muchas alegrías en futuras pesquisas y de que, por ello, superará durante mucho tiempo el «test de los cinco años».

Santiago CAVANILLAS MÚGICA

Catedrático de Derecho Civil

de la Universidad de las Islas Baleares

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.16>

SEGURA SERRANO, A. (ed.), *The Reform of International Economic Governance*, Londres/Nueva York, Routledge, 2016, XVII + 250 pp.

Este libro colectivo, editado por Antonio Segura Serrano, Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Granada, comprende 14 contribuciones de expertos en Derecho y Economía internacionales originarios de muy diversos países e instituciones, que analizan aspectos fundamentales del vigente sistema económico internacional y las posibles reformas de su gobernanza.

La crisis financiera y económica mundial iniciada en 2007-2008 centra el interés de buena parte de las contribuciones, pues es vista como una muestra de las carencias del modelo de globali-

zación liberal impulsado durante las últimas décadas y de la necesidad de reformarlo. En cualquier caso, el libro no se limita a abordar reformas, emprendidas o propuestas, vinculadas específicamente con dicha crisis, sino que, con una encomiable visión holística, abre el foco a otros problemas de fondo, institucionales, sociales y ambientales, que ya se planteaban en el sistema económico internacional antes de dicha crisis.

El libro se inicia con un sugerente prólogo de Andrew Lang, que reflexiona sobre la visión del Derecho que suelen compartir las diversas contribuciones,

confiando, aunque con ciertas cautelas y reservas, en la capacidad que unas instituciones y normas internacionales debidamente renovadas podrían tener para afrontar los complejos retos que plantea la globalización económica y mejorar la gobernanza mundial.

Las contribuciones del libro, algunas de las cuales tienen su origen en artículos previamente publicados en revistas especializadas, se dividen en cuatro partes. La primera, que sirve de «Introducción», está integrada por una esclarecedora aportación del propio editor del libro y se refiere, globalmente, a necesarias reformas de los sistemas comercial y financiero a escala mundial, partiendo de los muy diferentes grados de institucionalización y juridificación que han venido caracterizando a uno y otro sistema en las últimas décadas.

La segunda parte del libro, dedicada específicamente al sistema financiero, comprende cinco contribuciones. De gran interés son las reflexiones de Rosa María Lastra sobre la necesidad de crear una Organización Mundial de las Finanzas. Lastra considera que la crisis iniciada en 2007-2008 fue propiciada, en gran parte, por las desregulaciones nacionales y las debilidades de las instituciones financieras internacionales (IFIs), evidenciando que la globalización de las finanzas requiere una regulación internacional sólida, con mecanismos de supervisión y sanción efectivos. Ello pasaría, en principio, por ampliar y fortalecer las competencias de las IFIs ya existentes, como el Fondo Monetario Internacional, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea y, en particular, el Foro de Estabilidad Financiera, establecido en abril de 2009 a instancias del G-20, que podría convertirse en el principal embrión de esa anhelada Organización Mundial de las Finanzas. En contraste con estos planteamientos, que parecen inspirarse en el ideal de un federalismo global, otras contribuciones se muestran más escépticas. Así, Mika Viljanen considera que

las medidas adoptadas en estos últimos años para promover una mayor liquidez y resistencia en el sector bancario, tanto a escala internacional (con los llamados acuerdos de Basilea III de 2010) como en el marco de la Unión Europea y de algunos concretos países, siguen basándose fundamentalmente, sin perjuicio de algunas correcciones y de ciertos matices, en postulados neoliberales. Por tanto, no se estaría refundando o reformando en profundidad el sistema financiero internacional, sino únicamente apuntalándolo, tratando de prevenir o reducir daños con las mínimas intervenciones posibles.

La tercera parte del libro, relativa a la regulación del comercio internacional, comprende siete contribuciones, abriéndose con las reflexiones de Friedl Weiss sobre la OMC y sus posibles reformas, observando que, pese a los relativos éxitos de dicho organismo, particularmente gracias a su sistema de solución de diferencias, son necesarias mejoras institucionales (facilitando la toma de decisiones e introduciendo mayor transparencia y legitimidad) y sustantivas, integrando mejor dentro del régimen del comercio internacional la preservación de preocupaciones no comerciales. En esta última perspectiva profundizan otras contribuciones, como las relativas a: la posibilidad de celebrar un acuerdo sobre recursos energéticos dentro de la OMC; la compleja garantía de la seguridad alimentaria en el actual marco de gobernanza multinivel; o el difícil encaje de ciertas medidas para la promoción de las energías renovables según las actuales interpretaciones del Acuerdo multilateral sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC).

La cuarta y última parte del libro, dedicada a la inversión extranjera, incluye una muy interesante contribución, a cargo de Catharine Titi. Se analiza cómo las reclamaciones presentadas ante tribunales arbitrales por inversores extranjeros contra algunos Estados, a raíz de reestructuraciones de su deuda soberana,

están influyendo en el diseño de nuevos acuerdos internacionales sobre inversiones. Así, recientes tratados, como el «mega-regional» Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG-CETA) celebrado entre Canadá y la Unión Europea, vienen a reconocer un mayor espacio político y regulatorio a los Estados para afrontar situaciones críticas para su deuda pública.

Cumple felicitar al editor y el resto de autores de este libro por sus análisis y propuestas para tratar de mejorar la gobernanza económica internacional, teniendo en cuenta además que, tras la pu-

blicación del libro, se han producido una serie de cambios en el escenario internacional (Brexit, victoria de Donald Trump con un discurso que combina proteccionismo *ad extra* y desregulación *ad intra*, auge de populismos y nacionalismos...) que siembran muchas incertidumbres sobre el futuro del sistema internacional y hacen más necesarias, si cabe, reflexiones académicas rigurosas, originales y de amplia perspectiva como las de esta obra.

Xavier FERNÁNDEZ PONS  
Universidad de Barcelona

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.17>

SOBRIDO PRIETO, M. (ed.), *Espacios polares y cambio climático: desafíos jurídico-internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 252 pp.

La obra que aquí nos ocupa se adentra en una de las cuestiones que más interés están despertando en la doctrina iusinternacionalista en los últimos años, y es que el impacto del cambio climático en los espacios polares en general, y en el océano Ártico, en particular, puede calificarse de dramático. Por ello, que desde la doctrina española se publique una obra dedicada a estas cuestiones debe ser motivo de satisfacción.

Esta obra colectiva se divide en tres partes. La primera aborda desde una perspectiva general la regulación internacional frente al cambio climático y su incidencia en los espacios polares. Así, los tres primeros capítulos suponen una primera y sugerente aproximación y sirven de contexto al resto de la obra. Como no podía ser de otra forma, la segunda parte se centra en análisis del Derecho internacional aplicable al Ártico desde diferentes perspectivas, como son la gobernanza, la existencia de un foro de cooperación, como es el Consejo Ártico, la problemática situación del medio ambiente ártico y su marco jurídico, y la cuestión de la seguridad y el papel de la OTAN.

Finalmente, la tercera parte, aborda el marco jurídico aplicable al otro espacio polar, tan distinto del anterior: la Antártida, y lo hace a través de dos perspectivas, la medioambiental y la influencia de América Latina sobre este espacio, en particular, a través de UNASUR.

Los análisis realizados en la presente obra van de lo general a lo particular, sin dejar de lado las cuestiones más relevantes a las que se enfrentan los espacios polares en un futuro próximo. En este sentido, si bien el corazón de la obra, como señala el título, es el análisis de cómo el cambio climático afecta a los espacios polares, la obra aborda diferentes cuestiones.

En el primero de los capítulos, el Doctor Sobrino reflexiona sobre la regulación internacional sobre el cambio climático, donde se plantea cuestiones de indudable interés, como «la división artificial de espacios» cuya explotación supone un riesgo para un mundo «ecológicamente único» (p. 35), lo que conduce a la valoración de los recursos naturales como «bienes comunes»; e in-

cluso va más allá, llegando a plantear el «Patrimonio natural común de la humanidad» (p. 43), sobre el cual pueden detectarse indicios. Ahora bien, estas consideraciones, no evitan criticar lo endeble de este aparato jurídico, donde sería necesario el establecimiento de una Organización internacional «a la que los Estados miembros atribuyan las competencias necesarias para actuar eficazmente en pro de una buena gobernanza del sistema climático» (p. 44).

Entrando en aspectos polares, el Doctor Alcaide procede a distinguir ambos espacios, explica su territorialización y entra a analizar la problemática cuestión de la exploración, explotación y comercialización de los recursos naturales, para, a continuación, examinar el marco institucional y las sinergias polares. El papel del Tribunal Internacional del Mar en los espacios polares sirve de cierre de esta primera parte. Este estudio, a cargo de la Doctora Oanta, alude a las potencialidades de esta jurisdicción y se refiere a asuntos sobre los espacios polares, como el relativo al buque *Arctic Sunrise* o la conservación y la gestión de recursos pesqueros en relación a la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

La segunda parte comienza con la aportación de la Doctora Sobrido acerca de la gobernanza ártica, ámbito donde la autora señala que «coinciden simultáneamente dos tendencias opuestas: preocupación y oportunidades» (p. 112). La preocupación medioambiental es el motivo en torno al cual se ha articulado la gobernanza ártica. Así, se refiere a la Estrategia de protección medioambiental ártica, al establecimiento del Consejo ártico, las reuniones de los cinco Estados ribereños y los foros subregionales, para centrarse en la gobernanza marítima del Ártico, distinguiendo entre los espacios marinos no sujetos a jurisdicción de los Estados y los que sí lo están. A continuación, la Doctora Sánchez Ramos se cen-

tra en el foro de cooperación ártica por excelencia: el Consejo Ártico.

Más adelante, la Doctora Cinelli examina el marco jurídico de la protección del medio ambiente ártico, en el que remontándose al Tratado relativo al archipiélago de Svalbard de 1920, pasando por el Convenio Internacional para la reglamentación de la caza de ballenas de 1937, sucedida por la Convención de 1946 y enmendada en 1956, al instrumento intrínseco al Ártico, el Acuerdo internacional sobre la conservación de los osos polares y su hábitat de 1973, sin olvidar la cláusula ártica —el art. 234 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982—, o los intentos realizados en el marco del Consejo Ártico. Especial interés presentan iniciativas desarrolladas al margen del espacio ártico, como el Código Polar, promovido por la Organización Marítima Internacional (pp. 178 y ss.).

La seguridad y el papel de la OTAN son abordados por la Doctora Bürgin en el Capítulo VIII de esta obra, cuestión que ha suscitado un renovado interés tras el inicio del conflicto en Ucrania y el papel de la Federación Rusa, así como consecuencia de la seguridad energética y de las nuevas posibilidades en relación a la exploración y explotación de recursos energéticos en el subsuelo ártico.

La tercera parte, dedicada a la Antártida, comienza con el capítulo dedicado al análisis del medio ambiente antártico, elaborado por la Doctora Rey Aneiros. En él, se estudia el «estatuto *sui generis* como reserva natural para la paz y la ciencia» de este continente, y las peculiaridades que su protección presenta. Por último, el capítulo del Doctor Quindimil, se centra en la proyección de América Latina en la Antártida, atendiendo al papel de UNASUR, donde se analizan los intereses estatales, así como las iniciativas de cooperación, destacando la patrulla antártica naval combinada o la reunión de admi-

nistradores de programas antárticos latinoamericanos.

En definitiva, estamos ante una obra de gran interés para los estudiosos de cuestiones polares, que analiza diferentes aristas

con rigor y solidez, por lo que no cabe sino congratularse por su publicación.

Ana MANERO SALVADOR

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.18>

STRONG, S. I., FACH GÓMEZ, K. y CARBALLO PIÑEIRO, L., *Derecho comparado para abogados anglo- e hispanoparlantes. Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2016, 672 pp.

En las últimas décadas, el conocimiento y manejo de idiomas ha pasado de resultar conveniente a ser casi exigido para el desempeño de prácticamente cualquier actividad jurídica, ya sea profesional o puramente académica. En particular, el inglés, convertido en el esperanto de los negocios y las comunicaciones internacionales, es hoy imprescindible para los juristas hispanohablantes. El español también tiene un marcado protagonismo en la actividad jurídica internacional considerando el número de países en los que es la lengua oficial y aquellos otros en los que, sin serlo, cuenta con un inusitado número de hablantes.

Cualquiera que haya estudiado otro idioma, también en el ámbito jurídico, sabe que las traducciones literales, además de no ser siempre posibles, no consiguen recoger la realidad que intenta comunicarse. Para comprender el sentido y el alcance de las palabras, giros y expresiones, el aprendizaje de un idioma precisa al menos cierto grado de inmersión en la cultura y el entorno del que procede. Frente a la necesidad de recurrir a la búsqueda de múltiples y heterogéneas lecturas especializadas, la obra de Strong, Fach y Carballo ofrece, en un volumen bilingüe, una aproximación general a los sistemas jurídicos anglo e hispanoparlantes. El libro persigue fundamentalmente proporcionar una formación contextual ágil, dinámica y práctica que, sin ser omnicomprensiva, resulte global y permita el correcto

manejo del idioma extranjero así como el conocimiento esencial del sistema jurídico en el que se asienta. De ahí que, además de destacar en negrita el vocabulario técnico e introducir una relación de palabras clave, se inste a los lectores a leer en primer término las páginas redactadas en la que sea su segunda lengua. La ulterior lectura del texto en su primera lengua les permitirá establecer paralelismos entre los distintos sistemas, identificar y ratificar los «falsos amigos» en las traducciones, así como adquirir una visión de la percepción que puede tener un jurista extranjero del sistema jurídico del que proceden.

Como reconocen las autoras, tratar de presentar los sistemas jurídicos anglo e hispanoparlantes, incluso con una aproximación general, es un empeño muy ambicioso teniendo en cuenta no solo el alcance material, sino también que cada una de estas dos familias jurídicas tiene ramificaciones diversas. No obstante, sin perder de vista la finalidad de la obra, los riesgos de dispersión y superficialidad derivados de la ambición del proyecto han sido bien resueltos. En cuanto al alcance material, se ha optado por incorporar cuestiones generales y algunas específicas dando especial importancia a los aspectos prácticos del ejercicio profesional y, atendiendo a su dimensión ética, recordando la conveniencia, cuando no necesidad, de contar siempre con un abogado local. En lo relativo a las familias jurídicas, se han elegido dos sistemas

de referencia por familia (Inglaterra y Estados Unidos, por una parte, y España y México, por otra), sin perjuicio de incluir ciertas especificidades propias de las distintas ramas dentro de cada una de ellas. En este sentido, la incorporación en la Sección II (Fuentes del Derecho) de una aproximación histórica al desarrollo de los sistemas de Derecho común y de los de Derecho civil parece una forma muy acertada de introducir la materia. A lo largo del libro el lector encontrará, en lo que puede calificarse como orientación comparatista, una presentación en paralelo de correspondencias entre estos sistemas jurídicos con el fin de reseñar las diferencias entre sí, además de las existentes dentro de las propias familias jurídicas.

Respondiendo adecuadamente a los sencillos, si bien esenciales y difíciles, objetivos de formación que persigue, la obra se estructura en torno a cinco secciones, cuyos contenidos varían necesariamente en cada una de las versiones lingüísticas, e incluye una tabla de jurisprudencia y otra de legislación citadas. Las cuatro primeras secciones —que cuentan con resúmenes (las tres primeras), una selección de textos ilustrativos de las materias abordadas (normativos, jurisprudenciales, doctrinales, formularios, modelos) y cuestionarios para la autoevaluación (secciones segunda y cuarta)— pueden clasificarse en tres grupos.

Las secciones primera (dos capítulos) y segunda (cuatro capítulos) integran la parte básica (de lectura obligada) que, tras centrar el objetivo y contexto de la obra, comprende los aspectos de las culturas jurídicas y las fuentes del Derecho en los sistemas anglosajones y en los de los países hispanoparlantes. Las autoras realizan un recorrido que describe y explica las bases del funcionamiento normativo y judicial de ambas familias jurídicas —con sus respectivas ramificaciones—, incidiendo en los mecanismos de recepción de las fuentes internaciona-

les y las normas del Derecho de la UE sin perder de vista la especial situación en la que se encuentra el Reino Unido.

Las secciones tercera (dos capítulos) y cuarta (dos capítulos) abordan las cuestiones específicas de carácter material y procesal consideradas de especial interés para los juristas que se desenvuelven en entornos bilingües. En la dimensión sustantiva se incluyen los aspectos elementales del Derecho constitucional, penal, extranjería, obligaciones, sociedades y competencia entre los que se constata la existencia, entre y dentro de las familias jurídicas, de los llamados «trasplantes legales». En la dimensión procesal, se sientan las bases de los procesos penales y civiles, así como del procedimiento arbitral (comercial y de inversiones), prestando especial atención a la tipología de documentos utilizados en estas sedes litigiosas (presentación de escritos, transacciones) junto a los que recogen las comunicaciones entre profesionales y entre estos y sus clientes (correspondencia, hojas de encargo, etc.).

Finalmente, la sección quinta (tres capítulos) plantea distintos ejercicios prácticos, susceptibles de ser realizados de varias maneras, sobre la base de un supuesto hipotético de disputa arbitral (en materia contractual) y de una transacción jurídica (familia, sucesiones y obligaciones). Además, se ofrecen las respuestas a las preguntas de autoevaluación de las secciones segunda y cuarta.

Se trata, en definitiva, de una obra bien ejecutada, con un planteamiento innovador y atractivo que logra su propósito pues facilita y dinamiza tanto el aprendizaje de los conceptos jurídicos y su utilización en un idioma extranjero, como la comprensión de su inserción en el sistema jurídico-cultural al que pertenece. Su utilidad práctica parece evidente tanto para quienes realizan una primera toma de contacto con un lenguaje y entorno jurídicos que les son ajenos, como para aquellos que, con más

experiencia, buscan un instrumento de referencia solvente de fácil manejo. Esta obra coadyuva así al encuentro entre juristas procedentes de los sistemas anglo e hispano parlantes y con él, como señala

uno de sus prologuistas, a la seguridad jurídica internacional.

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN

Universidad Complutense de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.19>

TORRES CAMPRUBÍ, A., *Statehood under Water. Challenges of Sea-Level Rise to the Continuity of Pacific Islands States*, Leiden-Boston, Brill/Nijhoff, 2016, XXVIII + 310 pp.

Esta ejemplar monografía, excelentemente redactada, es una pieza original e insólita en nuestra bibliografía. Tiene su origen en una tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Madrid bajo la dirección del Profesor Carlos Espósito. Su autora, siguiendo la recomendación del tribunal que la calificó con los máximos honores, renunció a efectos de publicación a su primera parte (que ya era de por sí una tesis sobre la reconstrucción del discurso sobre el cambio climático y la seguridad internacional), para centrarse en la segunda, vertebrada sobre el desafío que ese discurso suponía para la supervivencia de los Estados insulares del Pacífico como consecuencia del aumento del nivel del mar.

Que este libro responda básicamente a la segunda parte de la citada tesis no implica que la nueva doctora se haya limitado a reproducirla; por el contrario, una sabia combinación de inteligencia y motivación ha conducido a su reescritura, siendo el aspecto más llamativo la inclusión de una introducción en la que recurre al concepto de antropoceno como marco general de referencia de su reflexión sobre las normas rectoras de la estatalidad. Desde una perspectiva geológica, la existencia de una nueva era bajo tal cobertura es muy discutida; los geólogos se mueven en periodos de centenares de miles de años. Pero desde el punto de vista político y su reverberación jurídica el concepto ha sido un brillante y oportuno hallazgo: es la acción del hombre la que está alterando el habitat natural

y arriesgando su propia supervivencia, con independencia de que su traducción estratigráfica sea apenas incipiente. Afirmar el antropoceno es constatar y reconocer la responsabilidad humana en un curso de los acontecimientos de muy negativas consecuencias para la vida de todas las especies, se sitúe esa nueva era «política» en el comienzo de la agricultura, hace unos pocos miles de años, en la revolución industrial, hace algo más de doscientos, o en la explosión de las primeras bombas nucleares hace apenas setenta.

Aunque escrito, como la tesis, en inglés, el libro adopta un método francés con gotas de alma latina, lo que no ha de sorprender teniendo en cuenta el origen y fuentes de formación académica de Alejandra. La sistematización es modélica, utilizando como percha de los tres capítulos que componen el libro —cada uno de ellos con su introducción y conclusiones— los tres elementos tradicionales del Estado —territorio, población y gobierno— para, a partir de ellos, considerar los retos que el cambio climático y, en particular, la elevación del nivel de las aguas, suponen para la continuidad de la estatalidad de Estados insulares por mor del sumergimiento de las islas, el inevitable desplazamiento de población y el difícil mantenimiento de una acción de gobierno de un «Estado bajo el Agua», según la brillante y plástica expresión que da título al libro, inspirado —según revela— en una de sus canciones favoritas. ¿Tal vez *Hiding under Water*, de Beth Hart?

El Capítulo I, el más extenso, afronta el reto de la desterritorialización, parcial y total, del Estado, fuente primaria de su despoblamiento y, por ende, de su desintegración. Alejandra considera necesario arrancar recordando el significado del territorio en la concepción del Estado moderno, así como en la creación de los Estados insulares del Pacífico como consecuencia de la descolonización. Consciente de que la simple letanía y ubicación de archipiélagos micronesios, melanesios y polinesios, amén de su abigarrada condición política, crearía grandes dificultades a la gran mayoría de los lectores, hace una breve presentación geográfica e histórica de los 12 Estados y territorios dependientes y no autónomos que se reparten las 20.000 islas dispersas en un océano infinito. Se trata de países con un territorio emergente escaso, una población reducida, pero concentrada, subdesarrollados, muy vulnerables a toda clase de catástrofes, de difícil gobernanza por sus características geográficas y demográficas, unidos por un mar que al mismo tiempo los separa, un mar cuya regulación jurídica internacional puede ofrecerles espacios marinos bajo su soberanía y jurisdicción que pueden ser el cuerno de su abundancia, un mar que alimenta, que forma parte de su identidad, pero que también amenaza.

El territorio, dice la autora, es para los Estados insulares del Pacífico una expresión del derecho de los isleños a la autodeterminación e independencia política de la dominación colonial. Al leerlo no puedo sino recordar, no ya el papel histórico que la Corona española representó en la exploración europea pionera de ese enorme espacio oceánico, sino el hecho muy concreto de como en el Senado español se levantó el senador Pí y Margall reclamando la libre determinación de las poblaciones de las Carolinas y Marianas que nos disponíamos a vender a Alemania, tras perder las Filipinas, por 25 millones de pesetas y un depósito

de carbón para la Marina en cada archipiélago. Su visión anticipadora fue considerada generosa, elevada, romántica, pero, como dijo Silvela, Presidente del Consejo de Ministros, poco práctica. ¿A quién podía extrañar? En la política los topos prevalecen sobre los linceos.

Mi inclinación por la dimensión territorial del Estado influye, probablemente, en mi querencia por este capítulo. Por supuesto que cabe tratar de frenar la desterritorialización con políticas activas de protección costera o inyectando cemento y creando estructuras artificiales como hacen chinos y japoneses en los mares que reclaman su nombre. Pero ¿cómo hemos de analizar en términos jurídicos la conversión de islas en rocas y de rocas en bajíos en relación con los Derechos del Estado insular sobre los espacios marinos? El hecho de que ese fenómeno se produzca antes o después de la conclusión de acuerdos de delimitación con los Estados vecinos es relevante. La autora examina los acuerdos concluidos, en general de fecha reciente y solo un puñado de ellos ya en vigor, y llega a la conclusión, que comparto, que los límites pactados han de considerarse consolidados; más aún si expresan sus coordenadas, a menos que el propio tratado disponga otra cosa. Esos acuerdos, por su índole territorial, están llamados a resistir cualquier invocación a un cambio fundamental de circunstancias como causa para darlos por terminados.

Sin embargo, cuando la autora cerró el trabajo había 32 delimitaciones marítimas pendientes, una perita en dulce para los bufetes globalizados que ofrecen soluciones llave en mano. Cabe anticiparse a la negociación e ir a ella con medidas unilaterales —siempre susceptibles de ser protestadas por los otros— mediante la promulgación de líneas de base, publicadas en cartas oficiales y comunicadas a la Secretaría General de Naciones Unidas, sin propósito alguno de actualizarlas; una picardía.

Pero ¿qué ocurriría en caso de una desterritorialización total, una circunstancia que amenaza, aunque no a corto plazo, a Tuvalu, Kiribati y las islas Marshall (a las que cabe añadir, ya en el océano Índico, las Maldivas), compuestos por atolones coralinos cuya altitud no supera los cinco metros? ¿Acaso cabría sostener la supervivencia de Estados o sujetos internacionales que conservan espacios marinos bajo su soberanía o, por lo menos, su jurisdicción, a pesar de haber perdido todo su territorio terrestre?

La autora tiene prisa en anticipar soluciones para la conservación del Estado en caso de desterritorialización total, tales como la adquisición de tierras en otro Estado (con el problema de la transferencia de soberanía y no solo de la propiedad), la fusión con otro Estado (con la dote de su patrimonio marino) o el reconocimiento de «Estados acuáticos» o, por lo menos, de sujetos soberanos no estatales, en la estela histórica de sujetos atípicos como la Santa Sede y la «Soberana Orden de Malta». Pero la cuestión, señala Alejandra, no es cómo, sino por qué tras haberse sumergido un Estado debe conservar su condición o al menos algún tipo de subjetividad internacional. La respuesta se verá más adelante.

El capítulo incluye una serie de tablas interesantísimas sobre los espacios marinos que reivindican los Estados y territorios insulares del Pacífico; los 130 accidentes geográficos afectados, en una graduación de uno a cinco, por la elevación del nivel del mar; en el que los 70 accidentes de nivel cinco pueden desaparecer si se elevan un metro las aguas; y los acuerdos de delimitación marítima suscritos (29 tratados firmados, nueve en vigor, al cerrarse el trabajo en el otoño de 2015).

El Capítulo II asume el reto de la despoblación. Si una isla se hunde, ahí no hay quien viva a menos que su naturaleza humana se transforme en otra cosa. Ocurre, sin embargo, que hay islas en las

que, aunque no se hundan, no hay forma de ganarse la vida, lo que conduce a un proceso migratorio que puede envolverse en la coartada del «cambio climático». Esos procesos migratorios deben distinguirse de los desplazamientos colectivos de población por causas medioambientales, trátase de una catástrofe natural instantánea y sorpresiva o del fenómeno, lento pero fatal, de la elevación de las aguas que acaban engullendo islas y atolones coralinos. Se ha hablado así de los «refugiados medioambientales» o «ecológicos», expresión que disgusta sobremanera a los gobiernos de los países de origen, no menos que a aquellos ante los que se invoca. Obviamente, no cabe acudir a la noción de refugio en el caso de una reubicación de las personas desplazadas en otras islas del propio Estado.

En este capítulo se parte de la consideración de las acciones preventivas para preservar la habitabilidad de islas amenazadas por el cambio climático y garantizar el «derecho a permanecer» de la población local; estas acciones se identifican con las propias de protección del territorio. Las acciones reactivas implican, en cambio, la reubicación de población ante el hecho inevitable de la inhabitabilidad. La autora hace un interesante estudio de las «víctimas» de este hecho desde la triple perspectiva del Derecho internacional de los refugiados, de los derechos humanos y del cambio climático para concluir con su inadecuación para el manejo satisfactorio de la situación y examinar a continuación si, para una regulación eficaz, se debería proceder, bien a una reforma de los instrumentos convencionales, bien a fomentar las sinergias entre ellos, o bien a elaborar un nuevo instrumento *ad hoc*.

Alejandra sitúa a los Estados insulares del Pacífico frente a su responsabilidad respecto de su población, tanto para prevenir como para reaccionar frente a la amenaza del cambio climático; pasa revista a su condición de parte o no (más bien no) en los instrumentos jurídicos

multilaterales; y, acompañándolas con las correspondientes tablas, ilustra las diferentes políticas seguidas en relación con la reubicación de poblaciones, la gran mayoría de ellas domésticas.

La reubicación de población en otros países se ha escamoteado habitualmente mediante la conclusión de acuerdos que fijan cuotas de inmigración (en Australia y Nueva Zelanda) en los que el factor climático queda difuminado. Solo Kiribati parece reconocerlo directamente, con medidas como la compra de terrenos en Fiji para producción de alimentos, lo que implicará el reasentamiento de 500 familias kiribatinas. Obviamente su estatuto tendrá que ser negociado con Fiji.

Una despoblación total conduciría a la noción de una nación *ex situ* y, caso de desaparecer el Estado, a situaciones de apatridia. Esa es una hipótesis que por ahora parece lejana. Pasa, no obstante, por mi mente la imagen trágica de una población que prefiere perecer hundiéndose con la isla en la que reposan sus ancestros antes que salvar una vida en desarraigo.

El Capítulo III afronta el problema del ejercicio de las funciones del Gobierno en supuestos de desterritorialización y despoblación parcial, antes de arrostrar el dilema de la desterritorialización y despoblación total. La autora lo aprovecha para señalar el papel que los gobiernos de los Estados insulares del Pacífico han representado, con una sola voz y una eficiente estructura institucional, en el relanzamiento, hace diez años, del discurso sobre la noción de seguridad internacional vinculada al cambio climático, un discurso que proyecta los efectos de un problema medioambiental pluridimensional sobre la organización de la sociedad internacional. A pesar de su exigüidad terrestre, su excentricidad e insignificante poder, los Estados insulares del Pacífico abrieron la puerta de la membresía de las Naciones Unidas a los «micro-Estados» y bajo el principio de la

igualdad de voto en la Asamblea General han constituido un grupo de presión que sabe manejar en general la fuerza de su número, aunque en ocasiones el granero de sus votos acaba en mercados poco recomendables.

Ya en este capítulo la autora se esfuerza sobremanera por exponer las fuentes de legitimación para la continuidad de los Estados insulares del Pacífico, atendiendo a la responsabilidad de los países industrializados en el cambio climático, origen de sus males. Eso la conduce a examinar nuevas formas de gobiernos en el exilio, ahora más bien gobiernos *ex situ*, bien diferentes y sin esperanza de retorno, con una redefinición de su jurisdicción y sus obligaciones internacionales, la compensación económica a la que tienen derecho los Estados insulares del Pacífico por las pérdidas y daños sufridos como consecuencia de un cambio climático que no les es imputable y una aplicación renovada del principio de autodeterminación por poblaciones expatriadas que desean conservar su identidad y su cultura. En último término, señala Alejandra, la continuidad de la estatalidad de las islas del Pacífico más allá de su «vida material» depende de una decisión política de la comunidad internacional que puede fundarse en una motivación ética en la que subyace una suerte de justicia medioambiental global en el contexto postcolonial Norte-Sur. De esta manera Alejandra da respuesta a la cuestión de por qué, tras haberse sumergido, un Estado debe conservar su condición, o al menos algún tipo de subjetividad internacional. La inercia y el espíritu de conservación auspician la presunción de supervivencia del Estado frente al vacío de una extinción sin sucesión. Y si no queremos llamar Estado a quien vio desaparecer su territorio terrestre bajo el océano, ¿por qué no aceptar y reconocer un sujeto soberano con una población transterrada y un gobierno *ex situ*? La autora no lo menciona, pero se trata de una fórmula factible que bien pudo utili-

zarse para articular políticamente al pueblo gitano o al pueblo judío hasta que se creó el Estado de Israel.

La obra, que termina con unas muy breves conclusiones, tiene en sí misma un valor alegórico. La amenaza de desaparición de islas e incluso Estados insulares del Pacífico como consecuencia del cambio climático ¿acaso es una de las señales que avisan del riesgo de que el camino por el que transitamos conduce a la extinción de la vida en el planeta? Las «islas que se hundan», advierte la autora, forman la última y más paradigmática imagen de la crisis medioambiental global que padecemos. Otro Noé, ahora en un ingenio espacial, habrá de buscar la salvación de las especies en otro planeta habitable.

La autora ofrece una amplia y estructurada bibliografía por capítulos, fundamentalmente en lengua inglesa, confirmando que lo que no se publica en inglés se presume irrelevante. Esa es mi única objeción. En nuestro país existen títulos apreciables sobre algunas de las cuestiones generales (delimitación de espacios marinos, régimen de islas y archipiélagos...) consideradas que bien pudieron recogerse en el listado. Incluso se ha escrito sobre la roca japonesa de Okinotorishima, que un navegante español bautizó Parece Vela. Tiempos modernos.

Antonio REMIRO BROTONS

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.70.1.2018.4.20>



## REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en <http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/>.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en <http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/>.

Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2017/07/Normas-de-publicaci%C3%B3n-en-REDI-27.10.2017.pdf>.

*Note aux auteurs:* les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

*Note to contributors:* the editorial rules and lines are published under <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

