





REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 68  
2016, NÚM. 2  
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

MARCIAL PONS

MADRID-2016

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 y vLex.

© 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, 2016

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

## CONSEJO DE REDACCIÓN

José Luis DE CASTRO Universidad del País Vasco	LUIS M. HINOJOSA MARTÍNEZ Universidad de Granada
Manuel DESANTES REAL Universidad de Alicante	Irene RODRÍGUEZ MANZANO Universidad de Santiago de Compostela
Carlos ESPÓSITO MASSICCI Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel SOBRINO HEREDIA Universidad de A Coruña
Federico GARAU Universidad de las Islas Baleares	Blanca VILA COSTA Universidad Autónoma de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Universidad de Oviedo	Fausto POCAR Universidad de Milán
Celestino DEL ARENAL MOYÚA Universidad Complutense de Madrid	Antonio REMIRO BROTONS Universidad Autónoma de Madrid
Antonio A. CANÇADO TRINDADE Universidad de Brasilia	Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS Universidad Complutense de Madrid
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Universidad Complutense de Madrid	Linda SILBERMAN New York University
José Antonio PASTOR RIDRUEJO Universidad Complutense de Madrid	Christian TOMUSCHAT Humboldt Universität
Elisa PÉREZ VERA Universidad Nacional de Educación a Distancia	Tullio R. TREVES Universidad de Milán

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO  
Universidad de Santiago de Compostela

### *Redactores*

Marta Abegón - Arantxa Gandía - Mercedes Guinea  
Patricia Orejudo - 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 should 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	
H. VAN LOON, <i>El desafío doble de la migración internacional</i> .....	15
C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, <i>Brexit: algunas reflexiones desde el Derecho internacional</i> .	19
I. ESTUDIOS/STUDIES	
ÁLVAREZ RUBIO, J. J., <i>Una renovada dimensión de los conflictos internos: la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco y la interacción entre bloques normativos</i> .....	23
— A renewed version of internal conflicts: the 5/2015 Act of Basque civil law and policy interaction between normative blocks	
ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., <i>La Unión Europea y el Derecho de los tratados: una relación compleja</i> .....	51
— The European Union and the Law of Treaties: a complex relationship	
BARBÉ IZUEL, E., <i>Contestación normativa y Consejo de Seguridad: la agenda de mujeres, paz y seguridad o de la resolución 1325 a la resolución 2242</i> .....	103
— Normative contestation the Security Council: women, peace and security agenda or from Resolution 1325 to Resolution 2242	
CALVO CARAVACA, A. L., <i>Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas</i> .....	133
— Application of foreign law in the Spanish Courts. A Critical Study	
CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <i>Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo</i> .....	157
— On the law applicable to biological parentage: from the law of the child's nationality to the law of the habitual residence	
CASADO RAIGÓN, R., <i>La investigación científica en los espacios marinos reconocidos por el Derecho internacional</i> .....	183
— Scientific research in maritime spaces recognized by International Law	
ORIHUELA CALATAYUD, E., <i>La obligación aut dedere aut iudicare y su cumplimiento en España</i> .....	207
— The <i>aut dedere aut iudicare</i> obligation and its fulfillment in Spain	
SALINAS DE FRÍAS, A. M. <sup>a</sup> , <i>Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados</i> .....	229
— The state fight against international terrorism: beyond the use of force	
CONDE PÉREZ, E., <i>Retos jurídicos de las actividades de bioprospección marina: especial referencia a las zonas polares</i> .....	253
— Legal challenges related to marine bioprospecting activities special focus on the polar regions	
JIMÉNEZ GARCÍA, F., <i>«Combatientes terroristas extranjeros» y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas</i> .....	277
— «Foreign terrorist fighters» and armed conflicts: immediate utilitarianism in the face of unsolved phenomena and non-agreed norms	

## II. FORO/FORUM

## DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO/PUBLIC INTERNATIONAL LAW

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., <i>El Derecho internacional humanitario ante los desafíos que plantean los actores no estatales</i> .....	303
SASSÒLI, M., <i>Actores no estatales y desafíos para el Derecho internacional humanitario</i> .....	313

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO/  
PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., <i>Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla</i> .....	321
RUIZ SUTIL, C., <i>El rechazo en frontera o la denominada «devolución en caliente» y su regulación en la LOEX</i> .....	329
FORCADA MIRANDA, F.-J., <i>Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español</i> .....	337
ESPINOSA CALABUIG, R., <i>Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias</i> .....	347

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

REQUENA CASANOVA, M., <i>El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y construction investments c. España (jurisdicción)</i> .....	359
PASCUAL VIVES, F., <i>El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso Charanne y construction investments c. España (fondo)</i> .....	369

## IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

A) <i>Reseñas</i> .....	379
Book reviews	
BLANCO-MORALES LIMONES, P. y otros (coords.), <i>Comentarios al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido</i> , Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, 1300 pp., por José Luis Iglesias Buigues.....	379
BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., <i>Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 623 pp., por Enrique J. Martínez Pérez.....	383
BREYER, S. G., <i>The Court and the World: American Law and the New Global Realities</i> , Knopf, 2015, 400 pp., por Antonio García Padilla.....	384

	Pág.
CORDERO ÁLVAREZ, C. I., <i>Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad</i> , Madrid, Dykinson, 2015, 400 pp., por Alfonso Ortega Giménez.....	386
DEL CASTILLO, L. C. (ed.), <i>Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos</i> , Leiden/Boston, Brill, 2015, 764 pp., por Leopoldo M. A. Godio.....	388
ESLAVA, L., <i>Local Space, Global Life; The everyday Operation of International Law and Development</i> , Cambridge University Press, 2015, 351 pp., por Paola Andrea Acosta Alvarado.....	390
GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., <i>The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea</i> , Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, xvi + 341 pp., por Gabriela A. Oanta.....	392
GARRIGA SUAU, G., <i>Responsabilidad civil del abogado: elección de la ley aplicable y aseguradoras de responsabilidad civil profesional</i> , Navarra, Thomson Reuters, 2015, 216 pp., por Pilar Jiménez Blanco.....	395
ORIHUELA CALATAYUD, E., <i>La jurisdicción universal en España</i> , Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2016, 207 pp., por Ángel Sánchez Legido.....	398
PIERNAS LÓPEZ, J. J., <i>The Concept of State Aid under EU Law: From internal market to competition and beyond</i> , Oxford, Oxford University Press, 2015, 304 pp., por Fernando Pastor Merchante.....	400
QUINZÁ REDONDO, J. P., <i>Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 447 pp., por Andrés Rodríguez Benot.....	402
RODRIGO, Á. J., <i>El desafío del Desarrollo sostenible</i> , Colecc. Tribuna Internacional, núm. 17, Ed. Centro de Estudios Internacionales, Madrid, Marcial Pons, 2015, 210 pp., por Rosa M. Fernández Egea.....	405
SOTILLO LORENZO, J. Á., <i>El reto de cambiar el mundo. La Agenda 2030 de desarrollo sostenible</i> , Madrid, Los libros de la Catarata, 2015, 117 pp., por Karlos Pérez de Armiño.....	407
B) <i>Libros recibidos</i> .....	409
Books received	



# EDITORIAL



## EL DESAFÍO DOBLE DE LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL

El fenómeno migratorio es atemporal: los individuos han buscado siempre mejorar sus condiciones de vida en otro lugar (*pull factors*, o factores de atracción), o escapar de la falta de perspectivas económicas, persecuciones, guerras, violaciones de derechos humanos o desastres medioambientales (*push factors*, o factores de empuje). En el siglo XXI, facilitada por las comunicaciones instantáneas y los transportes a gran velocidad (*network factors*, o factores de red) las migraciones han alcanzado una dimensión sin precedentes, dentro de un solo país y también a través de las fronteras. La migración transfronteriza sucede tanto en el seno de las grandes regiones del mundo como entre ellas. De acuerdo con NU, en 2015 se computan más de 240 millones de migraciones internacionales, de los cuales veinte son refugiados.

A pesar de que se trata de un problema en aumento en muchos lugares del mundo, la migración internacional es a día de hoy un «agujero negro» en la gobernanza global. Mientras que la cooperación internacional en materia de comercio y movimientos de capital ha mejorado sensiblemente, la migración sigue siendo un tema que se aborda desde la perspectiva de cada nación, de forma unilateral. Solo los refugiados —que suman menos de un 10 por 100 de los migrantes del mundo— se benefician de un marco legal de carácter global. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, carece de efecto real al no haber sido ratificada por ningún país industrializado.

A diferencia de lo que ocurría hace varias décadas, la migración internacional es percibida por muchos en Europa, los Estados Unidos y Australia como una amenaza para el empleo local y para la identidad nacional. Además, con frecuencia la migración *forzosa* se mezcla con la *voluntaria* de quienes buscan mejorar económicamente. La hostilidad hacia la inmigración se ha convertido en un tema de la mayor importancia política.

Los juristas internacionales —los especializados en Derecho internacional público tanto como los especialistas en Derecho internacional privado— no pueden mantenerse indiferentes frente a esta situación, que nos confronta con un desafío doble: por una parte, la necesidad de insistir en los principios fundamentales, también en lo relativo a su implementación en la práctica (1);

por otra, la necesidad de utilizar nuestra creatividad para ayudar a construir un régimen global viable para la migración legal (2).

1) Insistir en los principios, no solo en teoría sino también en su traducción práctica. El Convenio de Ginebra de 1951, con su principio fundamental de *non-refoulement* y sus estándares mínimos en el trato a los refugiados, representa un compromiso universal. En Europa, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Carta Europea de los Derechos Fundamentales proveen garantías adicionales. Sin embargo, cuando nos adentramos en el Sistema Europeo Común de Asilo penetramos en un laberinto de reglas dispersas, algunas de las cuales han demostrado ya ser inviables (el Reglamento de Dublín), mientras que otras ni siquiera han sido activadas (la Directiva sobre Protección temporal, de 2001, a pesar de que está concebida para situaciones de afluencias masivas). Por su parte, la diversidad de procedimientos de asilo a nivel nacional es enorme.

La Comisión Europea ha abierto en el mes de abril un proceso para la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo<sup>1</sup>. Es de esperar que la propuesta de una «mayor armonización de los procedimientos de asilo» no sea concebida pensando solo en los Estados, sino mirando a la concreta situación vital de los hombres, mujeres y niños afectados: reduciendo la duración de los procedimientos, adoptando medidas para evitar que los solicitantes permanezcan inactivos durante meses mientras aguardan la decisión sobre su situación, y garantizando asistencia legal y representación en todas las etapas del procedimiento de asilo. Pero, además, es importante que se revise todo el abanico de aspectos de carácter administrativo y de Derecho civil que afectan a los solicitantes de asilo en Europa.

El registro inmediato y coherente de los datos más relevantes sobre la persona y el estatuto personal —nacimientos, matrimonios y fallecimientos—, y el reconocimiento de las inscripciones registrales y documentos relacionados en toda Europa es esencial. Los niños refugiados —que constituyen un número elevado de los solicitantes de asilo— precisan una atención especial. Es inadmisibles que existiendo una red de Autoridades Centrales responsables de la protección de niños al amparo del reglamento Bruselas II bis, y del Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección de los niños, miles de menores (no acompañados) desaparezcan tras su llegada a Europa, tal y como descubrió Europol a comienzos de 2016. Por lo que se refiere al acuerdo de devolución entre la UE y Turquía, en vigor desde el 20 de marzo, Turquía no debería ser solo animada a retirar la reserva que limita la aplicación de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 para «las personas que se han convertido en refugiados como resultado de acontecimientos ocurridos en Europa», sino

---

<sup>1</sup> Para conocer el estado de la cuestión a 22 de agosto de 2016 véanse las notas de prensa de la Comisión de 6 de abril de 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1246\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1246_en.htm); el anuncio de la Propuesta para la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo de 4 de mayo de 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-1620\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_en.htm), y el de 13 de julio de 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2433\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2433_en.htm).

también a unirse al Convenio de 1996, entrando a formar parte de su red de cooperación para la protección de menores en el ámbito civil<sup>2</sup>.

2) La migración de la fuerza de trabajo es un aspecto esencial de nuestra economía globalizadora. La Comisión Europea, en sus propuestas recientes de reforma, nos ha recordado que Europa debe atraer a talentos de fuera para sostener su crecimiento económico. En 2005 la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales ya había denunciado la ausencia a nivel mundial de coordinación de las políticas nacionales, subrayando la necesidad de cooperación internacional, y concluyendo que «el viejo paradigma de asentamiento permanente de migrantes está progresivamente dejando paso a la migración temporal y circular». La migración temporal presenta además ventajas para el desarrollo: los migrantes que vuelven a sus países de origen llevan consigo el *know-how* y los contactos adquiridos en el Estado receptor; en particular cuando han recibido ayuda a través de la cooperación de los dos países.

España ha sido pionera en la negociación de acuerdos bilaterales con países de Latinoamérica y con Marruecos a fin de organizar la migración circular de trabajadores. También algunas Asociaciones para la Movilidad entre la UE y terceros países apoyan y promueven la migración temporal y circular.

Es el momento para edificar a partir de estos proyectos bilaterales y trabajar hacia un marco multilateral *global* con garantías procedimentales que faciliten acuerdos sobre programas de migración temporal. La inspiración puede encontrarse en otros ámbitos: por ejemplo, del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que exige la cooperación entre el Estado de origen y el Estado receptor en la adopción de cada niño. También establece un sistema de autorización para los intermediarios: una idea que podría ser útil para eliminar las redes de traficantes en la migración laboral. Del Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, por su parte, podría tomarse prestada la idea de cooperación para reducir los costes de las transferencias de fondos, lo que contribuiría a uno de los objetivos de la Agenda 2030 de NU para el Desarrollo Sostenible: reducir a menos del 3 por 100 los costes de transacción sobre las remesas transferidas por los migrantes (que actualmente se cifran en un 7,3 por 100).

Este marco multilateral permitiría establecer rutas de migración seguras y legales a nivel global; clarificaría las diferencias tanto de principios como de procedimientos entre las migraciones forzosas y las voluntarias; ayudaría a reducir la inmigración ilegal; y, en tanto que proyecto de cooperación permanente, ofrecería oportunidades de aprendizaje continuo.

Hans VAN LOON

Member of the Institut de Droit International.  
Former Secretary General of the Hague Conference  
on Private International Law (1996-2013)

---

<sup>2</sup> Con posterioridad a la entrega de este artículo para la publicación, la Conferencia de La Haya fue informada de que Turquía ha tomado las medidas precisas para ratificar el Convenio de La Haya de 1996, así como el de 2007 mencionado más abajo.



## **BREXIT: ALGUNAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL**

Tras un largo periodo de incertidumbre, el Brexit es ya una realidad en el horizonte inmediato. Los efectos económicos, sociales y políticos del referéndum británico no se han hecho esperar y los comentarios tampoco. Como es lógico, el interés de los analistas se ha centrado en primer lugar en las consecuencias que tendrá el Brexit sobre la propia Unión Europea, su sistema institucional y político y sobre el Derecho de la Unión. Sin embargo, el Brexit no va a limitar sus efectos a la Unión Europea y estos no pueden entenderse completamente sin una reflexión desde el Derecho internacional público.

Aunque dicha reflexión puede proyectarse sobre muy distintos sectores, en este momento reviste un especial interés la relación entre el Brexit y el Derecho de los tratados, ya que esta categoría normativa impregna todo el proceso de retirada. Así, no se puede olvidar que las propias condiciones cautelares para «evitar» el Brexit acordadas por el Consejo Europeo en febrero de 2016 se plasmaron en la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea<sup>1</sup>, de cuestionable calificación jurídica que, a pesar de todo, fue registrada en la Colección de Tratados de Naciones Unidas a petición del Reino Unido. Por su lado, el propio Brexit se regirá por un tratado celebrado de conformidad con el art. 50 del Tratado de la Unión Europea<sup>2</sup> (en adelante, TUE). Y, por último, el Brexit tendrá un notable efecto sobre los tratados celebrados en el seno de la Unión y que obligan al Reino Unido.

Sin necesidad de entrar en el análisis del peculiar procedimiento de retirada previsto en el art. 50 TUE, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que el mismo privilegia una retirada consensuada. Aunque la decisión de retirarse corresponde al Estado interesado, de conformidad con sus normas constitucionales, la voluntad unilateral del Reino Unido no es suficiente por sí misma para abandonar la Unión o, al menos, no lo es para abandonarla de modo inmediato. La fijación de una moratoria y la previsión de que se habrá de celebrar un acuerdo dentro de dicho plazo transforma el proceso de reti-

---

<sup>1</sup> DO C núm. 69, de 23 de febrero de 2016.

<sup>2</sup> DO C núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

rada en un ejercicio de concertación de voluntades. Por otro lado, aunque la voluntad unilateral de retirada del Reino Unido producirá plenos efectos si el acuerdo no se logra en plazo, no es menos cierto que la redacción del art. 50 TUE y la propia complejidad de la Unión Europea privilegian una salida consensuada. Así parecen haberlo entendido todos los interesados, incluido el Reino Unido, que de forma constante se refieren a la celebración de un acuerdo como requisito para que el Brexit sea efectivo.

Esta peculiaridad tiene importantes consecuencias en términos de Derecho internacional: ni el procedimiento de retirada ni la comunicación por la que se activa el art. 50 pueden confundirse con un acto de denuncia de un tratado internacional. Y, en paralelo, el Brexit no puede apoyarse ni en una denuncia unilateral de los Tratados ni en la aplicación de cualquier otra causa de terminación de las enunciadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>3</sup>. Aunque el art. 50 tiene una innegable relación con dicho instrumento, la misma no es otra que la configuración de dicho precepto como una aplicación de la regla general conforme a la cual la terminación de un tratado o la retirada del mismo se producirá, en primer lugar, conforme a lo previsto en el tratado [art. 54.a)]. Si —como parece razonable esperar— el proceso de retirada finaliza con un acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido, dicho acuerdo será inequívocamente un tratado internacional cuya celebración está sometida a un procedimiento especial previsto en el TUE, pero cuya vigencia, validez e interpretación dependerán exclusivamente de normas de Derecho internacional.

Dicho tratado tendrá como «objeto y fin» establecer «la forma de retirada, teniendo en cuenta el marco de [las] relaciones futuras [del Reino Unido] con la Unión». Y su contenido deberá ser acorde con dicha finalidad. Por tanto, no parece posible que el mismo contemple un Brexit parcial. Si la pertenencia a la Unión Europea está abierta únicamente a los «Estados europeos» y es el Estado, como sujeto de Derecho internacional, el que adquiere o pierde la condición de miembro, parece extremadamente difícil —por no decir imposible— que a partir del art. 50 TUE se pueda responder a los deseos de Escocia o Irlanda del Norte de permanecer de alguna forma en la Unión. Más difícil aún sería el dar respuesta a las pretensiones de Gibraltar, ya que a su estatuto internacional de colonia se añade el hecho de que la aplicación del Derecho de la Unión en dicho territorio se produce únicamente en tanto que «territorio europeo cuyas relaciones exteriores asume un Estado miembro». En ambos supuestos, el art. 50 impide que la eventual permanencia de Escocia, Irlanda del Norte o Gibraltar sea abordada desde la perspectiva de la mera modificación del ámbito de aplicación territorial de los Tratados respecto de un Estado miembro. Si dicha fórmula fue válida en relación con Groenlandia, gracias a la permanencia de Dinamarca, no resulta factible en el caso del Brexit.

En este contexto, no puede obviarse tampoco la ambigüedad que la activación del art. 50 produce respecto del estatuto del Reino Unido. Así, aunque

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 331, núm. 1155.

es cierto que hasta que finalice el procedimiento previsto en dicho artículo, el Reino Unido seguirá siendo miembro de la Unión, no lo es menos que dicha condición se verá necesariamente afectada por la puesta en marcha del procedimiento de retirada. Aunque con carácter general seguirá disfrutando de los mismos derechos y obligaciones que los restantes Estados miembros, su condición de «Estado saliente» tiene consecuencias de notable importancia, en especial al privarle del derecho de participar en las decisiones del Consejo referidas al acuerdo previsto en el art. 50. En este contexto, a los efectos de la negociación del acuerdo, el Reino Unido se encontrará de facto en una posición similar a la de un tercer Estado. Y ello con independencia de que siga estando obligado a aplicar el Derecho de la Unión hasta el momento en que la retirada sea efectiva.

No menos importante es el efecto que el Brexit tendrá sobre los tratados internacionales celebrados por la Unión, bien sea con la participación de los Estados miembros (acuerdos mixtos) o sin ella (acuerdos de la Unión en sentido estricto). A pesar de la diferente participación del Reino Unido en una u otra categoría de tratados, la respuesta sobre la vigencia de sus efectos para dicho país tras el Brexit debe ser idéntica: en ambos casos, la participación del Reino Unido en el tratado se basa en su condición de miembro de la Unión, por lo que perdida dicha condición dejarán de aplicársele. Teniendo en cuenta que buena parte de estos tratados regulan materias que son de notable interés para el Reino Unido (en especial los tratados comerciales), ello le va a exigir una considerable actividad convencional en los próximos años y un esfuerzo de negociación fuera de lo habitual para cualquier Estado. Aunque el Reino Unido podría buscar atajos para evitar dicho proceso de negociación, ello no será una tarea fácil, ya que resulta altamente cuestionable la aplicación a dichos instrumentos de las reglas de sucesión en materia de tratados (el Reino Unido no puede ser considerado como un sucesor de la Unión Europea en términos estrictos) o la aplicación del principio de continuidad del tratado sin contar previamente con el consentimiento de los terceros Estados partes en los mismos.

Una situación diferente se producirá respecto de los tratados en los que tanto la Unión Europea como el Reino Unidos son partes a título propio y que han sido negociados al margen del sistema jurídico de la Unión. O respecto de los tratados en los que solo el Reino Unido (como otros Estados miembros) sea parte, aunque a los efectos de la gestión del tratado la Unión Europea haya asumido las competencias propias de los Estados por razón de la materia. En ninguno de estos supuestos se encuentra en entredicho la condición de Estado parte del Reino Unido. Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta el hecho de que —en un número no desdeñable de casos— el Reino Unido, conforme a una práctica general, ha formulado declaraciones referidas al reconocimiento de la competencia de la Unión Europea sobre las materias reguladas en dichos tratados. Tras su salida efectiva de la Unión, el Reino Unido se verá obligado a revisar de manera cuidadosa y equilibrada dichas declaraciones, sin olvidar la necesidad de preservar la validez de los

efectos que las mismas hubiesen producido durante el periodo en que continuó siendo miembro de la Unión.

En todo caso, conviene advertir que la cuestión de la posición del Reino Unido respecto de un determinado tratado tras el Brexit no puede abordarse únicamente en clave de terminación o pérdida de efectos del tratado. Por el contrario, dado que dichos tratados seguirán en vigor con carácter general, también será necesario distinguir con claridad entre la aplicación de dichos tratados antes y después del Brexit, ya que de ello dependerá en buena medida no solo la determinación de cuáles sean sus efectos, sino también la imputación de un determinado acto relacionado con el tratado bien sea a la Unión Europea, al Reino Unido o a ambos. Y ello, sin duda, puede tener notables consecuencias no solo en términos de responsabilidad internacional sino también a los efectos del sistema de arreglo de controversias aplicable respecto de cualquier controversia que pueda producirse por aplicación del tratado y que afecte al Reino Unido.

Todos estos elementos deberán ser tenidos en cuenta con carácter general en el futuro acuerdo de retirada del Reino Unido. Además, por lo que se refiere a cuestiones que afectan especialmente a España, la incidencia del Brexit sobre los tratados internacionales exige, cuanto menos, llamar la atención sobre dos cuestiones relacionadas con el contencioso de Gibraltar. En primer lugar, la necesidad de proceder a una reflexión serena sobre la aplicación del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito por las Coronas de España e Inglaterra, en el marco de un nuevo modelo de relación entre España y el Reino Unido fuera de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, la necesidad de definir el futuro del denominado «régimen acordado sobre las autoridades de Gibraltar», que facilitó la adopción de determinadas decisiones comunitarias así como la ratificación por parte de España de un cierto número de tratados multilaterales que podrían tener incidencia sobre el reconocimiento de dichas autoridades. Sin embargo, dado que dicho «régimen acordado» entre España y el Reino Unido se alcanzó en el marco de la común pertenencia de ambos países a la Unión Europea, resulta imprescindible revisar su utilidad y oportunidad futuras.

Las cuestiones que se acaban de analizar no son sino una parte de la problemática más general de la relación existente entre el Derecho internacional y el Brexit. Se trata, no obstante, de cuestiones especialmente importantes sobre las que es preciso llamar la atención en estos momentos iniciales del proceso de retirada y respecto de las cuales es imprescindible que, tanto en el seno de la Unión Europea como en nuestro propio país, se inicie una seria reflexión a fin de no incurrir en contradicciones ni errores en un proceso que ya de por sí es problemático y complejo.

Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ  
Catedrática de Derecho internacional público (UNED).  
Miembro de la Comisión de Derecho Internacional

## UNA RENOVADA DIMENSIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS: LA LEY 5/2015 DE DERECHO CIVIL VASCO Y LA INTERACCIÓN ENTRE BLOQUES NORMATIVOS

Juan José ÁLVAREZ RUBIO \*

Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad del País Vasco UPV/EHU

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—2. LA LEY 5/2015, VÍA PARA EL DESARROLLO Y MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO.—2.1. Bases competenciales y dimensión histórica.—2.2. Conflictos de leyes internos en el ámbito del País Vasco.—2.2.1. Precedentes normativos.—2.2.2. Técnica normativa empleada en la Ley 5/2015.—2.3. La vecindad civil vasca, piedra angular de la nueva ley.—3. EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO AUTONÓMICO.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las carencias del sistema español de Derecho internacional privado en la dimensión de los conflictos normativos internos impiden atender a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna y permiten contextualizar estas reflexiones que, partiendo de la reciente reforma del Derecho civil vasco, persiguen realizar un análisis centrado en la necesidad de que el legislador interno español, tanto el estatal como los vinculados a los diversos sistemas jurídicos civiles especiales que conviven en seno del ordenamiento español, atiendan en sus futuros desarrollos normativos a la cada vez más relevante dimensión europea y pueda así encauzarse de forma armónica y coherente una acertada respuesta a la demanda de compatibilidad entre sistemas, más necesaria que nunca debido a la creciente interacción entre los diversos bloques normativos en presencia, derivados del actuar del legislador estatal, autonómico, foral, europeo y por último del ámbito convencional/internacional.

---

\* Especializado en las áreas de Derecho marítimo, Derecho del comercio internacional y en el ámbito del Derecho de familia y de los conflictos internos. Ha liderado varios proyectos convocados por la Comisión Europea en ámbitos procesales y de ley aplicable, además del Atlas Judicial Europeo, y designado como experto independiente de la Comisión Europea para las áreas de libertad, seguridad y justicia.

Debe tenerse presente que, tal y como señaló de forma muy atinada el Prof. Albert Font Segura<sup>1</sup>, la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, porque la determinación de cuál de los diferentes Derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales sino que surge también y cada vez con más frecuencia en supuestos internacionales o intraeuropeos.

Nuestro sistema jurídico estatal se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o plurilegislativos<sup>2</sup>, caracterizado por la convivencia de diversos sistemas legislativos territoriales y por la presencia en su seno de conflictos internos de carácter interregional e interlocal<sup>3</sup>.

La estructura interna de nuestro sistema jurídico español queda integrada por todo un conjunto de normas destinado a resolver los llamados *conflictos internos* derivados de la coexistencia en nuestro país de los diversos ordenamientos civiles forales frente al Derecho común. La Constitución española de 6 de diciembre de 1978<sup>4</sup> (en adelante, CE) constituye la regla base sobre la que se articula este nivel, que atiende a supuestos del llamado tráfico jurídico interregional y cuya delimitación *ratione materiae* revela un ámbito material centrado, hasta el presente, en específicos sectores del Derecho de familia (básicamente, matrimonio y sucesiones), junto a cuestiones vinculadas al concepto de propiedad y solo en la vertiente de ley aplicable.

Sin embargo, junto a la que cabría calificar como dimensión tradicional de los conflictos internos se añade en la actualidad otra, derivada del nuevo Derecho público económico elaborado por los respectivos legisladores autonómicos y que introduce un factor añadido de complejidad adicional en el sistema.

Desde esa dimensión interna del Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) el art. 149.1.8 de la CE se traduce en la opción por un sistema estatal y, por tanto, uniforme, de Derecho interregional. Tal teórica unidad del sistema de solución de conflictos, junto a otros principios estructurales del sistema (como la igualdad o paridad entre los diversos ordenamientos

<sup>1</sup> FONT SEGURA, A., «La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Direcció General de dret i Entitas Juridiques de 18 de septiembre de 2006», *In Dret*, 2007, núm. 2, pp. 3-5.

<sup>2</sup> Sobre el particular, véase ZABALO ESCUDERO, M. E., «El Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en los ordenamientos plurales», en FORNER I DELAYGUA, J. J., GONZÁLEZ BELFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 899.

<sup>3</sup> Sobre dicha realidad jurídica, véase entre otros IRIARTE ÁNGEL, J. L., *Propiedad y Derecho internacional. Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación registral (Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España), 2007, pp. 133-163; ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *Las normas de derecho interregional de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del país vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

<sup>4</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

civiles coexistentes), con incidencia en el ámbito de problemas de Derecho privado, ha sido ya objeto de interpretación por parte del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) estableciendo los parámetros hermenéuticos básicos para delimitar los límites del legislador estatal y determinar el grado de discrecionalidad de este en ejercicio de su facultad de configuración del sistema de solución de tales conflictos internos.

Este gira, en ausencia de una específica Ley de Derecho interregional, en torno al art. 16 del Código Civil<sup>5</sup> (en adelante, CC), cuyas líneas básicas se articulan sobre la base de un principio de remisión a las normas de DIPr (con ciertas excepciones) y el establecimiento de la vecindad civil como criterio de sujeción personal a los distintos ordenamientos civiles y teórico único punto de conexión. La vecindad civil constituye un elemento básico para resolver los conflictos de leyes en el ámbito interregional en cuanto principio general de vinculación y como técnica para determinar la sujeción a un determinado ordenamiento civil.

Y cabe afirmar que, en realidad, carecemos de un verdadero sistema de Derecho interregional, lo cual conduce a una permanente judicialización de tales conflictos normativo/competenciales internos.

El debate troncal o principal de estas reflexiones reside en analizar cómo responder a la particularidad que caracteriza al Derecho civil vasco, no exclusiva o privativa de él pero sí especialmente agudizada en su caso, concretada en la concurrencia de diversos subordenamientos locales o comarcales dentro del mismo ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. ¿Debe interpretarse el alcance de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.8 de la CE en el sentido de englobar o adscribir bajo la misma categoría competencial las normas orientadas a resolver tales conflictos normativos interlocales, o debe por el contrario entenderse que las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) en las que concurra tal singular circunstancia tienen competencia para poder dictar normas para resolverlos?

La previsión específica y única del art. 10.5 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco<sup>6</sup> (en adelante EAPV), que forma parte del bloque de constitucionalidad, ¿ampara o da cobertura a esta segunda posible vía de interpretación, posibilitando que las CCAA tengan competencia para aprobar normas que pretendan resolver los conflictos de leyes intracomunitarios que se materializan dentro de ellas?

## **2. LA LEY 5/2015, VÍA PARA EL DESARROLLO Y MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL VASCO**

La nueva ley culmina una primera fase del proceso de actualización y modernización del Derecho civil vasco. Esta nueva norma, calificable de au-

<sup>5</sup> *Gaceta* de 25 de julio de 1889.

<sup>6</sup> *BOE* núm. 306, de 22 de diciembre de 1979.

daz y prudente al mismo tiempo, sienta sólidos cimientos para garantizar un crecimiento orgánico del sistema jurídico privado vasco al superar la versión descriptiva de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho civil foral del País Vasco<sup>7</sup> (en adelante, Ley 3/1992) y hacer posible por vez primera en su historia un *corpus* normativo jurídico privado propio para todo el País Vasco, respetando, a su vez, las singularidades forales territoriales preexistentes.

Combinar el respeto a la tradición y a las raíces de tal Derecho foral con la labor de actualización representaba un primer gran reto legislativo. El nuevo texto normativo trabaja en esa doble dimensión: una *ad intra*, marcando la pauta conflictual normativa necesaria para resolver los denominados conflictos interlocales derivados de la coexistencia interna en su seno de diversos ordenamientos propios y otra vertiente *ad extra*, porque la nueva ley mira a Europa, con el ejemplo del Reglamento europeo sobre sucesiones como piedra de toque.

La labor legislativa realizada no se basa en una mera extensión imperativa del ámbito de tales instituciones forales sino que logra fundamentar su aplicabilidad en atención a su propia calidad y sentido común, en cuanto ordenación razonable que va a operar como la verdadera fuerza persuasiva del renovado sistema jurídico. Solo así podrá lograrse, y esta nueva ley es un paso decisivo cara a lograr tal objetivo, un Derecho civil vasco vertebrado mediante unos principios decantados históricamente a través de la costumbre que ensamblen todo el orden jurídico vasco.

La nueva ley recoge toda una serie de principios generales que han de inspirar como cánones hermenéuticos de obligada referencia su proceso de aplicación e interpretación, entre los que destaca el de libertad civil, conforme al cual las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos derivados de ellas será válida en tanto no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros, junto a la peculiar concepción de la propiedad en el ámbito de las instituciones forales, con reflejo en el ámbito sucesorio y en el denominado patrimonio familiar. Se preservan las diversas formas de propiedad comunal, familiar y social en la línea de la tradición histórica.

Todo el elenco de pronunciamientos del TC que posteriormente serán analizados no han llegado a resolver una cuestión troncal o clave desde la perspectiva de la nueva normativa aprobada por el legislador vasco y que subyace tras la redacción de varios de los preceptos de la nueva Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco<sup>8</sup> (en adelante, Ley 5/2015), concretada en dilucidar si el alcance material de la competencia exclusiva conferida al Estado para dictar normas para resolver los conflictos de leyes abarca igualmente o no aquellas normas orientadas a resolver los conflictos de naturaleza interlocal o intercomarcal (aquellos que surgen entre subordinamientos de ámbito

<sup>7</sup> BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2012.

<sup>8</sup> BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

local o comarcal pertenecientes a una misma CA, como ocurre en el caso del País Vasco). No hay una categoría homogénea de este tipo de conflictos interlocales, cada CA donde tal pluralidad interna se externaliza presenta a su vez sus propias particularidades, y solo desde una actuación normativa autonómica podrá atenderse a tal atomizada heterogeneidad de supuestos conflictuales interlocales.

La auténtica piedra angular (que, tal y como luego analizaremos, ha sido muy cuestionada doctrinalmente) sobre la que se construye el desarrollo orgánico del renovado Derecho civil vasco viene asentada en el reconocimiento legislativo de la existencia de una vecindad civil vasca. Es un factor troncal o esencial para el futuro del ordenamiento civil vasco porque permite sentar la base conflictual, respetuosa por vía interpretativa con el diseño competencial fijado en el llamado bloque de constitucionalidad, integrado por los arts. 149.18 de la CE y 10.5 del EAPV y diseñar, así, un hilo conductor del mismo común para los tres Territorios Históricos que integran la CA Vasca.

Cabe anticipar que solo si se admite que, en atención al ámbito interlocal, y en el marco o contexto territorial interno en que se sitúan los conflictos que la norma pretende resolver (en una proyección *ad intra* del sistema), la CA del País Vasco tiene competencia para dar respuesta legislativa a los mismos cabrá aceptar desde un punto de vista dogmático la regulación contenida en la nueva ley, que en este extremo aparece como la necesaria respuesta a una laguna del sistema español de Derecho interregional y a una necesidad sentida de modo acuciante en el ámbito del País Vasco, al estimarse que de otro modo se vaciarían de contenido o se desnaturalicen tales instituciones forales.

La CE constituye la norma base sobre la que pivota este nivel de nuestro ordenamiento jurídico que atiende a supuestos del tráfico jurídico interregional e interlocal y cuya delimitación por razón de la materia refleja un ámbito ciertamente focalizado en sectores específicos como el Derecho de familia (sucesiones y matrimonio) en relación a la determinación de la ley aplicable, algunas cuestiones de Derecho patrimonial y al Derecho público económico.

A su vez, la influencia del subsistema europeo, fortalecido por el Tratado de Lisboa<sup>9</sup>, se proyecta y adquiere especial transcendencia al expandir su ámbito de actuación material al ámbito central de las instituciones forales que coexisten en nuestro sistema de Derecho interregional.

En la actualidad, la frecuencia con que se presentan relaciones jurídicas que conectan dos o más ordenamientos jurídicos diferentes que ofrecen respuestas contradictorias o divergentes determina la razón de ser del DIPr. La compleja división política y jurídica del mundo y la proliferación de las relaciones privadas que pueden enmarcarse en un contexto de tráfico externo

---

<sup>9</sup> Puede verse en este aspecto, ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional», *Anales de la Facultad de Derecho*, noviembre de 2001, núm. 18, pp. 65-78.

debido a la incorporación de elementos de internacionalidad o de heterogeneidad plantean problemas concretos a los que el DIPr pretende ofrecer respuesta<sup>10</sup>.

En efecto, la existencia de dicho elemento de internacionalidad o de heterogeneidad debe interpretarse en un sentido amplio que permita englobar dentro de tal concepción toda aquella situación afectada por la coexistencia, también dentro de un mismo Estado, de diversos ordenamientos jurídicos. Por ello, resulta especialmente llamativa la desatención o el olvido que el legislador español muestra respecto a esta controvertida cuestión, que emerge de forma creciente en el panorama jurisprudencial de nuestros tribunales.

La pluralidad interna también es objeto de creciente atención y regulación normativa en el plano europeo y en el convencional/internacional. Carece de toda lógica que nuestro legislador español desatienda tal sector<sup>11</sup> o que reaccione de forma inconexa mediante puntuales reformas de preceptos que materializan también para la dimensión interna del sistema la incorporación por referencia de soluciones previstas en convenios internacionales, como la operada en relación a los arts. 9.4, 9.6 y 9.7 del CC, modificados por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>12</sup>.

## 2.1. Bases competenciales y dimensión histórica

Teniendo presente la peculiar estructura territorial, normativa y orgánica del País Vasco y la diversidad jurídica interna que le es propia, es preciso reflexionar sobre la principal aportación de la nueva ley, al lograr sentar las bases para la elaboración de un auténtico sistema normativo de Derecho civil vasco y combinar las particularidades de cada uno de sus Territorios Históricos con la necesaria extrapolación a todo el País Vasco de ciertas instituciones privadas que vertebran el desarrollo futuro del mismo<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Sobre la distinción entre las situaciones internas o jurídicamente homogéneas y situaciones heterogéneas jurídicamente o del tráfico externo, véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho Internacional Privado. Introducción*, Madrid, Universidad Autónoma (Xerocopia), 1984, p. 11.

<sup>11</sup> Sobre el particular, véase PARRA RODRÍGUEZ, C., «La revisión del Derecho interregional español: un análisis desde los principios generales del Derecho que inspiran la reforma», en FORNER I DELAYGUA, J. J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 655, aludiendo a que la solución normativa vigente debe ser modificada para adaptarse a las nuevas necesidades presentes en la sociedad plurilegislativa española.

<sup>12</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, y en cuya exposición de motivos se subraya que se reforman las normas de DIPr, en concreto los apartados 4, 6 y 7 del art. 9, «normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones de alimentos. Estas modificaciones responden, por un lado, a la incorporación de normas comunitarias o internacionales y adaptaciones terminológicas a las mismas y, por otro, a mejoras técnicas en la determinación de los supuestos de hecho o de los puntos de conexión y su precisión temporal».

<sup>13</sup> Sobre este particular, véase ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «El nuevo Derecho privado europeo y sus repercusiones en el Derecho Civil Vasco», *Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Bilbao, Parlamento Vasco, 2016, pp. 167-185.

Es cierta la reflexión histórica de que todos los Derechos forales se formaron en un mundo de predominio rural pero ello no ha impedido, por ejemplo a catalanes y aragoneses, elaborar y diseñar amplios cuerpos de leyes que se aplican a todos sus habitantes. Para el logro de tal fin era preciso dotar de contenido social a las instituciones forales, convertir sus costumbres y principios en un instrumento útil al servicio de los destinatarios de las normas, mantener una coherencia frente a la trayectoria histórico-normativa ya superada e impulsarla hacia el futuro, y difuminar sin eliminar sus elementos específicos esos obstáculos que impedían concebir unitariamente unos y otros ordenamientos (el vizcaíno, el alavés y el guipuzcoano).

Así se logra la necesaria síntesis cultural y el germen de unos cánones hermenéuticos propios que garanticen la adecuación de nuestras instituciones a los tiempos actuales. Y en este ámbito el contenido social de la reforma emprendida con la nueva Ley 5/2015 no debe pasar desapercibido.

Una breve reflexión sobre las raíces históricas del Derecho civil vasco permite indagar en el sentido inspirador del mismo. La propia exposición de motivos de la ahora derogada Ley vasca 3/1992 ya destacaba la arcaica formulación que caracterizaba al Derecho civil foral y su necesaria actualización, que no debía limitarse a un mero trabajo de recopilación sino orientarse a acomodar el ordenamiento foral a las técnicas y necesidades de la sociedad actual, para dar forma nueva y adaptar al mundo de hoy el viejo Derecho foral, que en Vizcaya y Álava ha sido básicamente Derecho escrito y en Guipúzcoa Derecho consuetudinario.

Como ya ha sido indicado, la CE es el primer elemento normativo a considerar en el sistema español de Derecho interregional. La relevancia de los preceptos constitucionales en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado viene advertida por su primacía jerárquica y operatividad. Téngase en cuenta que, por un lado, despliega plenos efectos en relación a la delimitación y distribución competencial entre el Estado y las CCAA en materia de legislación civil y, por otro, consagra los valores jurídicos que componen las normas y el contenido del sistema español de DIPr<sup>14</sup>.

El art. 149.1.8 de la CE garantiza por un lado la diversidad de Derechos civiles forales o especiales existentes en nuestro ordenamiento jurídico y delimita por otro los ámbitos de la competencia normativa de las CCAA y del Estado. En efecto, la cláusula contenida en el citado precepto constitucional viene a garantizar la foralidad civil mediante la autonomía política de las CCAA.

En este aspecto, puede observarse la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo<sup>15</sup>, que en su FJ 1.b), párr. 3.º vino a establecer dicha garantía en los siguientes términos:

<sup>14</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1997, pp. 289 y ss.

<sup>15</sup> STC 88/1993, de 12 de marzo.

«El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo».

En idénticos términos se posiciona el propio TC en su STC 156/1993, de 6 de mayo, al recoger en su FJ 1.a) que:

«El art. 149.1.8 de la Constitución, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra en la intangibilidad de los Derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo».

Tal precepto constitucional ha dado lugar a divergentes interpretaciones doctrinales en relación a su calificación como norma compleja compuesta por una regla general, una excepción a dicha regla general y, finalmente, algunas excepciones de la excepción, complejidad que ha demandado una interpretación y concreción exhaustiva sobre términos tales como «allí donde existan» en referencia a los Derechos civiles forales o especiales<sup>16</sup>, el alcance de la noción *desarrollo* de tales Derechos<sup>17</sup> y la posición de *paridad o igualdad* entre los Derechos civiles forales, y entre estos y el Derecho común<sup>18</sup>.

Las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de DIPr requiere de los diferentes legisladores (autonómico y estatal) un grado de entendimiento que permita articular, debido a la existencia de conflictos que representan realidades diferenciadas (conflictos internos o interregionales, conflictos intraeuropeos y conflictos extraeuropeos), una adecuada y coherente respuesta jurídica<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Sobre la interpretación de dicho término, entre otras, STC 121/1992, de 28 de septiembre, que viene a recoger en su FJ 1 que: «[...] El amplio enunciado de esta última salvedad (“Derechos civiles forales o especiales”) permite entender que su remisión alcanza no solo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución [...]».

<sup>17</sup> STC 88/1993, de 12 de marzo.

<sup>18</sup> STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 2, conforme al cual [...] «la Constitución —su art. 149.1.8, específicamente— viene solo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las “normas para resolver los conflictos de leyes”, competencia que en principio asegura —como hemos dicho en la reciente STC 156/1993— “un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles” (FJ 3). Tan solo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso».

<sup>19</sup> Véase, entre otros, IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea», *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, 2006, núm. 9, pp. 47-73.

Se trata de una dualidad que dificulta en cierta medida una convivencia armoniosa entre ambos bloques normativos, sobre todo teniendo en cuenta que la doctrina viene advirtiéndolo desde hace varios años que la respuesta que ofrece nuestro sistema para solucionar conflictos de leyes, recogido en el capítulo IV del Título Preliminar del CC, parece haberse quedado anticuada en comparación con las novedosas técnicas y soluciones que ofrece un Derecho europeo que responde a criterios de especialización por razón de la materia<sup>20</sup>.

Nuestro sistema interno de solución de conflictos, que carece de una ley especial de Derecho interregional, pivota en torno al citado capítulo IV y los arts. 14.1 y 16.1 del CC cuyas líneas básicas se estructuran mayoritariamente sobre el principio de remisión a las normas de DIPr y la determinación de la vecindad civil como punto de conexión y criterio de sujeción personal a los diferentes ordenamientos jurídicos civiles.

En relación a lo apuntado, el proceso de actualización y desarrollo del Derecho civil vasco tiene su anclaje competencial en el tenor de los arts. 149.1.8 de la CE y 10.5 del EAPV, que reservan a la CA del País Vasco la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral. No cabe obviar que el propio precepto constitucional reserva la competencia exclusiva del Estado en materia de «normas para resolver los conflictos de leyes», en clara referencia a las normas propias de nuestra disciplina de DIPr, dirigidas a la resolución de conflictos tanto internacionales como interregionales.

En efecto, el precepto constitucional garantiza por un lado el pluralismo de Derechos civiles forales o especiales y establece por otro los ámbitos de competencia legislativas de las CCAA y del Estado, y opta por un sistema uniforme de Derecho civil interregional<sup>21</sup>.

En este sentido, y sobre la calificación como uniforme del sistema de Derecho civil interregional, puede observarse la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, conforme a lo señalado en su FJ 3, al indicar que:

«Hemos de partir de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las “normas para resolver los conflictos de leyes” [...] atribución competencial esta cuyos contornos o límites no es preciso definir ahora de manera acabada, porque no hay duda alguna de que se integra en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. La Norma Fundamental —siguiendo en esto el

<sup>20</sup> Sobre este particular, véase IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Ámbito material y personal y normas conflictuales», *Derecho Civil Vasco del siglo XXI: de la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Bilbao, Parlamento Vasco, 2016, pp. 135-161.

<sup>21</sup> Puede verse en este aspecto a IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual», *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, 18 de diciembre de 2009, pp. 55-93.

precedente del art. 15.1.º de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8.º a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida “en todo caso” a la legislación del Estado».

Este proceso debe ejecutarse sin obviar el novedoso Derecho europeo aplicable a los conflictos de leyes internacionales, para lo que será necesario, conscientes de la competencia exclusiva del legislador estatal en materia de normas para resolver los conflictos de leyes, que las CCAA como el País Vasco con Derechos civiles forales o especiales alienten al legislador estatal a mantener como referencia normativa el Derecho europeo<sup>22</sup>.

## 2.2. Conflictos de leyes internos en el ámbito del País Vasco

### 2.2.1. Precedentes normativos

El proceso de actualización y desarrollo del Derecho civil vasco tiene su anclaje competencial en el tenor de los arts. 149.1.8 de la CE y 10.5 del EAPV que reconocen al País Vasco la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial.

Teniendo presente la peculiar estructura territorial del País Vasco<sup>23</sup> y la diversidad jurídica interna que le es propia, la nueva Ley 5/2015 sienta las bases sobre las cuales va a ser posible elaborar un auténtico sistema normativo de Derecho civil vasco que logre combinar las particularidades de cada uno de sus Territorios Históricos con la necesaria extrapolación a todo el País Vasco de cierta regulación normativa material que vertebré el desarrollo futuro del mismo.

El recordado maestro y precursor de los estudios vinculados al Derecho civil vasco, Adrián Celaya<sup>24</sup> planteó con sobriedad y claridad los problemas a los que debería enfrentarse el legislador vasco de cara a la futura revisión de la Ley 3/1992, partiendo de ciertos datos históricos esenciales: el País Vasco era, en el orden civil, un conjunto de ordenamientos encontrados, un sistema

<sup>22</sup> En relación a esta interesante reflexión, entre otros puede verse el estudio del profesor ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Derecho internacional privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional (o ¿para quién legisla el legislador autonómico de Derecho civil?)», *Dereito*, vol. 15, 2006, núm. 1, pp. 264-285.

<sup>23</sup> Entre los numerosos estudios doctrinales realizados sobre tal vertiente cabe citar los trabajos de FERNÁNDEZ, T. R., *Los Derechos Históricos de los Territorios Forales*, Madrid, 1985, y el realizado por LOJENDIO, I. M., *La Disposición Adicional Primera de la Constitución Española*, Bilbao, 1988.

<sup>24</sup> En su ponencia sobre «Los conflictos de leyes y el futuro del Derecho civil vasco», presentada en las Jornadas de Estudio sobre los conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco, celebradas en Bilbao los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1998.

invertebrado. Por ello, la vertebración del Derecho civil foral vasco requería un esfuerzo de unificación mediante unas instituciones comunes y unas soluciones que introdujeran cauces de racionalidad para la resolución de los problemas conflictuales internos.

Mejorando los precedentes de la Ley 3/1992 (arts. 5 a 11, 14 y 16, 131, 148 y 149), los arts. 8 a 11 de la nueva Ley 5/2015 devienen claves, al establecer su ámbito territorial y personal y fijar unas pautas técnico-normativas que permitan superar los conflictos interterritoriales derivados de la acusada pluralidad legislativa interna, además de delimitar el ámbito territorial de vigencia de sus disposiciones, al disponer en su art. 8 que este se extiende a todo el País Vasco, «salvo en aquellos preceptos en que expresamente se declare su vigencia en un territorio concreto». Cabe defender que esta redacción respeta y tiene presente la interpretación sentada por el TC respecto a la expresión «allí donde existan» empleada por el citado art. 149.1.8 CE.

Tal y como subraya su propia exposición de motivos, el nuevo texto pretende tener vigencia en toda la CA Vasca. Sus disposiciones han de ser aplicadas en todo el territorio porque, aunque es cierto que históricamente siguieron Álava, Guipúzcoa y Vizcaya distintos caminos, son escasas, y en muchos casos más formales que materiales, las diferencias en el amplio campo de la costumbre foral.

La necesidad de delimitar el ámbito de vigencia, es decir, el territorio en que rige una norma autonómica no debe considerarse contrario al entramado competencial sentado en la CE: dicho territorio será el de la propia CA, en cuanto límite máximo, pero cabe que tal legislación civil foral no se aplique en todo su territorio. Por ello, debe admitirse la competencia para fijar tal ámbito.

La reserva competencial estatal para dictar reglas de resolución de los conflictos de leyes interregionales deriva de la necesidad de garantizar una aplicación armónica, uniforme e igualitaria de los distintos Derechos civiles que coexisten en España y la comprensión de tal reserva debe entenderse en dicho contexto. ¿Qué alcance interpretativo debe darse a tal competencia exclusiva estatal? El criterio de unidad competencial a la hora de abordar posibles extralimitaciones competenciales por parte de los respectivos legisladores autonómicos ha sido ya abordado en numerosas ocasiones por parte del TC, que posteriormente serán estudiadas.

La última de estas decisiones del TC, de fecha 13 de abril de 2013<sup>25</sup> ha sido ya analizado por la doctrina<sup>26</sup> y parece zanjar la polémica interpretativa surgida en torno a la inclusión o no de las denominadas normas de extensión o de-

<sup>25</sup> STC 93/2013, de 23 de mayo.

<sup>26</sup> ZABALO ESCUDERO, M. E., «El nuevo sistema de los conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias», *Bitácora Millennium DIPr*, marzo de 2016, pp. 56 y ss.; véase igualmente IRIARTE ÁNGEL, J. L., «Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del tribunal constitucional de 23 de abril de 2013», *Academia Vasca de Derecho, Boletín JADO*, Bilbao, junio de 2013, núm. 24, pp. 169-183.

limitadoras del ámbito de aplicación dentro del concepto empleado en el texto Constitucional «normas para resolver los conflictos de leyes», al señalar que:

«Conforme a la doctrina expuesta la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico».

La cuestión que sigue quedando abierta tras este pronunciamiento del TC y que plantea la nueva Ley 5/2015 de Derecho civil vasco radica en si, conforme al tenor competencial atribuido al Parlamento vasco por el art. 10.5 EAPV, es factible constitucionalmente o no dictar normas de resolución de conflictos de leyes interlocales que subsisten en el seno de su territorio autonómico, junto al hecho de reconocer la existencia de una vecindad civil vasca, cuestiones ambas que serán abordadas a continuación.

### **2.2.2. Técnica normativa empleada en la Ley 5/2015**

En atención al grado de uniformidad de sus normas los diferentes ordenamientos estatales pueden ser encuadrados en dos grandes grupos: simples o unitarios (que poseen un único sistema de fuentes de producción jurídica y una sola organización judicial) y complejos, caracterizados por la coexistencia dentro del mismo territorio estatal de diversos sistemas jurídicos que poseen su propio ámbito de vigencia, espacial o temporal<sup>27</sup>.

La pluralidad legislativa se produce en el seno de los denominados ordenamientos jurídicos complejos al coexistir sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo sistema u ordenamiento estatal. Este pluralismo jurídico interno puede revestir diferentes modalidades en atención a la configuración política y jurídica sobre la que se vertebré cada Estado. Nuestro sistema jurídico se ubica en el grupo de estos ordenamientos complejos o pluralistas, caracterizado por la presencia de conflictos internos de carácter interterritorial, resultantes de ordenamientos que poseen un determinado ámbito de vigencia espacial.

Junto a la vertiente material o sustantiva de las instituciones a desarrollar, es preciso desentrañar el sentido del art. 10.5 del EAPV y la extensión de la competencia del legislador vasco respecto a los calificados conflictos interlocales. Conforme al tenor del precepto, el País Vasco posee competencia exclusiva en materia de:

«Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia».

<sup>27</sup> Sobre las diferentes causas que generan el fenómeno de Estados plurilegislativos, véase BORRÁS, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel», *R. des C.*, 1994, t. 249, pp. 145-368.

Los respectivos ordenamientos civiles poseen un ámbito de vigencia territorial determinado. El art. 10.5 del EAPV reconoce expresamente tal posibilidad de fijación espacial, en cuanto norma de delimitación del ámbito espacial de vigencia del Derecho civil del País Vasco, a fines internos del País Vasco y ante la pretensión de resolver los difíciles problemas que plantea la colisión de la legislación foral y la común, junto a la problemática derivada de la ausencia de aplicación uniforme de las normas de Derecho civil foral o especial dentro del territorio del propio País Vasco.

La ratio última que preside la tarea de reforma ahora emprendida con la Ley 5/2015 no es tanto redactar un Código, en el sentido de una ley que regule la totalidad de las instituciones conocidas en materia civil, sino tratar de equilibrar el respeto al reparto competencial establecido en el bloque de Constitucionalidad (arts. 149.1.8 de la CE y 10.5 del EAPV) con la necesidad de evitar que las instituciones forales queden anquilosadas, manteniéndolas vivas y permeables a cambios exigidos por el contexto social en el que han de desplegar toda su operatividad.

La premisa clave para alcanzar tal objetivo es superar el acusado provincianismo que siempre nos ha caracterizado en esta materia, y que permitió a Adrián Celaya acuñar la gráfica descripción de nuestro territorio como «Islas Vascongadas», en el sentido de la presencia de auténticos islotes jurídicos que impedían vertebrar unitaria y homogéneamente nuestro sistema civil foral.

Junto a la vertiente material o sustantiva de las instituciones a desarrollar, es preciso desentrañar el sentido del art. 10.5 del EAPV y la extensión de la competencia del legislador autonómico respecto a los calificados conflictos interlocales.

El debate se centra en determinar si tal precepto del Estatuto de Autonomía ampara o no la competencia del legislador vasco para establecer ciertas normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, incardinables dentro de una categoría de Derecho interlocal, y cómo proyectar la operatividad del art. 149.1.8 de la CE y sus límites sobre este ámbito.

Como premisa inexcusable debe tenerse presente que, aunque el precepto comentado sea la norma atributiva de competencia, tal disposición del EAPV debe ser interpretada de conformidad con la CE. La CE y los Estatutos de Autonomía (en adelante, EEAA) determinan la atribución de competencias «allí donde existan» tales Derechos civiles forales o especiales. En realidad, el precepto persigue justificar la competencia autonómica en el País Vasco para precisar la eficacia territorial del Derecho civil foral o especial, que se manifiesta de forma diversificada por razón del territorio, requiriendo por ello una regulación que aporte el necesario elemento de seguridad jurídica.

Tal problemática se apreciaba de forma especialmente intensa en Vizcaya, donde no ha existido una frontera nítida entre los ámbitos de aplicación de ambos ordenamientos civiles (foral y común).

En definitiva, ante la difícil y variable determinación del ámbito territorial del Derecho civil foral en la CA del País Vasco, se ha de interpretar el precepto estatutario como comprensivo de la facultad autonómica para designar el territorio en que rige una norma foral, su ámbito de vigencia, dentro de los límites territoriales de la CA, pero siempre enmarcado en los contornos fijados por el art. 149.1.8 de la CE, por lo que no cabrá, en principio, una fijación en abstracto de dicho ámbito territorial. Debe considerarse, por tanto, que tal atribución competencial en orden a la delimitación del ámbito territorial de vigencia del Derecho civil foral del País Vasco es una necesidad que viene impuesta por los difusos contornos de las fronteras de aplicación de ambos ordenamientos civiles.

El conocimiento de esa realidad histórica es clave para interpretar y dotar de sentido a la disposición contenida en el art. 10.5 del EAPV, que integra junto al art. 149.1.8 de la CE el llamado bloque de la Constitucionalidad, y justifica que sea el Parlamento Vasco el encargado de aportar, atendiendo a sus raíces históricas, soluciones a esas situaciones mixtas, derivadas de la indicada diversidad legislativa.

Tal orientación, que resulta plenamente coherente con la pretensión de garantizar la plena efectividad de la «conservación, modificación y desarrollo» de tales Derechos civiles forales, y que resulta irreprochable en cuanto a su lógica interna, presenta, sin embargo, un difícil encaje desde una perspectiva exclusivamente formal del sistema, conforme a la doctrina sentada por el TC.

Solo si se interpreta que tal actuación del legislador autonómico no implica una fragmentación de este en tantos sistemas interregionales como Derechos civiles forales o especiales existen, podrá evitarse el reproche derivado de la distorsión que su proyección general sobre el sistema podría plantear, para atender a las circunstancias específicas reguladas y considerar así que la sede lógica para su regulación, con fundamento en las soluciones históricamente establecidas, radica en el propio Parlamento vasco.

Para dar respuesta a todo ello, el capítulo tercero del título preliminar de la nueva Ley 5/2015 aborda la siempre espinosa cuestión de los *conflictos de leyes internos* en el ámbito del País Vasco y de forma acertada huye de la tentación de dictar normas particulares en materia de conflictos, por lo que efectúa en su art. 9 una remisión general a las soluciones previstas en el CC, «a falta de normas especiales», y una reserva para el supuesto de la troncalidad, institución que ya fue tratada de forma diferenciada, desde el punto de vista conflictual, en el propio CC.

El tenor literal del precepto señala bajo el poco afortunado título de «normas de conflicto», que:

- «1. Corresponde al Parlamento Vasco la delimitación del ámbito territorial de vigencia de la ley civil vasca y, en su caso, las normas de resolución de conflictos internos de leyes, en cuanto subsista dentro del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco la pluralidad legislativa.

2. A falta de normas especiales, los conflictos de leyes a los que dé lugar la coexistencia de varios ordenamientos jurídicos se resolverán de acuerdo con las normas de carácter general dictadas por el Estado, atendiendo a la naturaleza de las respectivas instituciones.

3. Los conflictos locales entre normas vigentes en algunos territorios, o entre dichas normas y las generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se resolverán también por las disposiciones del Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales».

De este modo, este art. 9 de la nueva Ley 5/2015 reconoce expresamente la existencia de un doble nivel de conflictos dentro del Derecho interregional, distinguiéndose entre los conflictos *internos* (derivados de la coexistencia de varios ordenamientos jurídico-civiles) y los denominados conflictos *locales* (producidos entre las normas internas vigentes en alguno de los Territorios Históricos, o entre dichas normas y las generales del propio País Vasco).

El objetivo es responder a la previsión del citado art. 10.5 del EAPV, en cuanto a la necesaria fijación del ámbito espacial del Derecho civil vasco, sin incorporar nuevos criterios de conexión ni contener una regulación *ex novo* de la vecindad civil, al establecer de forma expresa una remisión *in toto* al régimen regulador de la vecindad civil contenida en el CC.

¿Existen argumentos para sostener de forma argumentada y fundada que las CCAA en las que pervive un pluralismo interno autonómico, como es el caso del País Vasco, tienen competencia para dictar las normas necesarias para resolver los conflictos de leyes intracomunitarios (o interlocales, como se prefiera) producidos dentro de los límites de su propio ámbito territorial<sup>28</sup>?

La argumentación fundamental en la que cabe sustentar la respuesta favorable o positiva a tal interpretación se asienta en la idea motor de que tales normas son imprescindibles o necesarias para la propia aplicación del Derecho civil foral y que presuponen el régimen común, es decir, no alteran, no interfieren y no generan un punto de conexión novedoso que altere tal exigencia de unidad de solución de los conflictos internos en el nivel interregional.

¿Respeta el nuevo art. 9 de la Ley 5/2015 el plano competencial previsto en el art. 149.1.8 de la CE? Cabe afirmar que sí, por los siguientes motivos: porque deriva de la competencia fijada en el propio bloque de constitucionalidad (art. 10.5 del EAPV) a favor del Parlamento Vasco para delimitar el ámbito territorial de vigencia de la ley civil vasca, porque dicho Parlamento tiene competencia para dictar las normas llamadas a resolver los conflictos interlocales que se susciten en el seno del País Vasco y porque los demás conflictos de leyes interregionales que pudieran existir se resolverán de acuerdo con las normas dictadas por el Estado.

<sup>28</sup> Cuestión que fue analizada y respondida de forma positiva, entre otros, por DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 16», *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 166, y por ARENAS GARCÍA, R., «Derechos forales, Derechos locales y Derecho consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial», *R. J. de Asturias*, 1997, pp. 110-111.

Tal y como destacó el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/92, relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía del País Vasco de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral<sup>29</sup>, el eventual desajuste con el sistema competencial previsto en la CE podría concretarse en la extensión de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales o especiales «allí donde existan», que debe ceñirse al concreto ámbito territorial en que tuviese vigencia el Derecho foral en el momento de aprobarse la CE. En definitiva, solo admitiendo que la CA del País Vasco tiene competencia para fijar, dentro de su territorio, el límite espacial de vigencia del Derecho foral podrá desplegar todos sus efectos el último inciso del art. 10.5 del EAPV.

El conocimiento de esa realidad histórica es clave para interpretar y dotar de sentido a la disposición contenida en el art. 10.5 del EAPV, que integra junto al art. 149.1.8 de la CE el denominado bloque de Constitucionalidad y justifica que sea el Parlamento Vasco el encargado de aportar, atendiendo a sus raíces históricas, soluciones a esas situaciones mixtas, derivadas de la indicada diversidad legislativa interna.

En este ámbito, cobra especial interés la construcción dogmática elaborada por el Prof. Julio D. González Campos<sup>30</sup>, quien tras centrarse en una vertiente formal del sistema (extraída de la interpretación del tenor literal del texto Constitucional), consideró que no vulneraría el art. 149.1.8 de la CE el hecho de admitir que, siempre que la misma naturaleza de una institución foral lo justifique, y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una CA determinar el ámbito de aplicación espacial del propio Derecho material, foral o especial, a la par que modifica o desarrolla este.

El señalado Dictamen del Consejo de Estado añadió así un escalón más al ámbito del Derecho interregional, y considera (pp. 56 y ss.) que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en el precepto no se refieren a los conflictos interregionales, sino a los que puedan producirse «en el interior de la propia Comunidad Autónoma», dada la existencia de diversos regímenes de Derecho civil. Por ello, considera:

1. Que tales normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho foral.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. *Recopilación de doctrina legal*, 1993, pp. 66-92.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *Derecho internacional privado I: Introducción*, Madrid, 1984, pp. 171-172. No obstante, y pese a que tal interpretación es defendible desde el objetivo o ratio de garantizar una adecuada convivencia entre ordenamientos, sobre todo cuando estemos ante normas destinadas a resolver conflictos interlocales que se materialicen y agoten sus efectos en el seno de una concreta CA, el propio profesor González Campos manifestó que el Tribunal Constitucional «...al afirmar que esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 CE a la acción normativa de las Comunidades Autónomas excluye la posibilidad, defendida por la doctrina, de que las Comunidades Autónomas, tras la Constitución, pudieran delimitar unilateralmente el ámbito de aplicación de algunas instituciones de su Derecho civil propio, como habían hecho algunas Compilaciones». GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado», en PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. 1, Madrid, 1998, p. 71.

2. Que presuponen el régimen general común, al no incorporar modificación alguna frente a lo dispuesto en la legislación civil general (argumento discutible, ya que una eventual modificación de la legislación general o común introduciría un nuevo elemento de complejidad en el reparto competencial).

La construcción realizada vendría a defender que, en realidad, la norma dictada por el legislador autonómico no pretende solucionar conflictos interregionales en sentido estricto sino los propios conflictos internos que en el seno de la CA del País vasco pudieran producirse ante la diversidad legislativa apuntada y con el sustrato histórico ya analizado. En efecto, desde un punto de vista dogmático podría optarse, bien por configurar una categoría de normas de Derecho interlocal, que se proyecta sobre el territorio de la CA, o en segundo lugar, y sin crear dicha categoría, estimar que tales normas vienen caracterizadas por contener una conexión implícita a través de una directa vinculación con el territorio interno de la CA, atendiendo a supuestos conflictivos localizados en el mismo.

¿Se trata de una norma material especial de Derecho interregional? ¿Salva tal calificación la Constitucionalidad de la norma? ¿Qué alcance interpretativo debe darse al confuso tenor del art. 149.1.8 de la CE, al aludir a normas para resolver los conflictos de leyes? ¿Dónde está el límite o umbral para una adecuada interpretación de la reserva estatal en tal materia? ¿Puede admitirse la Constitucionalidad de la norma alegando que su aplicación ha de producirse dentro del territorio de la CA y, por tanto, considerar que no se trata de una norma de resolución de los conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el País Vasco? La respuesta propuesta a dichos interrogantes conforme a los argumentos expuestos es afirmativa.

El debate doctrinal acerca del alcance de la regla del art. 149.1.8 de la CE y en particular, saber si tal competencia exclusiva puede verse mediatizada a través de una interpretación flexibilizadora de su tenor literal que evite la desnaturalización de las instituciones forales debe partir de los precedentes sentados por el TC.

Tal orientación fue confirmada en la STC 156/1993, de 6 de mayo, al subrayar en el FJ 3 que la Constitución ha optado por establecer un sistema estatal uniforme de Derecho civil interregional, al tratarse de una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8 de la CE a la acción normativa de las CCAA. En particular, el FJ 2.b) de la citada sentencia destaca expresamente que:

«La disposición impugnada afecta, sin duda, a la vecindad civil y al constituir esta, según se recordó, punto de conexión para la determinación del estatuto personal es claro que mediante aquella se viene a incidir sobre un aspecto nuclear del Derecho interregional, sector este del ordenamiento al que la norma Constitucional se refiere (junto al Derecho internacional privado) con la expresión “normas para resolver los conflictos de leyes”».

Se excluye, en definitiva, toda posibilidad de fijación de regímenes autonómicos peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, tal y como confirma la ya comentada STC 226/1993, de 8 de julio, al subrayar en su FJ 2 la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional, con el fin de asegurar un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles, y una posición de paridad o igualdad entre todos ellos, y reiterar (FJ 4), que:

«La Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional, de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas».

El tenor literal del art. 149.1.8 CE, al atribuir competencia exclusiva al Estado en la materia reseñada, plantea una nueva polémica sobre las técnicas de reglamentación que deben incardinarse en la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes». En particular, el debate se plantea en torno a la extensión de la competencia autonómica para determinar el ámbito de vigencia espacial y personal de su Derecho civil foral, y la posibilidad o no de acogerse, para su fijación, a otras técnicas normativas diferentes de la norma de conflicto, estableciendo normas materiales especiales para el tráfico interregional.

De este modo, surgen orientaciones doctrinales que sostienen, en cuanto al alcance de la técnica normativa contemplada en el art. 149.1.8 CE, que esta es exclusivamente la norma de conflicto, de forma que las CCAA podrían reglamentar tal ámbito personal o territorial de su legislación foral o especial acudiendo a otras técnicas normativas o al menos sostener que no debe olvidarse el respeto a los principios que inspiran las instituciones reguladas en los diversas legislaciones forales o especiales, de forma que estas no queden desnaturalizadas.

En efecto, tal y como ha sido analizado, si el legislador autonómico careciera de competencia para legislar sobre tales conflictos internos, producidos en el seno de su territorio, no existiría vía alguna para tratar de remediar situaciones conflictivas derivadas de tal diversidad legislativa, y que históricamente han generado la necesidad de aportar una solución frente a la inseguridad jurídica generada.

Frente a tales construcciones doctrinales, el sistema español viene caracterizado, desde una perspectiva formal, y a través del tenor del art. 149.1.8 de la CE y la doctrina del TC como un sistema unitario de solución de los llamados conflictos de leyes, al haber optado por dejar en manos del Estado el establecimiento del llamado Derecho interregional, y evitar su fragmentación.

Sin embargo, y al margen de los ya comentados límites constitucionales a esa facultad estatal de configuración del sistema de forma uniforme, la exposición realizada sobre el alcance de los preceptos contenidos en la nueva Ley vasca 5/2015 plantea el interrogante acerca de si tal grado de uniformidad

queda realmente afectado por la intervención del legislador autonómico en la resolución de conflictos puramente internos, que quedarían sin respuesta caso de no admitirse la misma.

Además, esta viene justificada por el análisis histórico realizado, que demuestra su origen y los intentos esbozados a lo largo de su evolución, dirigidos a eliminar o atenuar sus efectos sobre el Derecho civil foral.

### 2.3. La vecindad civil vasca, piedra angular de la nueva ley

La exposición de motivos de la Ley 5/2015 destaca que su innovación más importante se encuentra en la regulación de la vecindad civil vasca. Hasta ahora no existían sino las vecindades locales guipuzcoana, vizcaína y avalesa (dentro de Álava), y la nueva ley subraya que la existencia de una vecindad civil común, la vecindad vasca, es clave para poder atender a la resolución de los conflictos de leyes que se producen en el seno de la CA Vasca.

El art. 10 (complementado en su dimensión de aplicación temporal por la DA 7.<sup>a</sup> de la Ley), relativo a su ámbito de aplicación personal, delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, señalando que a los efectos de esta ley son vascos y están sometidos a la misma quienes tengan vecindad civil vasca. Tal vecindad civil vasca, así como la local, se adquiere, se conserva y se pierde conforme a las normas contenidas en el CC; tras esta doble clasificación (vecindad vasca y vecindad local) subyace la argumentación empleada por el Consejo de Estado en su anteriormente citado Dictamen de fecha 27 de mayo de 1993 (expediente núm. 1537/92), al distinguir diferentes niveles o escalones dentro de la problemática conflictual que afecta al País Vasco, situándola en el ámbito de los denominados conflictos interlocales.

A su vez, el art. 11 de la nueva Ley establece una doble presunción que afecta a la vecindad civil del otorgante y al régimen económico matrimonial o de la pareja de hecho, al señalar, en línea acorde con el anterior art. 14.2 de la Ley 3/1992, que en los instrumentos públicos se hará constar la vecindad civil vasca y la local del otorgante. El precepto articula tal presunción *iuris tantum* conforme a ciertos puntos de conexión (lugar de nacimiento, último domicilio común de los cónyuges y lugar de celebración del matrimonio o el de separación de bienes si se trata de parejas de hecho).

Junto a la pretensión de garantizar el desarrollo del Derecho civil foral y de alcanzar un necesario grado de seguridad jurídica en la aplicación de tales instituciones, debe recordarse que el citado Dictamen del Consejo de Estado consideró que las presunciones acerca de la vecindad civil establecidas en el precepto de la Ley vasca 3/1992 no se referían a los conflictos interregionales sino a los que pudieran producirse «en el interior de la propia Comunidad Autónoma», dada la coexistencia de diversos regímenes de Derecho civil.

Cabe defender que la ordenación contenida en esos arts. 8 a 11 de la nueva Ley 5/2015 se atiene al margen de actuación normativa previsto en el bloque

de constitucionalidad. En particular, la regulación contenida ni altera la redacción contenida en el CC ni introduce una regulación que modifique los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho civil común frente al Derecho civil vasco.

La CE y el EAPV determinan la atribución de competencias «allí donde existan» tales Derechos civiles forales o especiales. En realidad, el precepto persigue justificar la competencia autonómica en el País Vasco para precisar la eficacia territorial del Derecho civil foral o especial que se manifiesta de forma diversificada por razón del territorio, requiriendo, por ello, una regulación que aporte el necesario elemento de seguridad jurídica.

El antes citado Dictamen del Consejo de Estado núm. 1537/92 defendió la adecuación al orden competencial establecido en la CE a través de una construcción teórica que añadía un escalón más al ámbito del Derecho interregional, al referirse a los conflictos que puedan producirse «en el interior de la propia Comunidad Autónoma», dada la existencia de diversos regímenes de Derecho civil.

Por ello, consideró que tales normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho foral y que presuponen el régimen general común, al no incorporar modificación alguna frente a lo dispuesto en la legislación civil general. La construcción realizada vendría a defender que, en realidad, la norma dictada por el legislador vasco no pretende solucionar conflictos interregionales en sentido estricto sino los propios conflictos internos que en el seno del País Vasco pudieran producirse ante la diversidad legislativa apuntada y con el sustrato histórico que posteriormente será analizado.

De esta forma, no puede hablarse de creación *ex novo* de una nueva vecindad civil (la vecindad civil vasca), sino que en realidad se positiviza el reconocimiento de la existencia de tal categoría como única vía conflictual que permita hacer realidad la aplicación de ciertas instituciones civiles propias del Derecho civil vasco a los tres Territorios Históricos, respetando las particularidades o especificidades de cada uno de ellos, pero a la vez dando plasmación normativa a una realidad subyacente históricamente y que por primera vez adquiere refrendo legal.

Ninguno de los preceptos contenidos en la nueva ley responde a una actitud caprichosa del legislador vasco, ya que detrás de cada particular regulación se aprecia la pretensión de asegurar, frente a la diversidad jurídica que caracteriza al País Vasco, una adecuada aplicación y salvaguarda de las instituciones forales. Desde un ángulo histórico cabe apreciar la voluntad del legislador autonómico de pretender adaptarse a unas circunstancias muy particulares que requieren respuestas normativas específicas.

Estas se articulan a través de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil

vasco. Se trata, en definitiva, de unas normas (las contenidas en estos arts. 8 a 11 de la nueva Ley) adecuadas, convenientes e imprescindibles para la propia regulación sustantiva de las instituciones normativas civiles especiales vascas.

### 3. EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO AUTONÓMICO

Junto a la dimensión tradicional de los conflictos internos planteados en el seno del sistema español derivada de la pluralidad de los Derechos civiles y la referencia a la vecindad civil como conexión para determinar la ley personal han surgido, fruto del desarrollo de las previsiones Constitucionales y de los respectivos EEAA y en el marco de una estructura de Estado no uniforme, caracterizado por la atribución de poderes legislativos a las CCAA, numerosos problemas de delimitación del ámbito de vigencia de los diferentes ordenamientos, e incluso la presencia de conflictos de leyes internos en materias que trascienden a los ámbitos materiales tradicionales.

Este novedoso ámbito es consecuencia del ejercicio por parte de las CCAA de sus respectivas competencias exclusivas, conforme al reparto competencial diseñado en el llamado bloque de la constitucionalidad. Dicho pluralismo se manifiesta en sectores que, desde el punto de vista de la legislación emanada por los legisladores autonómicos respectivos, cabe calificar de públicos, ya que, como indicó la STC 264/93, de 22 de julio, tal regulación autonómica debe ceñirse «al ámbito de las relaciones jurídico-públicas, impidiendo o tutelando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes».

Esa nueva dimensión de los conflictos internos corresponde al llamado Derecho público económico y atiende como premisa básica al reparto o distribución competencial entre el Estado y las CCAA, articulado en el Título VIII de la CE, viene caracterizado por factores específicos como el recurso, dentro de las técnicas de reglamentación, a la unilateralidad como solución de base, y deberá atenderse a problemas derivados de las conexiones empleadas, bien por el legislador autonómico o por el estatal.

Las normas dictadas por las CCAA deben necesariamente determinar su ámbito de aplicación, ya que su ejercicio se concreta por referencia al territorio donde deben ser aplicadas.

Debe atenderse, por tanto, a las complejas relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómicos en materia de Derecho público económico. Numerosas sentencias del TC destacan que en este ámbito material se produce un complejo entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos, como a continuación se analizará en estas reflexiones sobre la nueva dimensión de los conflictos internos dentro del sistema español de DIPr.

Este novedoso ámbito fue analizado de forma tan pionera como brillante por el Prof. Julio D. González Campos<sup>31</sup>, y es consecuencia del ejercicio por parte de las CCAA de sus respectivas competencias exclusivas, conforme al reparto competencial diseñado en el llamado bloque de la constitucionalidad. Dicho pluralismo se manifiesta en sectores que, desde el punto de vista de la legislación emanada por los legisladores autonómicos respectivos, cabe calificar de públicos, ya que, como señaló la STC 264/93, de 22 de julio<sup>32</sup>, tal regulación autonómica debe ceñirse:

«Al ámbito de las relaciones jurídico públicas, impidiendo o tutelando las prácticas lesivas de los intereses tutelados, definiendo las conductas exigibles en congruencia con tales intereses y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes».

Desde nuestra perspectiva de análisis, interesa especialmente aquella legislación autonómica que tiene incidencia en la actividad económica desarrollada por los particulares en el mercado nacional. Los dos presupuestos generales sobre los que se asienta esta nueva dimensión del Derecho público económico de las CCAA serían la unidad de mercado, consagrada en el art. 149.1.13 CE (al atribuir al Estado competencia exclusiva respecto a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y el art. 38 (al reconocer la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, encomendando a los poderes públicos la protección y garantía de su ejercicio, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación), junto al art. 139.1 CE, al establecer que:

«Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

La propia Constitución establece en primer lugar el marco jurídico fundamental de la actividad económica, y fija ya ciertos objetivos básicos, concretados, como señaló la STC 1/1982, de 28 de enero<sup>33</sup>, en:

«La exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado [...] unidad del orden económico nacional que es un presupuesto para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas CCAA no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores».

El logro de tal objetivo motiva así la atribución al Estado de la competencia exclusiva en relación al comercio exterior, el régimen aduanero y arancelario, el sistema monetario y la fijación de las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, así como (*ex* art. 149.1.13 de la CE), competencia para la ordenación general de la economía, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Esta atribución competencial modulará o mediatizará el ejercicio por parte de las CCAA de competencias exclusivas en

<sup>31</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El marco Constitucional de los conflictos internos en España», *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, C. F. Müller, pp. 7-34, en un estudio que aportó claves futuras para un necesario desarrollo doctrinal posterior sobre el particular.

<sup>32</sup> *Jurisprudencia Constitucional*, 1993, t. XXXVI, pp. 1225 y ss.

<sup>33</sup> *Jurisprudencia Constitucional*, 1982, t. III, pp. 1 y ss.

materias, por ejemplo, de mercado interior, ya que el Estado posee, también con carácter exclusivo, competencia para fijar las bases o legislación básica en ese ámbito, que será aplicable en todo el territorio español.

El citado presupuesto de la unidad del orden económico se refuerza a través de otros derechos constitucionalmente establecidos: en primer lugar, la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, previsto en el art. 38 de la CE, de forma que toda actuación del legislador autonómico deberá respetar su contenido esencial, al operar, como indicó la STC 37/1981, de 16 de noviembre<sup>34</sup>, en cuanto límite:

«Dentro del que han de moverse los poderes públicos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad».

En segundo lugar, el art. 139 de la CE (apdos. 1 y 2) reconoce la igualdad sustancial de la situación jurídica de todos los españoles en cuanto tales en todo el territorio nacional, y de la libre circulación de personas y bienes. Ello no exige una absoluta uniformidad en la actividad económica, sino que prohíbe que una legislación autonómica obstaculice la libertad económica o se impida el acceso al mercado en una parte del territorio nacional.

Un segundo elemento de análisis en esta novedosa dimensión de los conflictos internos ha de contemplar la territorialidad del Derecho autonómico, en cuanto factor del que pueden derivarse conflictos internos<sup>35</sup>, ya que dos legisladores autonómicos pueden, al regular una misma materia, establecer que tal ordenación se aplique bien a todos los que se hallan en el territorio, o solo a los que realizan ciertos actos en el mismo. Junto a ello, debe tenerse presente que, incluso determinando que tal legislación sea de aplicación exclusivamente territorial, podrá producir efectos indirectos fuera del territorio.

El análisis de la jurisprudencia del TC y en particular, las SSTC 48/1988, 86/1989, 150/1990, 72/1983, 44/1984 y 165/1985, conducen a la reflexión final de que existe un doble control de constitucionalidad de la norma o del acto autonómico, en el plano del ámbito espacial de aplicación y en el de su eficacia en el espacio. De este modo, las normas y actos autonómicos pueden suscitar conflictos de leyes en atención a la delimitación espacial de los supuestos contemplados por los diferentes legisladores, lo cual conduce directamente al examen de las conexiones utilizadas, para precisar su alcance<sup>36</sup>.

Pero también pone de relieve, en segundo término, que, aun no suscitándose ningún conflicto en esta primera dimensión, el acto o norma adoptada

<sup>34</sup> *Jurisprudencia Constitucional*, 1981, t. II, pp. 293 y ss.

<sup>35</sup> Como señaló GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 26, p. 20, de los distintos aspectos de la territorialidad, es el material el que importa en primer lugar, dado que el legislador autonómico, en relación con una determinada materia, ha de establecer el ámbito de aplicación espacial de la norma o el acto que dicta [...]; el legislador autonómico establece una delimitación del ámbito de aplicación de la norma o del acto en relación con el propio territorio y, lógicamente, ello implica que se han de producir unos efectos jurídicos directos *ad intra*. Pero aun circunscrito el ámbito de aplicación al propio territorio, es posible que también se produzcan ciertos efectos o consecuencias jurídicas de la norma o del acto autonómico *ad extra*, más allá del territorio de la Comunidad.

<sup>36</sup> Sobre el particular, véase ÁLVAREZ RUBIO, J. J., *op. cit.*, nota 9, pp. 275-323.

por la CA puede producir efectos fuera de su territorio y, de este modo, invadir la competencia del legislador estatal o la que corresponda a otros legisladores autonómicos.

Atendiendo a tales premisas, y respecto a la señalada eficacia extraterritorial de las normas y actos autonómicos, cabe citar la STC 37/1981, de 16 de noviembre<sup>37</sup>, en relación con la Ley del Parlamento Vasco 3/1981 sobre centros de contratación de transporte terrestre de mercancías, al cuestionarse la constitucionalidad de un precepto por el que se establecía que los centros de carga podían operar respecto a ofertas de transporte «con origen en Euskadi», y estimarse en el recurso que, para evitar efectos en otras CCAA, debería haberse limitado a ofertas de transporte con origen y destino en Euskadi.

El TC, tras reconocer la competencia de la CA en esta materia, y que tal atribución quedaba referida, salvo disposición expresa en contrario, al ámbito territorial del País Vasco, consideró que:

«Esta limitación territorial de la eficacia de normas y actos no puede significar en modo alguno que le esté vedado en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional» [al estimar que de lo contrario, si se excluyera cualesquiera consecuencias más allá de sus límites territoriales], «equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda capacidad de actuación».

En todo caso, tal posibilidad de producir consecuencias fuera del territorio de la CA deberá ser apreciada en relación con el límite del art. 139.1 de la CE.

El análisis de la indicada jurisprudencia permite inferir que es necesario distinguir entre los conflictos generados entre legislación estatal/legislación autonómica y los derivados de divergencias de dos o más legisladores de las distintas CCAA, que al adoptar criterios de conexión de los supuestos con el territorio pueden determinar la presencia de un conflicto de leyes positivo o negativo, todavía no planteado de forma directa ante los órganos jurisdiccionales, pero que permiten sostener la necesidad de elaborar un sistema estatal de soluciones para tales conflictos de leyes en este segundo nivel.

El propio TC ha formulado una clara doctrina sobre la incidencia del principio de territorialidad y la obligada sujeción del ejercicio de sus respectivas competencias por parte del Estado y de las CCAA a ciertos principios constitucionales, y así, en Sentencias como la 37/1981 o la 48/1998, ha establecido que el ámbito de la competencia autonómica viene dado por el principio de territorialidad, sin perjuicio de las posibles consecuencias extraterritoriales que *de facto* pudieran derivarse de las decisiones adoptadas en el ejercicio de tales competencias autonómicas, así como de las excepciones que estatutariamente puedan preverse o resulten de las normas dictadas para resolver los conflictos de leyes.

Respecto a la eventual vulneración de principios constitucionalmente establecidos en relación a la unidad de mercado, que exige la libre circulación

<sup>37</sup> *Jurisprudencia Constitucional*, 1981, t. II, pp. 293 y ss.

de bienes, capitales y servicios por todo el territorio nacional y la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica, el TC ha reiterado que no debe confundirse unidad de mercado con uniformidad, ya que la propia configuración del Estado en distintas CCAA conlleva necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos (STC 88/1996).

El TC soluciona esta aparente contradicción exigiendo la proporcionalidad del régimen jurídico establecido por una CA dentro del ámbito de su competencia con el fin perseguido, siempre que se respete la igualdad básica de todos los españoles. Y en la Sentencia de 12 de diciembre de 2007 reiteró que el principio de igualdad constitucionalmente proclamado no excluye la diversidad de posiciones jurídicas de las CCAA y que la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento.

En definitiva, se reitera que el principio de igualdad sustancial no puede confundirse con un principio de uniformidad. No existe homogeneidad absoluta de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio nacional. Expresamente señala el TC que «tal principio de igualdad no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tiene los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del Derecho privado».

Por tanto, y esta es la clave, el principio constitucional de igualdad no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias, ni menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. Los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos pueden estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias, y consecuentemente tener diferentes derechos en esas áreas. La Constitución no exige ni proclama la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Aquellos conflictos normativos que deriven de la concurrencia de distintas peculiaridades normativas civiles dentro del País Vasco pueden y deben recibir respuestas normativas elaboradas por el respectivo legislador vasco, introduciéndose así una coordinación adecuada respecto a la competencia estatal en relación a este tipo particular de conflictos de leyes interlocales.

La auténtica piedra angular sobre la que construir el desarrollo orgánico de nuestro Derecho civil vasco viene asentada sobre el reconocimiento legislativo de la existencia de una vecindad civil vasca. Y es un factor troncal o esencial para el futuro de nuestro ordenamiento civil propio porque permite sentar la base conflictual.

Solo si se admite que, en atención al ámbito interlocal, y en el seno del ámbito territorial interno del País Vasco en que se sitúan los conflictos que la norma pretende resolver (en una proyección *ad intra* del sistema), la CA tiene competencia para dar respuesta legislativa a los mismos cabrá aceptar la regulación contenida en la nueva ley, que en este ámbito normativo material y conflictual representa la necesaria respuesta a una laguna del sistema interno español de Derecho interregional y a una necesidad sentida de modo acuciante en el ámbito del País Vasco, al estimarse que de otro modo se vaciarían de contenido tales instituciones forales y se imposibilitaría su crecimiento orgánico como ordenamiento jurídico.

El debate troncal o principal de estas reflexiones reside en analizar cómo responder a la particularidad, no exclusiva o privativa de él pero sí especialmente agudizativa que caracteriza al Derecho civil vasco, concretado en la concurrencia de diversos subordenamientos locales o comarcales dentro del mismo ámbito territorial de la CA. Conforme a los argumentos expuestos, cabe interpretar el alcance de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.8 CE en el sentido de que las CCAA en las que concurra tal singular circunstancia tiene competencia para poder dictar normas para resolver los conflictos normativos interlocales.

En particular, la previsión específica y única del art. 10.5 EAPV, que forma parte del bloque de constitucionalidad, ampara o da cobertura a esta segunda posible vía de interpretación, posibilitando que la CA del País Vasco tenga competencia para aprobar normas que pretendan resolver los conflictos de leyes intracomunitarios que se materializan dentro de ella.

Es ineludible abordar desde la dimensión y competencia del legislador estatal la reforma y modernización del sistema español de conflictos internos. Tal sistema requiere de una profunda renovación que permita superar las anacrónicas respuestas de un sistema de conflicto de leyes interno que queda en la actualidad condicionado por el proceso de europeización del Derecho internacional privado iniciado con el Tratado de Ámsterdam y consolidado y reforzado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

## RESUMEN

### UNA RENOVADA DIMENSIÓN DE LOS CONFLICTOS INTERNOS: LA LEY 5/2015 DE DERECHO CIVIL VASCO Y LA INTERACCIÓN ENTRE BLOQUES NORMATIVOS

La nueva normativa civil vasca abre de nuevo el debate doctrinal acerca de la necesidad de que el inexistente sistema español de Derecho interregional sea objeto de atención por parte del legislador estatal para poder dar respuesta a los conflictos derivados de la interacción entre bloques normativos. Nuestro sistema jurídico estatal se ubica en el grupo de los ordenamientos complejos o plurilegislativos, caracterizado por la convivencia de diversos sistemas legislativos territoriales y por la presencia en su seno de conflictos internos de carácter interregional e interlocal. En particular, la dimensión de los denominados conflictos interlocales debe ser objeto de regulación para evitar que se desnaturalice la esencia misma de los Derechos civiles especiales en los que, como ocurre con el Derecho civil vasco, la pluralidad interna se manifiesta dentro de su propio territorio. La auténtica piedra angular

sobre la que se construye el desarrollo orgánico del renovado Derecho civil vasco viene asentada en el reconocimiento legislativo de la existencia de una vecindad civil vasca.

**Palabras claves:** Derecho interregional, conflictos internos, vecindad civil, Derecho civil vasco, Derecho público autonómico.

### ABSTRACT

#### A RENEWED VERSION OF INTERNAL CONFLICTS: THE 5/2015 ACT OF BASQUE CIVIL LAW AND POLICY INTERACTION BETWEEN NORMATIVE BLOCKS

The new Basque Civil Law reopens the doctrinal debate about the need for the non-existent Spanish Interregional law system (the State legislature) to respond to conflicts arising from the interaction between regulatory blocks, the State should legislate those conflicts. Our State's legal system is considered very complex and it's called a plurilegislative system, characterized by the coexistence of various territorial legislative systems and the presence within it of internal conflicts of interregional and inter-local character. In particular, the dimension of the so-called inter-local conflicts must be regulated to prevent the disappearance of the special civil rights that, as with the Basque Civil Law, internal plurality is manifested within its own territory. The real cornerstone on which the organic development of the renewed Basque Civil Law is built is seated in the legislative recognition of the existence of a Basque Civil neighborhood.

**Keywords:** Interregional law, Internal conflicts, Civil neighborhood, Basque Civil Law, Autonomous public law.



## LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS: UNA RELACIÓN COMPLEJA\*

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Catedrática de Derecho internacional público  
Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** 1. LA UE Y LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS.—2. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.—3. LAS MODULACIONES EN LA CAPACIDAD DE CELEBRAR TRATADOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS.—4. EL RECURSO A LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL.—5. LA REDUCIDA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS.—6. LA UTILIDAD DE LOS ACUERDOS *INTER SE*: APROVECHANDO LAS POTENCIALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL.—7. LA APOTEOSIS DE LAS CLÁUSULAS Y LOS RIESGOS CONSENTIDOS DE LA CLÁUSULA DE DESCONEXIÓN.—8. LAS DIFICULTADES DE CALIFICACIÓN.—8.1 ¿Hay tratados ocultos?—8.2. ¿Hay acuerdos inventados?—8.3 La *non nata* Decisión sobre el *Brexit*: ¿Un acuerdo político, un acuerdo para interpretar o también para enmendar?—9. LAS REPERCUSIONES DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UN BREVE APUNTE DESDE LA PERSPECTIVA DE ESPAÑA.—10. PARA TERMINAR: UNA AVENTURA ESTIMULANTE EN UN TERRENO DE CONFLUENCIA.

La acción exterior de la Unión Europea (UE) está generando una nutrida práctica convencional. La base de datos de la Oficina de Tratados del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) ofrece en la actualidad una relación de 880 tratados bilaterales<sup>1</sup> y 259 multilaterales<sup>2</sup>. Además, en los últimos años, los Estados miembros de la Unión han recurrido también a los tratados internacionales para afrontar determinadas situaciones excepcionales, tales como la crisis económica y financiera y otras distintas y más recientes.

Sin duda, esta abundante práctica convencional ofrece aspectos muy interesantes desde la perspectiva interna del Derecho de la UE y está dando lugar a importantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

\* La primera versión de este trabajo se expuso en la Jornada en Homenaje a Gil Carlos Rodríguez Iglesias celebrada el 8 de abril de 2016 en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Su autora renueva desde estas páginas su adhesión a tan merecido reconocimiento.

<sup>1</sup> <http://ec.europa.eu/world/agreements/searchByType.do?id=1> (última consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>2</sup> <http://ec.europa.eu/world/agreements/searchByType.do?id=2> (última consulta: 14 de junio de 2016).

(TJUE) sobre cuestiones tales como las competencias de cada institución en el proceso de celebración, las exigencias derivadas de los principios de equilibrio institucional y cooperación leal, las decisiones híbridas, etc.<sup>3</sup> La doctrina especializada viene prestando atención a este ámbito, existiendo diversas contribuciones recientes que resultan esclarecedoras<sup>4</sup>, pero la práctica a la que nos referimos también es relevante desde la perspectiva del Derecho internacional, y en particular desde el punto de vista del Derecho de los tratados, pese a lo cual quizá ha merecido menos atención<sup>5</sup>.

El presente trabajo pretende sumarse al análisis desde esta específica dimensión, centrándose en sus aspectos más sobresalientes<sup>6</sup>, que ponen de relieve que en su práctica convencional la UE sabe sacarle partido a las posibilidades de regulación que brinda el Derecho de los tratados, adaptándolas legal y legítimamente a sus necesidades, aunque en ocasiones roza el límite de las previsiones normativas de ese Derecho de los tratados o se plantean dificultades de calificación. El resultado de todo esto es una relación fructífera pero también compleja entre la UE y el Derecho de los tratados, en la que la

<sup>3</sup> Entre las más recientes, cabe recordar: Sentencia Parlamento/Consejo, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025; Sentencia Parlamento y Comisión/Consejo, C-103/12 y C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400; Sentencia Comisión/Consejo, C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282; Sentencia Comisión/Consejo, C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483; Sentencia Parlamento/Consejo, C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435.

<sup>4</sup> Limitándonos a las obras que ofrecen perspectivas generales, se pueden citar entre otras: HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *Mixed Agreements Revisited. The EU and its Members States in the World*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2010; BARONCINI, E., «L'Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, 2013, núm. 1, pp. 5-37; EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, Nueva York, 2.ª ed., Oxford University Press, 2011; CREMONA, M. (ed.), *Developments in EU External Relations Law: Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, 2008; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Los acuerdos internacionales de la Unión Europea en el tercer pilar*, Cizur Menor, Thomson, Civitas, 2009; CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford, Hart Publishing, 2008; y DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M. (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>5</sup> Cabe citar no obstante: NEFRAMI, E., *Les accords mixtes de la Communauté Européenne: aspects communautaires et internationaux*, Bruselas, Bruylant, 2007; VERVEY, D. R., *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties. A Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2004. Algunos se centran en el análisis de la jurisprudencia del TJUE, es el caso de PASCUAL VIVES, F. J., *El Derecho de los Tratados en la jurisprudencia comunitaria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009; ODERMATT, J., «The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, núm. 17, pp. 121-144. Sin centrarse concretamente en el Derecho de los tratados, véanse: CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012; y WOUTERS, J., NOLLKAEMPER, A. y DE WET, E. (eds.), *The Europeanisation of International Law: the Status of International Law in the EU and its Member States*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2008; sin olvidar la siempre útil obra de DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del derecho internacional en el ordenamiento comunitario*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

<sup>6</sup> Conviene advertir que se han seleccionado los que se han considerado como rasgos más singulares, aunque ello ha obligado a dejar a un lado algunos extremos que también presentan interés. Inevitablemente, la práctica que aquí se ofrece no puede ser exhaustiva pero se ha procurado que sea suficientemente representativa y expresiva de las características más señeras. De otro lado, el elevado número de textos citados ha impedido, por razones de límite de espacio y por tanto de fuerza mayor; indicar las referencias de cada uno en el *DOUE*; no obstante, la base de datos del SEAE ofrece una ficha individual de cada acuerdo, disponible en <http://ec.europa.eu/world/agreements/default.home.do>.

Unión está haciendo aportaciones interesantes si bien se plantean asimismo algunos problemas.

## 1. LA UE Y LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS

Con carácter general, las Organizaciones internacionales contemplaron con cautela la iniciativa de codificar el Derecho de los tratados celebrados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales. En su Primer informe, el relator especial Paul Reuter reconocía:

«Las organizaciones internacionales han tenido presentes dos preocupaciones contradictorias: por una parte, el vivo deseo de que se aplique el mismo régimen jurídico a los tratados entre Estados y a los acuerdos de organizaciones internacionales y, por otra parte, el deseo de no coartar la libertad creadora de las organizaciones internacionales con normas que no se adaptarían plenamente a sus necesidades, de manera que el desarrollo de sus actividades revele progresivamente el alcance de aquellas normas»<sup>7</sup>.

La Comunidad Económica Europea (CEE) formuló observaciones al proyecto de artículos<sup>8</sup> y participó en la Conferencia de Viena. Philippe Manin ha puesto de relieve que estuvo entre los participantes más activos, aunque:

«*The Community arrived at the Conference somewhat on the defensive. Not convinced of the need for the exercise and long hesitant about the wisdom of taking part, it finally decided to participate, mainly so that it could prevent the Conference becoming, as has often happened, the source of rules of practice that could later be used against it.*

*It also thought the Conference provided a good opportunity to better acquaint the States and other organizations with its own rules and practices in international relations and to demonstrate its special status»*<sup>9</sup>.

Parece que la primera de estas dos percepciones es la que ha prevalecido pues hasta el presente la UE no ha firmado ni manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención de Viena de 1986, lo que confirma la predicción de Philippe Manin:

«*In becoming a party to an international convention, a signatory should further a specific interest. This does not, however, essentially seem to be the case as concerns the Community with respect to the 1986 Vienna Convention»*<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> REUTER, P., «Primer informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales», *Anuario CDI*, 1972, vol. II, p. 201, párr. 51.

<sup>8</sup> Véase *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 33.º periodo de sesiones*, *Anuario CDI*, 1981, vol. II, pp. 212-213; e *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 34.º periodo de sesiones*, *Anuario CDI*, 1982, vol. II, pp. 150-151.

<sup>9</sup> MANIN, P., «The European Communities and the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organization or between International Organizations», *Common Market Law Review*, 1987, núm. 24, p. 461.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 481. Conviene señalar que hasta el presente solo doce organizaciones internacionales han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención y otras cinco se han limitado a fir-

Sin embargo, como es sabido, el TJUE viene reconociendo el carácter consuetudinario de varias de las normas recogidas en las Convenciones de 1969 y 1986. A este propósito, tiene interés señalar que en el conjunto de su jurisprudencia se encuentra un mayor número de citas a la primera mientras que son pocos los supuestos en los que se invocan ambas<sup>11</sup> y menos aún los casos en los que se trae a colación exclusivamente la Convención de 1986<sup>12</sup>. Esto se justifica en los casos en que el TJUE se ha encontrado ante tratados celebrados exclusivamente entre Estados<sup>13</sup> pero no tiene explicación cuando se trata de convenios celebrados por la propia UE<sup>14</sup>. Esta proclividad a apoyarse preferentemente en la Convención de 1969 se confirma si reparamos en que en varios casos el Tribunal habla de la Convención de Viena en singular —se entiende que la de 1969— como si no existiera más que una<sup>15</sup>. Con todo, el

---

marla (datos extraídos de [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-3&chapter=23&lang=en); última consulta: 14 de junio de 2016); estos datos confirman que persiste la cautela mostrada por las Organizaciones internacionales ante la codificación de esta dimensión del Derecho de los tratados.

<sup>11</sup> Sentencia IATA y ELFAA, C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10; Sentencia de 14 de junio de 2010, Vereniging Milieudefensie/Comisión, T-396/09, ECLI:EU:T:2012:301; Sentencia de 14 de julio de 2012, Stichting Natuur en Milieu/Comisión, T-338/08, ECLI:EU:T:2012:300.

<sup>12</sup> Sentencia Francia/Comisión, C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305, apdo. 25.

<sup>13</sup> La Carta de las Naciones Unidas (Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Yusuf y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, T-306/01, ECLI:EU:T:2005:331; Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Kadi/Consejo y Comisión, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332; Sentencia de 12 de julio de 2006, Ayadi/Consejo, T-253/02, ECLI:EU:T:2006:200; Sentencia Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461), el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Dictamen 1/13, ECLI:EU:2014:2303), el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Sentencia Weber, C-37/00, ECLI:EU:C:2002:122, apdo. 29) o el Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas (Sentencia Oberto y O'Leary, C-464/13 y C-465/13, ECLI:EU:C:2015:163).

<sup>14</sup> El Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo (Dictamen 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, apdo. 14); el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Sentencia de 22 de enero de 1997, Opel Austria, T-115/94, ECLI:EU:T:1997:3, apdo. 90); el Acuerdo de libre comercio CEE-Austria (Sentencia Metalsa, C-312/91, ECLI:EU:C:1993:279, apdo. 12); los Acuerdos de asociación Comunidades/Polonia y Comunidades/República Checa (Sentencia Jany y otros, C-268/99, ECLI:EU:C:2001:616); El Acuerdo de Cooperación CEE/Marruecos (Sentencia Eddline El-Yassini, C-416/96, ECLI:EU:C:1999:107); el Convenio de Montreal (Sentencia Espada Sánchez y otros, C-410/11, ECLI:EU:C:2012:747; Sentencia Air Baltic Corporation, C-429/14, ECLI:EU:C:2016:88); los Acuerdos *antidumping* y antisubvenciones de la OMC (Sentencia de 24 de septiembre de 2008, Reliance Industrias/Consejo y Comisión, T-45/06, ECLI:EU:T:2008:398, apdo. 100); el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología (Dictamen 2/00, ECLI:EU:C:2001:664, apdos. 24 y 28).

<sup>15</sup> El TJUE afirma que «El Derecho internacional de los tratados está codificado, en esencia, en la Convención de Viena», pese a estar ocupándose del Acuerdo de asociación CE-Israel (Sentencia Brita, C-386/08, ECLI:EU:C:2010:91, apdo. 40); también se refiere genéricamente al «Convenio de Viena» en la Sentencia Racke, C-162/96, ECLI:EU:C:1998:293 (apdo. 24) aunque se trataba del Acuerdo de cooperación CEE/Yugoslavia. Anthony Aust ha puesto de relieve que esta paradójica tendencia a citar la Convención de 1969 es compartida por la mayoría de las organizaciones internacionales, explicando que «*They see no particular need for the 1986 Convention, given that its substance is the same as the 1969 Convention*» (*Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 3.<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, 2013, p. 349). Por otra parte, algún autor señala la existencia de una cierta contaminación en la aplicación del Derecho de los tratados por parte del TJUE; así, Jed Odermatt apunta que el Tribunal lo hace «*in a novel or selfish manner*» y que «*the Court's approach to the VCLT appears to be highly influenced by its approach to the EU law generally, especially with regard to the issue of interpretation. While it has applied*

recurso al Derecho de los tratados codificado en las Convenciones de Viena se ha topado en la jurisprudencia del TJUE con un límite infranqueable: las normas consuetudinarias consagradas en tales convenciones no se aplican a los Tratados constitutivos. La consideración del Derecho originario como un ordenamiento jurídico autónomo condujo pronto a este resultado, que introduce una dicotomía en la aplicación del Derecho de los tratados en el ámbito de la UE<sup>16</sup>.

## 2. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En el ámbito de la UE, el uso de la terminología propia del Derecho de los tratados presenta algunas singularidades. Para empezar, la expresión «tratado» está destinada en exclusiva para los Tratados constitutivos, de forma que todos los demás textos convencionales impulsados por la Unión reciben la denominación de «acuerdo». Como ha recordado recientemente Luis Norberto González Alonso,

«esta ha sido siempre la denominación empleada en el Derecho comunitario para referirse a los instrumentos convencionales negociados y celebrados por la CE/UE con terceros Estados u otras Organizaciones internacionales, reservándose el término “Tratados” para los constitutivos del propio proceso de integración»<sup>17</sup>.

*the rules of interpretation in Article 31, it has done this mostly in order to examine the ‘object and purpose’ of the agreement»: véase, op. cit., nota 5, pp. 143-144.*

<sup>16</sup> Esta característica se ha comentado en la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a propósito de la codificación del tema «los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados». En su Primer informe, el relator especial Georg Nolte apuntó que «El Tribunal de Justicia Europeo considera que las reglas de los tratados fundacionales (“Derecho primario de la Unión”) constituyen un «ordenamiento jurídico autónomo y en consecuencia no se remite a la Convención de Viena cuando interpreta esos tratados» («Primer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/660, párr. 26); de nuevo, en el Tercer informe señaló que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado su propia práctica de interpretación de los tratados constitutivos de la Unión, haciendo hincapié en su objeto y fin y su aplicación efectiva. El Tribunal ha explicado que este enfoque es consecuencia de su interpretación de los tratados constitutivos de la Unión Europea como creadores de un «nuevo ordenamiento jurídico» más que de una mera organización internacional ordinaria» («Tercer informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/683, párr. 28). En una contribución enviada a la CDI en 2015, la UE indica que «The Union can confirm that the above statements correctly reflect the current state of the case-law of the ECJ» («Contribution of the European Union on the topic of subsequent agreements and subsequent practice in relation to treaty interpretation», disponible en [http://legal.un.org/docs/?path=/ilc/sessions/67/pdfs/sasp\\_eu.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=/ilc/sessions/67/pdfs/sasp_eu.pdf&lang=E); última consulta: 13 de junio de 2015).

<sup>17</sup> GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «Disposición adicional segunda. Régimen de la acción exterior de la Unión Europea», en ANDRÉS SAENZ 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, Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 959, nota 5. En la misma dirección, Ramses A. Wessel afirma: «The use of the term ‘international agreement’ rather than ‘treaty’ therefore has no specific legal meaning, but at least it prevents confusion as in EU law the term ‘treaties’ is reserved for the TEU and the TFEU as well as for the accession Treaties. In other words, for primary EU law» (*Close Encounters of the Third Kind. The Interface between the EU and International Law after the Treaty of Lisbon*, Estocolmo, Sieps, 2013, p. 38 (disponible en [www.sieps.se](http://www.sieps.se)). La misma observación se encuentra en VERWEY, D.R., *op. cit.*, nota 5, p. 91.

En segundo lugar, los artículos relativos a los acuerdos internacionales contenidos en el Título V de la Quinta Parte del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) hacen un uso polisémico de los términos «celebrar» y «celebración». Así, mientras que los arts. 216, 217 y 219.1 del TFUE lo utilizan con el sentido genérico de proceso<sup>18</sup>, los arts. 218<sup>19</sup> y 219.3<sup>20</sup> del TFUE lo hacen para referirse a la fase final del procedimiento de celebración. Esta cuestión terminológica ha sido estudiada por la doctrina especializada en el Derecho de los tratados en relación con la versión en lengua inglesa<sup>21</sup>. En esta vía, se ha señalado que:

*«In customary international law various different acts are termed the ‘conclusion’ of a multilateral treaty: the adoption, the opening for signature, the ratification of the treaty, and so on. In the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties the term ‘conclusion’ (or ‘conclude’, ‘concluded’, as the case may be), is used twenty-three times, but the term is not defined in the Convention. Rather, in the Convention, as in customary law, the term appears to be employed in various different meanings, referring to different acts»<sup>22</sup>.*

A la luz de la Convención de 1969, Mark E. Villiger precisa con acierto que *«“Conclusion” refers to the whole set of procedures —whether simple or complex— which makes a treaty binding. “Concluded” implies a distinct act. States which have “concluded» are bound by a treaty without taking any further formal steps. A “concluded» treaty requires no further formalities»<sup>23</sup>*. Quienes han estudiado el tema en lo que se refiere a las concretas disposiciones del TFUE, consideran que cuando en el art. 218 del TFUE se atribuye al Consejo la com-

<sup>18</sup> Art. 216.1: «La Unión podrá celebrar un acuerdo...»; art. 216.2: «Los acuerdos celebrados por la Unión...»; art. 217: «La Unión podrá celebrar... acuerdos»; y art. 219.1: «el Consejo... podrá celebrar acuerdos...».

<sup>19</sup> Apdos. 1 «para la negociación y celebración de acuerdos...», 2 «El Consejo autorizará la apertura de negociaciones... autorizará la firma y celebrará los acuerdos», 6 «El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo»; y 7 «El Consejo, al celebrar un acuerdo, podrá autorizar al negociador...».

<sup>20</sup> «El Consejo... decidirá sobre las modalidades de negociación y celebración de dichos acuerdos». También el art. 50.2 del TUE dispone que «la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo...».

<sup>21</sup> En la que los términos correspondientes en las disposiciones del TFEU son «conclude» y «concluded». La versión consolidada en lengua inglesa, publicada en el OJ C núm. 202, de 7 de junio de 2016, se encuentra en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FUL&from=ES>.

<sup>22</sup> VIERDAG, E. W., «The Time of the ‘Conclusion’ of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions», vol. 59, *BYBIL*, 1988, p. 75.

<sup>23</sup> Así, sigue diciendo, cuando *«an agreement is concluded... This means that from that point in time there is a definite engagement that the parties are bound by the instrument under International law»* (VILLIGER, M. E., «Article 2. Use of terms», en VV.AA., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 78-79. Un análisis del significado de «conclusion» teniendo presentes los trabajos preparatorios de la CDI se encuentra en GARDINER, M., *Treaty Interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 209-212. Con todo, un recorrido por la doctrina especializada confirma la pluralidad de sentidos utilizados, no siempre coincidentes. Delano R. VERWEY apunta: *«From a legal standpoint there is no difference between the terms ‘conclusion’, ‘ratification’ and ‘approval’»* (op. cit., nota 5, p. 112); Ramses A. Wessel afirma que *«Whereas the Vienna Convention uses the term ‘conclusion’ for the entire treaty-making process... the EU Treaties clearly differentiate between the different phases»* (op. cit., nota 17, p. 40) y el «Vademecum on the External Action of the European Union» señala que *«Conclusion is the act of ratification of the agreement, meaning that the agreement becomes binding upon the Union and on its Member States»* (SEC (2011)881/3, p. 47).

petencia para adoptar decisiones autorizando la conclusión del acuerdo «*si debe intendere, nell'ordinamento giuridico europeo, l'espressione della volontà dell'Unione ad assumere impegni internazionali*»<sup>24</sup>.

Siendo esto así, por lo que atañe a la versión en español es muy oportuna la advertencia de Antonio Remiro Brotóns:

«la voz *conclusión* se emplea como equivalente de la genérica *celebración*, sobre todo por los que manejan las versiones francesa e inglesa de la Convención de Viena en las que aquella es utilizada con esta significación; en el polo opuesto, hay quienes, con mayor incorrección, se sirven de la *celebración* para hacer referencia a la *estipulación definitiva*»<sup>25</sup>.

Poniendo las cosas en su sitio en lo que atañe a los términos canónicos en español, este autor define la celebración de los tratados como el «conjunto de actos mediante los cuales se concibe, gesta y nace un tratado internacional»<sup>26</sup> mientras que «La fase final abarca el proceso de *estipulación* o *conclusión* en sentido estricto»<sup>27</sup>. La proyección de estas concreciones sobre las disposiciones del TFUE hace inevitable censurar sus imprecisiones técnicas en los casos en los que se confunde la parte (conclusión) con el todo (celebración), como sucede en los ya citados arts. 218 y 219.3 del TFUE, situación que es fruto de la contaminación emanada de las versiones inglesa y francesa. En definitiva, y siempre desde la perspectiva de las Convenciones de Viena, hay que señalar que mientras es correcto decir que «La Unión podrá celebrar un acuerdo...» (art. 216.1 del TFUE), «Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán...» (art. 216.2 del TFUE), «La Unión podrá celebrar con uno o varios países o con organizaciones internacionales acuerdos...» (art. 217 del TFUE), o «el Consejo... podrá celebrar acuerdos...» (art. 219.1 del TFUE), no lo es el referirse a «la negociación y celebración de acuerdos...» (art. 218.1 del TFUE), «El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo» (art. 218.6 del TFUE) o que «el Consejo... decidirá sobre las modalidades de negociación y celebración de dichos acuerdos» (art. 219.3 del TFUE). A lo que cabe añadir que los errores terminológicos encuentran su prolongación en las Decisiones del Consejo adoptadas sobre la base del art. 218 del TFUE<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> BARONCINI, E., *op. cit.*, nota 4, p. 14. En la misma dirección, Ramses A. Wessel señala: «Whereas the Vienna Convention uses the term 'conclusion' for the entire treaty-making process, which encompasses, inter alia, the phases of negotiation, initialling and signing, the EU Treaties clearly differentiate between the different phases» (*op. cit.*, nota 17, p. 40).

<sup>25</sup> REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. 2. derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 97.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 69. En idéntico sentido: véase REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 244. Esta definición es coherente con el hecho de que ambas Convenciones de Viena denominan a su Parte II «Celebración y entrada en vigor de los tratados», abarcando así todas las fases del proceso. La consideración de la celebración de los tratados como un proceso se encuentra también en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, Cizur Menor, 3.<sup>a</sup> ed., Civitas, Thomson Reuters, 2014, pp. 146-147.

<sup>27</sup> REMIRO BROTONS, A. y otros, *op. cit.*, nota 26, p. 245.

<sup>28</sup> Sirva como muestra la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión

Antes de terminar con las consideraciones terminológicas, parece oportuno señalar que en el texto de los acuerdos internacionales de la UE aparecen en ocasiones errores técnicos respecto de los términos utilizados en las Convenciones de Viena, lo que tiene repercusiones conceptuales. Estas deficiencias son comunes a veces a varias versiones lingüísticas<sup>29</sup> pero en algunos casos se producen en la versión española de los acuerdos internacionales publicados en el *DOUE* y no se dan en otras versiones<sup>30</sup>, lo que nos lleva

Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2014/494/UE), por la que se autoriza, en nombre de la Unión, la firma del mismo «a reserva de la celebración de dicho Acuerdo» (art. 1.1), mientras que en la versión inglesa se dispone: «*The signing... is hereby authorised, subject to the conclusion of the said Agreement*». Lo mismo sucede en la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra (2014/492/UE). Asimismo, en las Decisiones del Consejo relativas a la firma de protocolos a los diversos acuerdos de asociación para tener en cuenta nuevas adhesiones se detecta el mismo problema; así, por ejemplo, la Decisión del Consejo, de 18 de febrero de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, y la aplicación provisional del Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea (2014/665/UE), señala en su considerando 3 que «A reserva de su posible celebración en una fecha posterior, el Protocolo se deberá firmar en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros» y su art. 1 dispone que «Queda autorizada, en nombre de la Unión y de sus Estados miembros, la firma... a reserva de la celebración de dicho Protocolo», lo que en la versión inglesa se traduce en: «*The Protocol should be signed on behalf of the Union and its Member States, subject to its conclusion at a later date*» y «*The signing... is hereby authorised, subject to the conclusion of the said Protocol*».

<sup>29</sup> Se producen, por ejemplo, respecto al uso de los términos de enmienda y modificación, los cuales conforme a las Convenciones de Viena son distintos conceptualmente. Es el caso de una serie de acuerdos sobre servicios aéreos: el Acuerdo entre el Consejo de Ministros de Albania y la Comunidad Europea sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en su art. 7, bajo la rúbrica «Revisión o modificaciones» dispone que las Partes podrán «revisar» o modificar el Acuerdo. El mismo término aparece en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Croacia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Bulgaria sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, en el art. 7 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Maldivas sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Malasia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2007, en el art. 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Panamá sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2007 y en el art. 6 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Australia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2008. La versión inglesa no se libra del defecto pues habla de «*revision or amendment*»; la francesa tampoco: «*revision ou modification*». Por su parte, el Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2012, retiene la incorrección terminológica y añade una nueva expresión: su art. 6, bajo la rúbrica «Examen, revisión o modificación» («*Review, revision or amendment*» en la versión inglesa), señala que «Las Partes podrán, de común acuerdo, examinar, revisar o modificar el presente Acuerdo en cualquier momento».

<sup>30</sup> También a propósito de los términos de enmienda y modificación y a título de ejemplo: el art. 26 del Acuerdo sobre una zona de aviación común entre la Unión Europea y sus Estados miembros y la República de Moldavia, de 2012 regula las «modificaciones»; en cambio, la versión inglesa alude a «*amendments*» y la francesa a «*amendements*»; lo mismo sucede en el art. 27 del Acuerdo Euromediterráneo de aviación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra. A su vez, el art 18.4 del Acuerdo de cooperación sobre un

a emitir una señal de alarma sobre este estado de cosas que daña la calidad de los textos en nuestra lengua oficial.

### 3. LAS MODULACIONES EN LA CAPACIDAD DE CELEBRAR TRATADOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Las limitaciones en el ejercicio de las competencias soberanas que implica la integración en la UE tienen manifestaciones específicas en el ámbito de la celebración de tratados internacionales. Resaltaremos aquí cuatro aspectos concretos, dos de ellos relacionados con los acuerdos mixtos y los otros dos derivados de la progresiva ampliación de las competencias de la Unión: en primer lugar, la asunción por el Consejo de las facultades de los Estados miembros para celebrar protocolos a los acuerdos mixtos con el fin de tener en cuenta la adhesión de nuevos Estados miembros; en segundo lugar, la disminución del papel de los Estados en la negociación de los acuerdos mixtos; en tercer lugar, las facultades de la Comisión para supervisar los tratados ce-

---

sistema mundial civil de navegación por satélite (GNSS) entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, y el Reino de Marruecos, de 2006, dice que podrá ser «modificado», mientras que la versión inglesa señala que podrá ser enmendado, lo que también ocurre en el art. 24 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Azerbaiyán sobre la readmisión de residentes ilegales, de 2014, en el art. 22 del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal, de 2010, en el art. 9.3 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios, en el art. 14.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados, de 2012, en el art. 12.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea, de 2012, en el art. 14.4 del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados, de 2010, en el art. 8.3 de los acuerdos sobre exención de visados para estancias de corta duración entre la Unión Europea y: Mauricio, Seychelles, Antigua y Barbuda, Barbados, Bahamas, San Cristóbal y Nieves, todos de 2009; Perú, de 2016, Colombia, Palaos, Tonga, Trinidad y Tobago, Dominica, Granada, Timor Oriental, Vanuatu, San Vicente y las Granadinas y Samoa (todos ellos de 2015), Emiratos Árabes Unidos, de 2015; también el art. 13 del Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Confederación Suiza por el que se asocia a la Confederación Suiza a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que complementa Horizonte 2020, y se regula la participación de la Confederación Suiza en las actividades del ITER desarrolladas por la Empresa Común *Fusion for Energy*, de 2014 alude a la «modificación» cuando la versión inglesa recoge «*amendment*». Otras veces, las incorrecciones en la versión española son sobre otros términos: el art. 144 del Acuerdo de estabilización y asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y Kosovo, por otra, apunta que «El presente Acuerdo será adoptado», mientras que la versión inglesa dice que «*The Parties shall approve*»; el ya citado Acuerdo con la Confederación Suiza de 2014 afirma en su art. 15.1 que «El presente Acuerdo será ratificado o celebrado» pero la versión inglesa dice que «*This Agreement shall be ratified or concluded*»; el Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra, indica en el art. 464.1 que «El presente Acuerdo será ratificado o adoptado» y en la versión inglesa dice que «*The Parties shall ratify or approve this Agreement*», sucediendo lo mismo en el art. 431.1 del Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2014 y en el art. 486.1 del Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, de 2014.

lebrados por los Estados miembros en ámbitos materiales que han pasado a ser competencia de la Unión; por último, la obligación de los Estados miembros de celebrar determinados tratados en interés de la Unión.

Por lo que se refiere a la primera cuestión apuntada, se trata de una práctica iniciada con motivo de la gran ampliación de 2004, cuando un elevado número de acuerdos mixtos bilaterales tenía que ser extendido a los diez nuevos Estados miembros. Para evitar retrasos o complicaciones en la manifestación del consentimiento por parte de los Estados miembros, el art. 6.2 del Acta de Adhesión estableció un procedimiento simplificado consistente en que la adhesión de los nuevos Estados a los acuerdos internacionales existentes se llevaría a cabo mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos o convenios entre el Consejo, por unanimidad, en nombre de los Estados miembros, y el tercer o terceros países u organización internacional de que se trate<sup>31</sup>, de forma que la participación de los Estados quedó reducida a la consulta en relación con las directrices de negociación<sup>32</sup>. Con posterioridad, se ha seguido el mismo procedimiento a propósito de la adhesión de Bulgaria y Rumanía<sup>33</sup> y de Croacia<sup>34</sup>. Se ha valorado que «*This procedure was decisive in bringing about the smooth integration of the new Member States as Contracting Parties to bilateral mixed agreements of the Union and the old Member States with a number of non-EU States*»<sup>35</sup>, lo que sin duda es cierto, pero también lo es que ha supuesto una disminución del *treaty-making power* de los Estados miembros<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Los acuerdos de referencia están enunciados en el art. 6.6 del Acta de Adhesión; el art. 6.2 añade los celebrados con Belarús, China, Chile, el Mercosur y Suiza.

<sup>32</sup> Conforme al art. 6.2 *in fine* «La Comisión negociará dichos protocolos en nombre de los Estados miembros sobre la base de directrices de negociación aprobadas por el Consejo por unanimidad y en consulta con un comité integrado por los representantes de los Estados miembros. La Comisión presentará un proyecto de los protocolos para su celebración por el Consejo».

<sup>33</sup> Art. 6.2 del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea: «La adhesión de Bulgaria y Rumanía a los acuerdos y convenios celebrados o firmados conjuntamente por la Unión y los actuales Estados miembros con determinados terceros países o con organizaciones internacionales se aprobará mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos o convenios entre el Consejo, que se pronunciará por unanimidad en nombre de los Estados miembros, y el tercer país o terceros países u organización internacional de que se trate. La Comisión negociará dichos protocolos en nombre de los Estados miembros sobre la base de directrices de negociación aprobadas por el Consejo por unanimidad, y en consulta con un comité integrado por los representantes de los Estados miembros...».

<sup>34</sup> Art. 6.2 del Acta de Adhesión de Croacia: «A menos que se disponga otra cosa en los acuerdos específicos... la adhesión de Croacia a dichos acuerdos se aprobará mediante la celebración de un protocolo a dichos acuerdos entre el Consejo, pronunciándose por unanimidad en nombre de los Estados miembros, y el tercer país o países u organización internacional de que se trate. La Comisión, o el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad («el Alto Representante») cuando el acuerdo se refiera exclusiva o principalmente a la Política Exterior y de Seguridad Común, negociarán dichos protocolos en nombre de los Estados miembros con arreglo a directrices de negociación que aprobará el Consejo por unanimidad y previa consulta a un comité integrado por los representantes de los Estados miembros...».

<sup>35</sup> HOFFMEISTER, F., «Curse or Blessing? Mixed Agreements in the Recent Practice of the European Union and its Member States», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 257.

<sup>36</sup> Las ventajas prácticas de esta fórmula han llevado a Allan Rosas a proponer «*to insert in EU primary law a clause similar... The idea would be to grant the Council, at primary law level, the powers to*

En esta misma dirección se orienta la segunda cuestión, pues la negociación de los acuerdos mixtos está sometida a la actuación expansiva de la Unión, en particular la de la Comisión, que es quien se encarga en exclusiva en el caso de los acuerdos mixtos bilaterales<sup>37</sup> y quien lucha por ganar terreno cuando se trata de acuerdos mixtos multilaterales<sup>38</sup>. El nuevo art. 218 del TFUE ha venido a reforzar esta tendencia, al establecer un procedimiento unificado de alcance general aplicable a la celebración de todos los acuerdos internacionales, incluidos los mixtos, salvo en los casos en los que los Tratados prevén expresamente un procedimiento especial, tal como ha proclamado el TJUE<sup>39</sup>. De nuevo aquí, la capacidad convencional de los Estados se encuentra matizada, en este caso en lo que atañe a la fase inicial del proceso de celebración del tratado<sup>40</sup>, en la que —como afirma Luis Norberto González Alonso— «Se entra, de cualquier forma, en una dinámica de negociación específica en la que el seguimiento y control sobre el desarrollo del proceso queda en gran medida institucionalizado»<sup>41</sup>.

El tercer y cuarto aspectos indicados comparten su razón de ser, que se encuentra —como se ha dicho— en el constante avance competencial de la Unión, hábilmente impulsado por la Comisión. Esto está dando lugar a una interesante práctica de autorizaciones de celebración. La primera situación se refiere a casos en los que un acuerdo interestatal entra, al menos en parte, dentro de la competencia exclusiva de la UE, pero puede ser compatible con esta y convenir a su interés; el acuerdo en cuestión puede ser preexistente o

---

*concluye international agreements on behalf of not only the Union but also the Member States. This would provide a flexible ratification procedure which could be carried out quickly, while preserving Member States' competence as well as their status as Contracting Parties»: véase «The Future of Mixity», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 372.*

<sup>37</sup> Sobre las razones que avalan esta consistente práctica puede verse HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, pp. 253-254.

<sup>38</sup> Véanse NEFRAMI, E., *op. cit.*, nota 5, pp. 284-294, y HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, pp. 254-255.

<sup>39</sup> El alcance general del art. 218 del TFUE ha sido afirmado por el TJUE en la Sentencia Parlamento/Consejo, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, apdo. 52, reiterándolo en la Sentencia Comisión/Consejo, C-28/12, ECLI:EU:C:2015:282, apdo. 43, en esta ocasión frente al intento de flexibilización del procedimiento en el caso de acuerdos mixtos propuesta por el Consejo y los Estados miembros coadyuvantes. Sobre este asunto, puede verse RODRÍGUEZ MAGDALENO, R. I., «Celebración de tratados y acuerdos mixtos en la Unión Europea: adios a las decisiones híbridas. Comentario a la STJUE de 28 de abril de 2015, Asunto C-28/12, Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea», *La Ley Unión Europea*, 2015, núm. 29 y SÁNCHEZ-TABERNEIRO, S. R., «La ilegalidad de las decisiones híbridas en el marco de la celebración de acuerdos mixtos. Comentario de la Sentencia TJUE de 24.04.2015 (Gran Sala), C-28/12 Comisión/Consejo», *RDCE*, 2015, núm. 52, pp. 1057-1073. Cécile Rapoport ha apuntado que «*Il transparait dans la rédaction du traité une volonté de faire de l'Article 218 TFUE la base juridique procédurale de droit commun pour la conclusion de tous les accords externes*»: véase «La procédure de conclusion des accords externes de l'Union Européenne : quelle unité après Lisbonne?», en GOVAERE, I., LANNON, E., VAN ELSUWEGE, P. y ADAM, S. (eds.), *The European Union in the World. Essays in Honour of Marc Maresecau*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2014, p. 151.

<sup>40</sup> Elisa Baroncini destaca que «*Le difficoltà ad individuare le modalità negoziali per gli accordi di natura mista è dovuta al fatto che il Trattato di Lisbona è intervenuto in maniera significativa in merito alla rappresentanza internazionale dell'Unione*» y lo ejemplifica relatando las vicisitudes y tensiones habidas para acordar la representación en la negociación del Convenio de Minamata sobre el mercurio, de 2013 (*op. cit.*, nota 4, pp. 10-13).

<sup>41</sup> GONZÁLEZ ALONSO, L. N., *op. cit.*, nota 17, p. 972.

celebrarse con posterioridad a la asunción de la competencia por la Unión. La solución arbitrada consiste en lo que Alegría Borrás ha denominado un régimen de «libertad vigilada»<sup>42</sup>, que tiene lugar en ámbitos tales como los servicios aéreos, el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales, el Derecho de familia y los acuerdos de inversiones y que consiste en un procedimiento de notificación a la Comisión tanto de la intención de iniciar negociaciones como de su resultado para que esta verifique la ausencia de incompatibilidad y autorice la negociación y conclusión del acuerdo<sup>43</sup>. Otra fórmula estriba en el establecimiento de un mecanismo de intercambio de información entre la Comisión y los Estados miembros que reposa sobre una autorización implícita de aquella<sup>44</sup>.

La segunda situación se plantea en los supuestos en los que una materia regulada en un tratado es competencia total o parcialmente de la Unión pero por razones técnicas derivadas de las reglas de la organización internacional que lo auspicia o de las previsiones del propio tratado, aquella no puede convertirse en parte. El remedio, consagrado por el TJUE en el Dictamen 2/91<sup>45</sup> y reiterado en el Dictamen 1/13<sup>46</sup>, radica en autorizar a los Estados miembros

<sup>42</sup> BORRÁS, A., «La celebración de convenios internacionales de derecho internacional privado entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados», *AEDIPr*, t. IX, 2009, p. 84.

<sup>43</sup> Reglamento (CE) núm. 847/2004, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 29 de abril, sobre la negociación y aplicación de acuerdos de servicios de transporte aéreo entre Estados miembros y países terceros; Reglamento (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales; Reglamento (CE) núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) núm. 1219/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países. Acerca de este último, véase PASTOR PALOMAR, A., «La aplicación práctica del Reglamento (UE) sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países», *RGDE*, 2013, núm. 31 y sobre los relativos al Derecho internacional privado, véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países», *La Ley*, 2009, núm. 7252. Luis Norberto González Alonso puntualiza que en el caso de los acuerdos sobre servicios aéreos el dispositivo de control de la Comisión no es tan férreo como el de los acuerdos bilaterales de inversión (*op. cit.*, nota 17, pp. 982-983).

<sup>44</sup> Es el caso de la Decisión núm. 994/2012/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía, sobre la que puede verse CONDE PÉREZ, E., «La instauración de un sistema de información europeo sobre los acuerdos bilaterales de los Estados miembros y terceros en materia de energía», *RGDE*, 2014, núm. 32. Según Luis Norberto González Alonso, «Pese a su perfil mucho menos restrictivo, no deja de ser un mecanismo que condiciona igualmente la autonomía de las autoridades nacionales a la hora de desplegar su capacidad convencional» (*op. cit.*, nota 41, p. 983).

<sup>45</sup> Refiriéndose a la OIT, el Tribunal afirmó que «si, con arreglo a la Constitución de la OIT, la Comunidad no puede celebrar, por sí sola, el Convenio n.º 170, su competencia externa podría ser ejercida, en su caso, a través de los Estados miembros, actuando solidariamente en interés de la Comunidad» (apdo. 5).

<sup>46</sup> Apdo. 44.

mediante una Decisión del Consejo a concluir el tratado «en interés de la Unión»<sup>47</sup>. Así se viene haciendo en relación con convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la Organización Marítima Internacional (OMI) y de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, también en relación con la energía nuclear y otros sectores<sup>48</sup>.

Desde la perspectiva de la competencia de los Estados para celebrar tratados, las consecuencias de la primera y la segunda situación que acabamos de exponer son bien distintas. En efecto, en la primera nos encontramos con una capacidad tutelada por la Unión, mientras que en la segunda estamos ante una capacidad activada por esta; en realidad, si bien la correspondiente Decisión del Consejo «autoriza» a los Estados miembros, el principio de cooperación leal requiere que estos actúen en el sentido indicado, de forma

<sup>47</sup> Es oportuno recordar la advertencia formulada por el Abogado General Niilo Jääskinen en su Opinión en el Dictamen 1/13: «Cuando se celebra de esta forma un acuerdo internacional en interés de la Unión tras una habilitación expresa del Consejo, dicho acuerdo no produce ningún efecto jurídico en las relaciones entre la Unión y los Estados terceros interesados. Los Estados miembros son los únicos obligados en virtud de Derecho internacional frente a los Estados terceros, y no la Unión como tal. En este supuesto, la Unión no ofrece garantías ni ningún otro compromiso internacional por su parte. Además, es obvio que los Estados terceros no están vinculados por efecto de dicha decisión del Consejo» (apdo. 38).

<sup>48</sup> Entre otras, cabe citar: Decisión (UE) 2015/2037 del Consejo, de 10 de noviembre, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo de 2014 del Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, de la Organización Internacional del Trabajo, en lo que respecta a las cuestiones relativas a la política social; Decisión del Consejo, de 28 de enero de 2014, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio relativo a la seguridad en la utilización de los productos químicos en el trabajo, de 1990, de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio n° 170); Decisión 2002/971/CE del Consejo, de 18 de noviembre, por la que se autoriza a los Estados miembros a adherirse o a ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional de 1996 sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por el que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; Decisión del Consejo, de 5 de junio de 2008, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y por la que se autoriza a algunos Estados miembros a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (2008/431/CE); Decisión (UE) 2016/414 del Consejo, de 10 de marzo, por la que se autoriza a la República de Austria a firmar y ratificar el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, y a Malta a adherirse a él, en interés de la Unión Europea; Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2013, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a ratificar el Protocolo por el que se modifica la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, o a adherirse a él, en interés de la Unión Europea, y a realizar una declaración relativa a la aplicación de las correspondientes normas internas del Derecho de la Unión (2013/434/UE); Decisión del Consejo, de 3 de marzo de 2014, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión Europea, el Tratado sobre el Comercio de Armas (2014/165/UE). Sobre la posición de la UE ante la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado puede verse DE MIGUEL ASENSIO, P., «Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea», en VV.AA., *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea (Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 57-77.

que para los Estados miembros es «*not only an authorization but also an obligation to adhere, or at least to seek to adhere, to the respective convention*»<sup>49</sup>.

En una valoración de conjunto de los aspectos considerados en este apartado, podemos decir con Marise Cremona que «*they... illustrate the constraints under which the Member States —although full sovereign States— may operate at an international level as a result of their Community obligations... and the accommodations possible between the demands of the Community legal order and the practical exigencies of international treaty-making*»<sup>50</sup>.

#### 4. EL RECURSO A LAS VENTAJAS DE LA APLICACIÓN PROVISIONAL

La institución de la aplicación provisional le resulta particularmente útil a la UE, hasta el punto de que habiendo comenzado esta práctica en 1976<sup>51</sup>, se ha convertido en uno de los rasgos característicos de su actividad convencional. Según la base de datos de la UE, en la actualidad existen ochenta y seis tratados con cláusula de aplicación provisional, la mayoría bilaterales<sup>52</sup> y muchos de ellos mixtos; a ellos hay que añadir veintitrés canjes de notas<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> ROSAS, A., «The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States», *Fordham International Law Journal*, vol. 34, 2011, núm. 5, p. 1334. En relación con los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el Dictamen 1/13 ha reforzado el carácter obligatorio de este tipo de «autorizaciones», al establecer que «La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea», lo que ha dado lugar con posterioridad a: Decisión (UE) 2015/2354 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Seychelles al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2355 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de la Federación de Rusia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2356 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Albania al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2357 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Marruecos al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Decisión (UE) 2015/2358 del Consejo, de 10 de diciembre, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a aceptar, en interés de la Unión Europea, la adhesión de Armenia al Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

<sup>50</sup> CREMONA, M., «Member States as Trustees of the Community Interest: Participating in International Agreements on Behalf of the European Community», *EUI Working Paper LAW 2009/17*, p. 19.

<sup>51</sup> Dato proporcionado por HOFFMEISTER, F., *op. cit.*, nota 35, p. 257.

<sup>52</sup> Solo diecisiete son multilaterales. La relación completa se encuentra en <http://ec.europa.eu/world/agreements/AdvancedSearch.do>, seleccionando «Provisional application» en el apartado de «Clases» (última consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>53</sup> Este procedimiento externo al acuerdo se utiliza con frecuencia en relación con los acuerdos de pesca, para evitar interrupciones o retrasos en su aplicación mientras está pendiente la entrada en vigor; el acuerdo al que se refiere el canje de notas no suele tener cláusula de aplicación provisional, conviniéndose esta con posterioridad.

Las razones por las que la Unión utiliza con frecuencia la aplicación provisional son claras. En una contribución pionera, Gregorio Garzón Clariana indicó que:

«certaines particularités des relations extérieures de la Communauté rendaient inévitable le recours à cette application. C'est le cas notamment de la 'mixité' qui implique que la compétence pour la conclusion de certains accords appartienne ensemble à la Communauté et à ses États membres, avec comme corollaire un retard considérable à l'entrée en vigueur dû au respect des procédures internes propres à chaque État membre. C'est aussi le résultat de la participation croissante de la Communauté à des conventions multilatérales où l'entrée en vigueur se fait parfois longuement attendre en fonction du nombre de ratifications ou d'adhésions requises»<sup>54</sup>.

La UE aprovecha la flexibilidad que proporciona esta institución, generando lo que se ha denominado una «práctica sofisticada»<sup>55</sup> compuesta por diferentes fórmulas. Se ha dicho que «Conjuguant la liberté offerte par le droit international et celle offerte au plan interne, les modalités d'application provisoire, telles qu'elles apparaissent à travers la pratique du Conseil, sont extrêmement variées», de forma que «La souplesse offerte pour l'application provisoire se décline à différents niveaux et produit une grande variété de formules qui permettent de s'adapter aux contraintes de chaque relation»<sup>56</sup>.

En una aproximación formal, cabe señalar que en cuanto al inicio de la aplicación provisional, es frecuente señalar la fecha de la firma<sup>57</sup> pero en otras ocasiones el punto de referencia es otro, como el de una determinada

<sup>54</sup> GARZÓN CLARIANA, G., «L'application provisoire des accords internationaux de la Communauté», en *Dynamiques juridiques européennes. Édition revue et mise à jour de 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, Cahiers du Collège d'Europe núm. 2, Bruselas, 2.<sup>a</sup> ed., Peter Lang, 2007, pp. 487-488. Marc Maresceau apunta que «the procedure of provisional application has been followed not only in order to accelerate the entry into force of parts of some mixed agreements; provisional application is a pragmatic solution in the EC's external practice and something which is, for example, also used frequently in the area of (non-mixed) bilateral fisheries agreements, specifically to avoid any interruption of fishing activities by Community vessels in the waters of the partner country» («A Typology of Mixed Bilateral Agreements», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 13). Desde otra perspectiva, Elisa Baroncini señala la utilidad de la aplicación provisional en relación con los acuerdos que resuelven amistosamente un contencioso internacional (*op. cit.*, nota 4, p. 22).

<sup>55</sup> MICHIE, A., «The role of provisionally applied treaties in international organizations», *Comp. & Int'l L.J.S.Afr.*, 2006, núm. 39, p. 44.

<sup>56</sup> FLAESCH-MOUGIN, C. y BOSSE-PLATIÈRE, I., «L'application provisoire des accords de l'Union Européenne», en GOVAERE, I., LANNON, E., VAN ELSUWEGE, P. y ADAM, S. (eds.), *op. cit.*, nota 39, p. 309.

<sup>57</sup> Así se dispone, por ejemplo, en el Acuerdo entre la UE y Montenegro sobre la participación de este Estado en la Operación Atalanta, de 2010 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la UE y Nueva Zelanda sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2005 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Nueva Zelanda sobre la participación de este Estado en la Operación EUPOL AFGHANISTAN, de 2007 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la UE y la Antigua República Yugoslava de Macedonia sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2006 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Albania sobre la participación de este Estado en la Operación Althea, de 2005 (art. 9.2); en el Acuerdo entre la UE y Croacia sobre la participación de este Estado en la Operación Atalanta, de 2009 (art. 10.2); en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre cooperación en materia de pesca y conservación de los recursos vivos marinos en el Mar Báltico, de 2006 (art. 18.1), en el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Egipto, de 2005 (art. 7.2) o en el Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos, generados

fecha posterior a la firma<sup>58</sup> o el de la notificación del cumplimiento de los procedimientos internos necesarios<sup>59</sup>; por otra parte, si bien la aplicación provisional suele acordarse para el tratado en su conjunto, a veces solo se extiende a alguna de sus partes o disposiciones<sup>60</sup>; de otro lado, en algún supuesto, la cláusula se limita a consagrar la posibilidad de que las partes acuerden en el futuro la aplicación provisional<sup>61</sup>. Las materias reguladas son diversas, aunque se reiteran los acuerdos de asociación, pesca y transporte aéreo, entre otros<sup>62</sup>.

La riqueza de la práctica impide dar cuenta aquí de todas sus modalidades, por lo que nos centraremos a continuación en las manifestaciones más singulares de las cláusulas de aplicación provisional insertas en los acuerdos

---

en la Unión Europea, del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas a los Servicios de Aduanas de Australia, de 2008 (art. 15).

<sup>58</sup> Según el art. 4.3 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza que modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas, de 2009, «El presente Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir del primer día del segundo mes siguiente al día de la firma».

<sup>59</sup> Como se establece, por ejemplo, en el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Nueva Zelanda sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, de 2006, en el que «las Partes contratantes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo a partir del primer día del mes siguiente a la fecha en la que las Partes se hayan notificado la finalización de los procedimientos necesarios a este efecto» (art. 8.2); la misma cláusula se encuentra en otros acuerdos sobre la misma materia celebrados —entre otros— con Albania (2006, art. 8.2), Australia (2008, art. 7.2), Malasia (2006, art. 9.2), Nepal (2009, art. 9.2), Azerbaiyán (2009, art. 8.2), India (2008, art. 7.2), Kirguistán (2007, art. 9.2); Singapur (2006, art. 7.2), Pakistán (2009, art. 8.2), Jordania (2008, art. 9.2), Marruecos (2006, art. 8.2), Uruguay (2006, art. 9.2), Chile (2006, art. 8.2), Maldivas (2006, art. 9.2), Paraguay (2007, art. 9.2), y Emiratos Árabes Unidos (2008, art. 9.2).

<sup>60</sup> Conforme al art. 8.3 del Acuerdo entre la Unión Europea, Islandia y Noruega para la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, de 2009, «El artículo 5, apartados 1 y 2, se aplicará provisionalmente a partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo»; a tenor del art. 14 del Acuerdo entre la Unión Europea, la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre la asociación de la Confederación Suiza a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, de 2004, «Los artículos 1, 3, 4, 5, 6 y el artículo 7, apartado 2, letra a), primera frase, se aplicarán de forma provisional a partir del momento de la firma del presente Acuerdo»; el art. 198. 3 del Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra, de 2002, contempla la aplicación previa a la entrada en vigor de «los artículos 3 a 11, el artículo 18, los artículos 24 a 27, los artículos 48 a 54, las letras a), b), f), h) e i) del artículo 55, los artículos 56 a 93, los artículos 136 a 162 y los artículos 172 a 206».

<sup>61</sup> Como se hace en el Acuerdo Multilateral entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, la República de Albania, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Bosnia y Herzegovina, la República de Bulgaria, la República de Croacia, la República de Islandia, la República de Montenegro, el Reino de Noruega, Rumanía, la República de Serbia y la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo, sobre la creación de una Zona Europea Común de Aviación (ZECA), de 2006, a tenor de cuyo art. 29.3, no obstante lo dispuesto sobre la entrada en vigor «la Comunidad Europea y sus Estados miembros y, al menos, una Parte asociada podrán decidir aplicar provisionalmente el Acuerdo entre ellas a partir de la fecha de la firma».

<sup>62</sup> Catherine Flaesch-Mougín e Isabelle Bosse-Platière apuntan que «*les types d'accords externes concernés sont aussi bien des accords multilatéraux que bilatéraux, de nouveaux accords que des renouvellements, accords complémentaires ou protocoles additionnels*» (op. cit., nota 56, pp. 296-297).

celebrados por la UE<sup>63</sup>. En primer término, tiene interés destacar que los acuerdos de asociación más recientes contemplan la aplicación provisional parcial y dejan en manos de la Unión la determinación de las partes concretas afectadas. Así, el art. 431 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2014, dispone en su apartado 3 que «la Unión y Georgia acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo en lo que se refiere a las partes que indique la Unión»; de esta forma, hay que acudir a la Decisión del Consejo para conocer el alcance de la aplicación provisional<sup>64</sup>. Lo mismo sucede en otros casos, como el Acuerdo de Asociación con Moldavia<sup>65</sup>, el Acuerdo de Colaboración y Cooperación reforzadas con Kazajistán<sup>66</sup> y en el Acuerdo de Asociación con Ucrania<sup>67</sup>, con la particularidad en este último caso de que las partes del Acuerdo a las que se extiende la aplicación provisional se ha establecido mediante dos Decisiones sucesivas del Consejo<sup>68</sup>. Las cláusulas en cuestión son novedosas también porque en el supuesto de otros acuerdos similares, en vez de utilizar la aplicación provisional se han celebrado acuerdos interinos con la misma finalidad de comenzar la aplicación de partes del tratado antes de su entrada en vigor<sup>69</sup>. Es evidente que estos Estados, deseosos de comenzar a

<sup>63</sup> Se excluyen del análisis las recogidas en convenios multilaterales generales, dado que no son exponente de la práctica autónoma de la Unión.

<sup>64</sup> Véase la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra (2014/494/UE) (DO L núm. 261, de 30 de agosto de 2014).

<sup>65</sup> Art. 464 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Moldavia, por otra, de 2014. Véase la Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra (2014/492/UE).

<sup>66</sup> Art. 281.4 del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, de 2015. Véase la Decisión (UE) 2016/123 del Consejo, de 26 de octubre de 2015, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Colaboración y Cooperación Reforzadas entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajistán, por otra.

<sup>67</sup> Art. 486 del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, de 2014.

<sup>68</sup> Véanse: Decisión del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, en lo que se refiere al preámbulo, art. 1 y títulos I, II y VII del mismo (2014/295/UE); Decisión del Consejo, de 23 de junio de 2014, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, en lo que se refiere al título III (con excepción de las disposiciones relativas al tratamiento de los nacionales de terceros países legalmente empleados como trabajadores en el territorio de la otra Parte), y títulos IV, V, VI y VII del mismo, así como los anexos y Protocolos conexos (2014/668/UE).

<sup>69</sup> Así se prevé en el art. 139 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Montenegro, por otra, de 2007; también, en el art. 139 del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, de 2008 y en el art. 136 del

disfrutar algunos de los beneficios previstos en los acuerdos, no han tenido ningún inconveniente en aceptar esta peculiar fórmula que en todo caso está amparada por la flexibilidad que inspira el art. 25 de las Convenciones de Viena.

En segundo lugar, las peculiaridades de los acuerdos mixtos se refleja también en las modalidades de su aplicación provisional. Entre ellas, apuntemos aquí que en lo que atañe a la parte del acuerdo constituida por la Unión y sus Estados miembros, hay algún caso en que la aplicación provisional solo afecta a la primera<sup>70</sup>; también, que resulta habitual y lógico que la correspondiente cláusula contenga previsiones de salvaguarda del derecho estatal en la materia, con fórmulas tales como que «a la espera de su entrada en vigor... las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo, en la medida en que lo permita la legislación nacional aplicable»<sup>71</sup>, que el acuerdo «se aplicará de forma provisional, con arreglo a la legislación nacional de las Partes Contratantes»<sup>72</sup> o que la aplicación provisional comenzará una vez que «las Partes se hayan notificado haber concluido los procedimientos necesarios a este efecto»<sup>73</sup>. La necesidad de respetar los procedimientos internos relativos a la aplicación provisional de los terceros Estados con los que se celebra el acuerdo conduce a veces a cláusulas como la art. 98.4 del Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Eu-

---

Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, de 2006.

<sup>70</sup> Sucede por ejemplo en el Acuerdo de Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, sobre los Programas Europeos de Navegación por satélite, de 2013, cuyo art. 27.2 señala que «Suiza y la Unión Europea acuerdan, en relación con los elementos del presente Acuerdo que sean de la competencia de la Unión Europea, aplicarlo provisionalmente». Ocurre asimismo en algunos acuerdos de asociación recientes, como el celebrado con Kazajistán, respecto al que la Decisión (UE) 2016/123 del Consejo señala que determinadas partes del mismo «se aplicarán provisionalmente entre la Unión y la República de Kazajistán, aunque solo en la medida en que abarquen cuestiones que sean competencia de la Unión» (art. 3.1 de la Decisión, *cit.* en nota 66).

<sup>71</sup> Es el caso del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea y sus Estados miembros, de 2011 (art. 5), el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, de 2007 (art. 9.1) o del Acuerdo subsidiario entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, sobre la aplicación del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América, por una parte, la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, de 2011 (art. 8).

<sup>72</sup> Acuerdo Euromediterráneo de aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra, de 2013 (art. 30.1).

<sup>73</sup> Así se estipula en el Acuerdo de cooperación sobre un sistema de navegación por satélite entre la UE y sus Estados miembros y el Reino de Noruega, de 2009 (art. 12.4), en el Acuerdo Marco entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, hecho el 10 de mayo de 2010 (art. 49.2); el Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemí de Jordania, por otra, de 2010 (art. 29.2), el Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, de 6 de octubre de 2010 [art. 15.10.5 a)], el Acuerdo de colaboración y cooperación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Iraq, por otra parte, de 2012 (art. 17.1); el Acuerdo sobre un espacio aéreo común entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, de 2010 (art. 29.2), o el Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, de 2011 (art. 330.3).

ropea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, de 2009, según el cual:

«4. En espera de la entrada en vigor del presente Acuerdo, la Parte CE y la Parte África Central acuerdan aplicar sus disposiciones bajo sus competencias respectivas (“aplicación provisional”). Esta aplicación podrá llevarse a cabo, bien mediante aplicación provisional, cuando sea posible, bien mediante ratificación del Acuerdo.

5. Se notificará la aplicación provisional a los depositarios del Acuerdo. El Acuerdo se aplicará provisionalmente diez días después de la recepción, por una parte, de la notificación de aplicación provisional por la Comunidad Europea y, por otra, de la notificación, bien de ratificación, bien de aplicación provisional, por todos los Estados signatarios de África Central»<sup>74</sup>.

En tercer lugar, otra singularidad consiste en fijar el comienzo de la aplicación provisional para una fecha anterior a la de celebración del acuerdo. Sirva como ejemplo el Protocolo del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la antigua República Yugoslava de Macedonia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, firmado el 18 de julio de 2014, cuyo art. 13.2 establece que «Si todos los instrumentos de aprobación del presente Protocolo no se hubieran depositado antes del 1 de julio de 2013, el presente Protocolo se aplicará con carácter provisional con efectos a partir del 1 de julio de 2013». Dejando a un lado la imposibilidad de que se materializara la hipótesis relativa al depósito de los instrumentos apuntada en la disposición como premisa, nos encontramos ante lo que José Martín y Pérez de Nanclares ha denominado una aplicación provisional retroactiva, comentando que estamos ante una «práctica convencional que pone a prueba hasta los elementos más asentados de las Convenciones de Viena»<sup>75</sup>. Se trata de una práctica a la que la UE viene recurriendo en relación con las ampliaciones para asegurar la incorporación de los nuevos Estados a los acuerdos mixtos preexistentes sin solución de continuidad, llevada a cabo mediante un protocolo adicional a cada acuerdo celebrado por el Consejo en nombre de

<sup>74</sup> Es similar el art. 243.3 y 4 del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2008, conforme al que «Hasta que entre en vigor el Acuerdo, la Comunidad Europea y los Estados signatarios del Cariforum aceptarán aplicar el Acuerdo de forma provisional, íntegramente o en parte. Esto podrá llevarse a cabo mediante una aplicación provisional con arreglo a la legislación de un signatario o mediante la ratificación del Acuerdo»; también, el arts. 76.2 y 3 del Acuerdo de Asociación interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra, de 2009, el arts. 105.4 y 5 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009 y el arts. 62.4 y 5 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009. Sobre el Derecho interno de la aplicación provisional, puede verse GESLIN, A., *La mise en application provisoire des traités*, París, Pedone, 2005, pp. 207-258 y el comentario «Artículo 15. Aplicación provisional», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DIEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 17, pp. 307-327.

<sup>75</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar», *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, p. 54. La expresión «aplicación provisional retroactiva» está en la página citada, nota 163.

la Unión y sus Estados miembros y el tercer Estado<sup>76</sup>. Hay que añadir que también se acude a esta discutible técnica en otros ámbitos<sup>77</sup>.

¿Cómo podemos valorar esta sorprendente práctica? ¿Realmente se ven removidos los cimientos de las Convenciones de Viena? La doctrina viene afirmando con claridad dos ideas: de un lado, que conceptualmente aplicación provisional y retroactividad son cuestiones distintas<sup>78</sup>; de otro, que el tenor del art. 28 de las Convenciones de Viena se interpreta en el sentido de que lo relevante es que el tratado respecto del que se plantea la retroactividad sea aplicable, bien porque haya entrado en vigor, bien por aplicación provisional<sup>79</sup>. Partiendo de estas precisiones, la respuesta a nuestras preguntas la proporcionó Antonio Remiro Brotóns a propósito de un caso de la práctica

<sup>76</sup> A este procedimiento simplificado ya se ha hecho referencia en el apartado 3 de este Estudio. La práctica a la que nos referimos comenzó a raíz del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, Estonia, la Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y la República Eslovaca gracias a las previsiones de su art. 6.2 y ha dado lugar a un significativo número de protocolos que comparten la misma característica respecto a su aplicación provisional. Las fechas de comienzo de la denominada aplicación provisional coinciden con las de las adhesiones: 1 de mayo de 2004, 1 de enero de 2007 y 1 de julio de 2013. El elevado número de acuerdos de que se trata impide referenciarlos aquí.

<sup>77</sup> Por ejemplo, en determinados acuerdos sectoriales, en particular en los protocolos que fijan posibilidades de pesca; también, en acuerdos sobre incorporación de un Estado tercero a programas de la UE que tienen un ámbito temporal determinado, como sucede con el Acuerdo sobre cooperación científica y tecnológica entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Confederación Suiza por el que se asocia a la Confederación Suiza a Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación, y al Programa de Investigación y Formación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica que complementa Horizonte 2020, y se regula la participación de la Confederación Suiza en las actividades del ITER desarrolladas por la Empresa Común *Fusion for Energy*, hecho el 5 de diciembre de 2014, que en el art. 15.1 dispone que el Acuerdo se aplicará provisionalmente a partir de su firma pero añade que «La aplicación provisional surtirá efecto a partir del 15 de septiembre de 2014»; el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza en el ámbito audiovisual, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el programa comunitario MEDIA 2007, hecho el 11 de octubre de 2007, cuyo art. 13 señala que «se aplicará provisionalmente a partir del 1 de septiembre de 2007» y con el Acuerdo entre la Unión Europea y el Estado de Israel sobre la participación del Estado de Israel en el Programa de la Unión «Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020)», hecho el 8 de junio de 2014, cuyo art. 6.2 establece que «Comenzará a ser aplicable a partir del 1 de enero de 2014».

<sup>78</sup> Lleva razón Esperanza Orihuela Calatayud cuando afirma que «parece un despropósito ensanchar las excepciones que el principio de la irretroactividad puede recibir de la voluntad de las partes, viendo en la aplicación provisional del tratado una intención de aplicación retroactiva de las normas convencionales» (*Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 51). Por su parte, Mark E. Villiger señala que «Article 25 views the treaty's application pro futuro, though before its entry into force, whereas the perspective of Article 28 is that of looking backwards in time» («Article 28. Non-retroactivity of treaties», en *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, op. cit., nota 23, p. 385).

<sup>79</sup> Kerstin Odendahl se ha planteado si el art. 28 de las Convenciones de Viena se refiere también a la aplicación provisional; en su opinión «Since the word 'bind' has to be read as 'have legal consequences' or 'is applicable with respect to a party' the answer is clear: a treaty becomes binding on a party at the moment it becomes applicable to that party, ie at the moment of its provisional application or, at the latest, at the moment of its entry into force» [«Article 28. Non-retroactivity of treaties», en DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlín/Heidelberg, Springer/Verlag, 2012, p. 487]. En la misma línea y apoyándose en los trabajos de la CDI, Frederic Dopagne apunta que «When a treaty is applied provisionally pending its entry into force, it seems that the critical date to appraise the retroactivity is the date of the provisional application, and no longer that of the entry into force»: véase «1969 Vienna Convention. Article 28. Non-retroactivity of treaties», en

española: el acuerdo de 9 de abril de 1981, complementario del convenio de cooperación social con Bolivia, para el establecimiento de un programa de cooperación socio-laboral, cuyo artículo XII disponía que entraría en vigor el día de su firma y añadía que se iniciaría su cumplimiento el 1 de enero de 1981, tres meses antes. La Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores calificó el caso como de aplicación provisional, haciéndolo —como afirmó Antonio Remiro Brotóns— «erróneamente, pues no se puede aplicar provisionalmente lo que el 1 de enero de 1981 no existe; el caso es, más bien, de retroactividad forzosa»<sup>80</sup>. En definitiva, estamos ante un uso inadecuado de la aplicación provisional. Nada en el Derecho de los tratados impide atribuir eficacia retroactiva a un acuerdo, extender sus efectos hacia el pasado, pero la fórmula no es la aplicación provisional sino una cláusula de retroactividad que se podría ver activada al comenzar la aplicación provisional<sup>81</sup>. La Unión ya conoce la fórmula, figura por ejemplo en el Protocolo adicional del Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Croacia, hecho el 25 de marzo de 2014, que en el art. 9 señala:

«1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del primer mes siguiente a la fecha en que las Partes intercambien por escrito notificaciones que certifiquen que han finalizado sus respectivos procedimientos y requisitos jurídicos aplicables.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, el presente Protocolo se aplicará con efecto a partir del 1 de julio de 2013.

3. A la espera de la entrada en vigor del Protocolo, las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el Protocolo a partir del décimo día de la recepción de la última notificación de aplicación provisional de la Unión Europea o de Corea».

De esta forma, se distingue adecuadamente entre la retroactividad y la aplicación provisional. Por ello, cabe desear que se persevere en esta dirección, que ya cuenta con algún precedente de previsión de retroactividad<sup>82</sup>.

CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 720.

<sup>80</sup> REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 25, p. 287. Esperanza Orihuela Calatayud comparte esta opinión (*op. cit.*, nota 78, p. 83). Señala esta autora que «Resulta sorprendente y contrario a la lógica del Derecho de los Tratados establecer una retroactividad en relación con la entrada en vigor: Resulta incomprensible y paradójico pretender retrotraer la entrada en vigor de un tratado a un momento en el que este ni siquiera había empezado a negociarse» (*ibid.*, p. 82); estas afirmaciones se pueden aplicar también a la aplicación provisional.

<sup>81</sup> En el Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados, el relator especial incluyó la siguiente afirmación: «Inclusive, existen ejemplos de acuerdos, realizados mediante canje de notas entre Estados y organizaciones internacionales, cuya aplicación no solo es provisional sino que contempla efectos retroactivos»: véase GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», A/CN.4/687, párr. 127. En la sesión de la CDI celebrada el 14 de julio de 2015, Mathias Forteau repuso: «*The way in which the Special Rapporteur described State practice was not always sufficiently clear. In paragraph 127 of the report, for example, the Special Rapporteur mentioned several cases where provisional application could have 'retroactive' effect; however, in the absence of detailed explanations, it was hard to understand what was meant and what the implications of that practice were*» (A/CN.4/SR.3269, p. 14).

<sup>82</sup> El Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Reino Hachemí de Jordania que modifica el Acuerdo de Asociación CE-Jordania, hecho el 26 de septiembre de 2007,

Por último, en la práctica analizada también llama la atención la previsión de adoptar medidas unilaterales de aplicación antes de la aplicación provisional que aparece en algunos supuestos. El Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2008, establece en su art. 243.3 que la Comunidad Europea y los Estados signatarios del Cariforum «podrán adoptar medidas para aplicar el Acuerdo, antes de su aplicación provisional, en la medida de lo posible»<sup>83</sup>, lo que nos coloca ante una especie de pre-aplicación provisional a título unilateral, por lo que la cuestión es si esta figura tiene cabida en el art. 25 de las Convenciones de Viena. Al respecto, se ha dicho que:

*«In substantive terms, then, there seems to be no reason why the unilateral 'application'... could not be considered a case of 'provisional application' under Article 25 (1) –unless Article 25 (1) does not recognize unilateral provisional application... Textually, Article 25 simply refers to the act of provisionally applying a*

afirma que «El presente Acuerdo será aplicable con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 2006»; el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo a la introducción de determinadas modificaciones técnicas en los anexos I y II del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo al establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, con motivo de la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía, de 19 de mayo de 2009 dispone que «El acuerdo en forma de Canje de Notas entrará en vigor en la fecha de la Nota de respuesta. La aplicación de las disposiciones del presente Canje de Notas tendrá efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2007». También tiene interés apuntar que al igual que sucede en la práctica de las Naciones Unidas, los acuerdos de la UE con terceros países sobre el estatuto de las fuerzas de la Unión en operaciones en el exterior contienen una previsión de aplicación de determinados artículos relativos a dicho estatuto y las facilidades para el desarrollo de su misión desde la fecha en que se despliegue el primer contingente si esa fecha es anterior a la entrada en vigor [se trata de: Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre el estatuto de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia, de 2008 (art. 21.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República Centroafricana sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República Centroafricana, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República Gabonesa sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República Gabonesa, de 2006 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Camerún sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en tránsito por el territorio de la República de Camerún, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Chad sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Chad, de 2008 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Guinea-Bissau sobre el estatuto de la Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau, de 2008 (art. 20.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Yibuti sobre el estatuto de la fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Yibuti en el marco de la operación militar de la Unión Europea Atalanta, de 2009 (art. 19.1 y 2); Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Seychelles en el marco de la operación militar de la UE Atalanta, de 2009 (art. 19.1 y 2)].

<sup>83</sup> En el mismo sentido, el art. 76.4 del Acuerdo de Asociación interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra, de 2009; el art. 98.6 del Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, de 2009; en vez de, el art. 62.6 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009 y el art. 105.6 del Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, de 2009.

*treaty: there is no requirement that such an act be mutual. Indeed, this appears to be uncontroversial»<sup>84</sup>.*

En definitiva, a la vista de los resultados de este recorrido por la práctica no cabe duda de que la UE está haciendo un uso creativo de la aplicación provisional que a veces va más allá de las previsiones expresas del art. 25 de las Convenciones de Viena pero que no las vulnera gracias a la permisividad y libertad sobre las que se basa esta disposición.

Esta práctica tan exuberante que hemos esbozado hasta aquí merecería ser tomada en adecuada consideración por la CDI en sus trabajos actualmente en curso sobre la aplicación provisional. En su Primer informe, el relator especial, al referirse a las razones y utilidad de la aplicación provisional, y en particular a la idea de que los tratados también pueden ser aplicados provisionalmente en aras de agilizar su implementación en forma previa a la culminación de los procesos constitucionales que llevan a su ratificación y entrada en vigor, apuntó que «La práctica reciente de la Unión Europea resulta relevante en este sentido»<sup>85</sup>. Sin embargo, en su Tercer informe ha estudiado ya la aplicación provisional en relación con organizaciones internacionales pero no le ha prestado atención al tema y no parece que tenga intención de hacerlo, porque el relator especial afirma expresamente que «estima que con este informe se ha atendido la solicitud de estudiar la aplicación provisional en relación con la práctica de las organizaciones internacionales, por lo que no considera necesario volver sobre esta cuestión en informes futuros»<sup>86</sup>. Ello pese a que en la relación de tratados multilaterales aplicados provisionalmente por organizaciones internacionales que el Relator Especial ofrece como anexo de este Tercer informe, la única organización que aparece y por tanto que genera práctica es la Comunidad Europea/UE<sup>87</sup>. No obstante, no es de descartar que los miembros de la Comisión se inclinen por profundizar en el análisis de esta dimensión<sup>88</sup>.

La propia UE está poniendo de su parte para que esto sea así, porque desde el comienzo de los trabajos de la CDI sobre el tema la representante de la UE ha hecho declaraciones en el seno de la Sexta Comisión de Naciones Unidas con ocasión de cada informe del relator especial, destacando el interés de la Unión por el tema habida cuenta de su abundante práctica, mostrando su preferencia por que «*the work on provisional application should rather be aimed at providing some kind of “guidelines” to help decision-makers in rel-*

<sup>84</sup> BARTELS, L., «Withdrawing Provisional Application of Treaties: Has the EU Made a Mistake?», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, núm. 1, p. 117.

<sup>85</sup> GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Primer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», *A/CN.4/664*, párr. 35.

<sup>86</sup> GÓMEZ-ROBLEDO, J. M., «Tercer informe sobre la aplicación provisional de los tratados», *A/CN.4/687*, párr. 132.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp. 32-45.

<sup>88</sup> En su intervención en la 3270.<sup>a</sup> sesión, de 15 de julio de 2015, Concepción Escobar Hernández destacó el interés que presentaría el análisis de la práctica de la UE (*A/CN.4/3270*, p. 16) mientras que en la sesión del 23 de julio de ese año Kriangsak Kittichaisaree animó al Relator Especial a estudiar la práctica de las organizaciones regionales relevantes (*A/CN.4/SR.3277*, p. 7).

*evant aspects of treaty process»*<sup>89</sup> y apuntando aspectos para su consideración por la CDI, que se concretan en los siguientes:

«— *to what extent provisions involving institutional elements, like provisions establishing joint bodies, may be subject to provisional application or whether there are limitations in that respect;*

— *whether provisional application should also extend to provisions adopted by such joint bodies during provisional application;*

— *whether there are limitations with regard to the duration of the provisional application;*

— *how the provisional application provided for in Article 25 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT) relates to the other provisions of VCLT and other rules of international law, including responsibility for breach of international obligations»*<sup>90</sup>.

En su intervención más reciente, la representante de la Unión mencionó expresamente las previsiones de aplicación provisional de los Acuerdos de asociación con Ucrania, Georgia y Moldavia, que cubren no solo el ámbito del comercio sino también las disposiciones sobre el diálogo político e institucionales, afirmando:

«*The above examples demonstrate, on the one hand, that with respect to provisional application of treaties the Union acts in the same way as the other actors concerned. On the other hand, it shows that the European Union is an actor who is, in fact, actively contributing to shaping the practice in the field of provisional application of treaties»*<sup>91</sup>.

## 5. LA REDUCIDA PRÁCTICA EN MATERIA DE RESERVAS A LOS TRATADOS

Frente al amplio recurso a la aplicación provisional, en la práctica de la UE la técnica de las reservas es casi testimonial. Esta situación es comprensible si reparamos en que la mayoría de los tratados celebrados son bilaterales y que entre los multilaterales se encuentran muchos de ámbito restringido e impulsados por la propia Unión, por lo que esta ha podido diseñar a su gusto el régimen jurídico consagrado en el acuerdo ahorrándose la necesidad de

<sup>89</sup> «*Statement on behalf of the European Union by Eglantine Cujo, Legal Adviser, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 68th United Nations General Assembly Sixth Committee on Agenda item 81 on Provisional application of treaties (4 November 2013)*», disponible en <http://eu-un.europa.eu/eu-statement-%C2%96-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>90</sup> «*Statement on behalf of the European Union by Eglantine Cujo, Legal Adviser, Delegation of the European Union to the United Nations, at the 69th United Nations General Assembly Sixth Committee on Agenda item 78 on Provisional application of treaties (3 November 2014)*», disponible en <http://eu-un.europa.eu/eu-statement-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016). Estos aspectos ya habían sido apuntados por el representante de la Unión en la declaración que efectuó en 2013.

<sup>91</sup> El texto de la Declaración, que tuvo lugar el 9 de noviembre de 2015, puede verse en <http://news-kitchen.eu/2015/11/09/eu-statement-united-nations-6th-committee-provisional-application-of-treaties/> (última consulta: 13 de junio de 2016).

formular reservas. Además, la práctica demuestra que en general las organizaciones internacionales rara vez recurren a las reservas<sup>92</sup>.

Así las cosas, dejando a un lado los convenios multilaterales generales, encontrar cláusulas sobre reservas en ese conjunto de tratados es absolutamente excepcional: cabe citar el Acuerdo por el que se establece una Asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Centroamérica, por otro, de 2012, cuyo art. 361 dispone que «El presente Acuerdo no permite reservas unilaterales ni declaraciones interpretativas» y el Acuerdo comercial entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y Colombia y el Perú, por otro, también de 2012, que señala en su art. 335 que «Este Acuerdo no admite reservas en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

Tan difícil como hallar cláusulas es encontrar reservas formuladas por la UE. Ciñéndonos a las vigentes<sup>93</sup>, se puede señalar la reserva de la Comunidad Europea a la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, de 1992<sup>94</sup>; también, la reserva de la Comunidad Europea relativa al art. 9 del Protocolo sobre la energía del Convenio de los Alpes para preservar las competencias de la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>95</sup>; Comunidad con la que se relacionan asimismo las reservas formuladas a algunos tratados de los que es depositaria la Agencia Internacional para la

<sup>92</sup> Así lo afirma Delano R. Verwey añadiendo que «*The European Commission's stance on reservations is usually a neutral one*» (op. cit., nota 5, p. 129).

<sup>93</sup> En su día, la Comunidad formuló reservas respecto de las disposiciones de determinados Anexos del Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, de 1973, para tener en cuenta las exigencias de la unión aduanera (Decisión 75/199/CE, de 18 de marzo). Con posterioridad, la Decisión 94/167/CE, de 10 de marzo, modificó las reservas formuladas inicialmente, conforme a lo previsto en el propio Convenio, el cual ha sido enmendado por un Protocolo de 1999, en vigor desde 2007 (véase Decisión del Consejo, de 17 de marzo de 2003, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de Enmienda del Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convenio de Kioto), modificada por la Decisión del Consejo de 26 de abril de 2004).

<sup>94</sup> La formulada con ocasión de la aprobación de la Convención por parte de la Comunidad fue sustituida en 2007 por la siguiente: «*The Member States of the European Community, in their mutual relations, will apply the Convention in accordance with the Community's internal rules. The Community therefore reserves the right as concerns the threshold quantities mentioned in Annex I, Part I, Nos. 4, 5, and 6 to the Convention, to apply threshold quantities of 100 tonnes for bromine (very toxic substance), 5000 tonnes for methanol (toxic substance) and 2000 tonnes for oxygen (oxidising substance)*». La reserva va acompañada por una declaración en la que se enuncian los objetivos de la política comunitaria de medio ambiente y se enuncia el Derecho derivado sobre la materia. Ambos textos pueden verse en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-6&chapter=27&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-6&chapter=27&lang=en).

<sup>95</sup> Se trata de una reserva excluyente cuyo texto es el siguiente: «El artículo 9 del Protocolo sobre la energía se refiere a cuestiones de energía nuclear. Por lo que respecta a la Comunidad Europea, los requisitos a que se refiere el artículo 9 están previstos en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). La Decisión por la que se ratifica el Convenio de los Alpes no se basó en el Tratado Euratom, sino solo en el Tratado CE. La Decisión por la que se autoriza la firma del Protocolo debe tener la misma base jurídica. Por consiguiente, la Comunidad Europea no estará vinculada por el artículo 9 del Protocolo sobre la energía cuando dicho Protocolo entre en vigor para la Comunidad». La Comunidad Europea también formuló entonces tres declaraciones respecto al Protocolo sobre la protección de los suelos. La Comunidad Europea formuló igualmente dos declaraciones al Protocolo relativo a la aplicación del Convenio de los Alpes de 1991 en el ámbito de la agricultura de montaña.

Energía Atómica<sup>96</sup>. A las que cabe añadir la reserva al art. 27.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, cuyo tenor es el siguiente:

«La Comunidad Europea declara que, en virtud del Derecho comunitario (y en particular de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), los Estados miembros pueden, en su caso, formular sus propias reservas en relación con el artículo 27, apartado 1, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la medida en que el artículo 3, apartado 4, de dicha Directiva del Consejo confiere a los Estados miembros el derecho de excluir del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la no discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas. Por ello, la Comunidad declara que su adhesión a la Convención se entiende sin perjuicio del derecho antes mencionado que en virtud del Derecho comunitario se confiere a los Estados miembros».

La peculiaridad de su contenido requiere algún análisis. En efecto, la Decisión del Consejo por la que se aprueba la Convención en nombre de la Comunidad, la califica como «reserva»<sup>97</sup> y como tal figura en la base de datos de Naciones Unidas<sup>98</sup>. Sin embargo, su objetivo es declarar que los Estados miembros, en virtud del Derecho comunitario, pueden «formular sus propias reservas», de forma que lo que hace la Comunidad es declarar la facultad de los Estados para hacerlo, sin que ella esté excluyendo o modificando para sí misma los efectos de ninguna disposición de la Convención. En definitiva, la

<sup>96</sup> Se trata en primer lugar de las formuladas a la Convención sobre protección física de los materiales nucleares, de 1980 (pueden verse en [https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm\\_reserv.pdf](https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_reserv.pdf)); con ocasión de la enmienda en 2015 de la Convención, denominada desde entonces Convención sobre protección física del material nuclear e instalaciones nucleares, la citada Comunidad también formuló reservas (pueden verse en [https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm\\_amend\\_reserv.pdf](https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_amend_reserv.pdf)). Aunque aparecen bajo la denominación de declaración, hay que tener en cuenta que su formulación está prevista por la Convención y por tanto se trata de reservas de las previstas en la directriz 1.1.6 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la CDI en 2011 («Reservas formuladas en virtud de cláusulas que autorizan expresamente la exclusión o la modificación de ciertas disposiciones de un tratado»; véase el comentario a esta directriz en *Informe de la CDI, 63.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1*, pp. 54-64). Con las mismas características que las anteriores, se hallan las reservas formuladas a la Convención sobre seguridad nuclear, de 1994 (pueden verse en [https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/nuclearsafety\\_reserv.pdf](https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/nuclearsafety_reserv.pdf)) y las relativas a la Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos, de 1997 (pueden verse en [http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/jointconv\\_reserv.pdf](http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/jointconv_reserv.pdf)).

<sup>97</sup> Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así, en su preámbulo se afirma que «dicha aprobación deberá ir acompañada de una reserva que será presentada por la Comunidad Europea en relación con el artículo 27, apartado 1 de la Convención...» (Considerando 6 de la Decisión); el art. 1 de la Decisión dispone que «Queda aprobada, en nombre de la Comunidad, la Convención... sin perjuicio de una reserva en relación con su artículo 27, apartado 1»; finalmente, su texto se contiene en el Anexo III de la citada Decisión, bajo la rúbrica «Reserva de la Comunidad Europea sobre el artículo 27, apartado 1, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad».

<sup>98</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en).

declaración está simplemente anunciando posibles reservas formuladas por los Estados miembros; en la práctica, hasta el presente solo tres Estados de ellos la han formulado<sup>99</sup>.

La conclusión de esta Convención por parte de la Comunidad Europea generó interés por ser el primer tratado de derechos humanos por el que aquella se ha obligado y también por el activo papel jugado durante su celebración<sup>100</sup>; sin embargo, la autodenominada reserva parece haber pasado desapercibida para la doctrina<sup>101</sup> y tampoco se ofrece ninguna justificación en el acto jurídico preparatorio elaborado por la Comisión Europea<sup>102</sup>. En ausencia de otros elementos de valoración, lo pertinente es acudir a las pautas contenidas en la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la CDI en 2011<sup>103</sup>; en ella, la definición de reserva retiene el concepto consagrado en las Convenciones de Viena y por tanto señala que el objeto de la reserva es «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación... a esa organización»<sup>104</sup>, lo que no sucede en el caso que nos ocupa. Tampoco estamos ante una declaración interpretativa dado que el objeto de esta es «precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones»<sup>105</sup>, lo que no ocurre en nuestro supuesto. La conclusión es que nos encontramos ante una declaración unilateral distinta de las reservas y de las declaraciones interpretativas<sup>106</sup>.

Si la práctica de inclusión de cláusulas y de formulación de reservas es muy reducida<sup>107</sup>, en cambio cabe registrar una original fórmula de valora-

<sup>99</sup> Chipre, Grecia y la República Eslovaca (pueden verse en <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-15&chapter=4&lang=en>).

<sup>100</sup> Véanse DE BÚRCA, G., «The EU in the negotiation of the UN Disability Convention», disponible en <http://ssrn.com/abstract=1525611>; BIEL PORTERO, I., «El primer tratado de derechos humanos celebrado por la Unión Europea: la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad», *RGDE*, 2010, núm. 21, pp. 1-16; MARÍN AÍS, J. R., *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 55-84 y FERRI, D., «The Conclusion of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities by the EC/EU: A Constitutional Perspective», *European Yearbook of Disability Law*, vol. 2, 2010, pp. 47-71.

<sup>101</sup> Israel Biel Portero se limita a decir que «Con esta reserva el Consejo ha buscado evitar cualquier colisión entre la Convención y el Derecho comunitario» (*op. cit.*, nota 100, p. 12); los demás autores citados en la nota anterior guardan silencio.

<sup>102</sup> COM (2008) 530 final/2, de 2 de septiembre de 2008.

<sup>103</sup> *Informe de la CDI, 63.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1.*

<sup>104</sup> Directriz 1.1.

<sup>105</sup> Directriz 1.2.

<sup>106</sup> La directriz 1.5 excluye este tipo de declaraciones del ámbito de aplicación de la Guía.

<sup>107</sup> Más aún lo es la de formulación de objeciones a las reservas. La base de datos de la Comisión no ofrece este dato en la ficha de cada acuerdo internacional. Cabe citar la objeción de la Comunidad Europea de la Energía Atómica a una reserva de Pakistán al Convenio sobre protección física del material nuclear, de 1980, por considerarla incompatible con el objeto y el fin del tratado (la objeción puede verse en [https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm\\_reserv.pdf](https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cppnm_reserv.pdf); se formuló en 1991 y no se opone a la entrada en vigor del tratado en las relaciones mutuas). La misma objeción fue formulada por los Estados miembros y otros Estados, como puede comprobarse en el enlace indicado. La propuesta de la Comisión relativa a la objeción está en COM (2001) 583 final. Francisco Pascual Vives cita la objeción de la Comunidad Europea a las reservas de la URSS y Cuba a los Protocolos de 1978 y 1979 relativos a la cuarta y quinta Prórroga de la Convención sobre el comercio del trigo y de

ción conjunta de las reservas formuladas por terceros Estados. Sucede en relación con el régimen especial del Sistema de Preferencias Arancelarias Generalizadas (SPG+) de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza. El Reglamento (UE) núm. 978/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre<sup>108</sup>, establece en su art. 9.1 entre los criterios para ser país beneficiario de dicho régimen especial no solo la ratificación de veintisiete convenios sobre derechos humanos y laborales, medio ambiente y principios de gobernanza<sup>109</sup> sino otras exigencias relacionadas con el cumplimiento de estos convenios, entre otras que el país beneficiario:

«c) en relación con cualquiera de los convenios pertinentes, no ha formulado una reserva que esté prohibida por cualquiera de dichos convenios o que a los efectos del presente artículo se considera incompatible con el objetivo y finalidad del citado convenio.

A los efectos del presente artículo, las reservas no se considerarán incompatibles con el objetivo y finalidad de un convenio, a menos que:

i) un procedimiento establecido explícitamente a tal efecto en el marco del convenio así lo haya determinado, o

ii) a falta de tal procedimiento, la Unión, cuando sea parte del convenio, y/o una mayoría cualificada de Estados miembros partes del convenio, de conformidad con sus respectivas competencias conforme a lo establecido en los Tratados, haga objeciones a la reserva por razones de su incompatibilidad con el objetivo y la finalidad del convenio y se oponga a la entrada en vigor del convenio tanto entre ellos como en el Estado de la reserva, a tenor de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

Además, el art. 15 prevé la posibilidad de retirada temporal del régimen especial si el país beneficiario del SPG+ ha formulado una reserva que esté prohibida por cualquiera de los convenios pertinentes o que sea incompatible con el objetivo y finalidad del citado convenio tal como se establece en el art. 9, apartado 1, letra c). De esta manera, se lleva a cabo una novedosa superación de la bilateralidad clásica en la apreciación de las reservas y el control de las reservas se convierte en un instrumento al servicio de la promoción de los valores de la Unión.

## 6. LA UTILIDAD DE LOS ACUERDOS *INTER SE*: APROVECHANDO LAS POTENCIALIDADES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Otra institución que le está resultando eficaz a la UE es la de los llamados acuerdos *inter se*, regulados en el art. 41 del Convenio de Viena. En su día, la inclusión de esta disposición no planteó ninguna dificultad en la CDI, habida cuenta de la existencia de práctica en la materia, si bien la invocada al efecto

la Convención relativa a la ayuda alimenticia constituyentes del Acuerdo internacional sobre el trigo (*op. cit.*, nota 5, pp. 118-119).

<sup>108</sup> Reglamento (UE) núm. 978/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, por el que se aplica un sistema de preferencias arancelarias generalizadas y se deroga el Reglamento (CE) núm. 732/2008 del Consejo (DO L núm. 303, de 30 de octubre de 2012).

<sup>109</sup> Enumerados en el Anexo VIII del Reglamento.

se vinculaba a convenios multilaterales de cooperación, no a tratados relacionados con fenómenos de integración<sup>110</sup>. Con todo, nada impide su aplicación a estos supuestos. Al respecto, la intervención del representante de Uruguay, Eduardo Jiménez de Aréchaga, cuando se trató el tema en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados parece premonitoria, pues al apoyar la inserción del artículo señaló que:

*«Frequently a number of States bound by close historic and other ties would be able, in their inter se relations, to go further than the other parties in the direction of progress marked by the main treaty.*

*Inter se agreements... They also provided a necessary safety-valve for cases in which, for one reason or another, a useful step forward could not be immediately approved by a few of the original parties»<sup>111</sup>.*

Años más tarde, el Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional volvió sobre la práctica de los acuerdos *inter se*, apuntando que:

*«Esos acuerdos son una técnica empleada a menudo para lograr una aplicación más eficaz del tratado original entre un pequeño número de partes en él que estén dispuestas a adoptar medidas más eficaces y de mayor alcance para la consecución del objeto y el fin del tratado original»<sup>112</sup>.*

Pues bien, esta figura no es extraña en el proceso de integración europea. Siempre hemos convivido con aquella disposición que preveía la celebración de acuerdos sobre cuatro ámbitos de materias<sup>113</sup> y cuya numeración fue cambiando con las sucesivas reformas de los Tratados, la última fue el art. 293 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). De los tratados celebrados al amparo de esa disposición se decía que formaban parte del Derecho complementario y han sido muy importantes y útiles durante muchos años<sup>114</sup>. Algunas materias están reguladas ahora por actos de Derecho derivado y con

<sup>110</sup> Véase WALDOCK, H., «Tercer informe sobre el Derecho de los Tratados», *Anuario CDI*, 1964, vol. II, pp. 47-52.

<sup>111</sup> *UN Conference on the Law of the Treaties, First Session, Vienna, 26 March-24 May 1968, Official Records*, p. 206. Un estudio reciente del art. 41 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados puede verse en CORTEN, O. y KLEIN, P., (eds.), vol. II, *op. cit.*, nota 79.

<sup>112</sup> «Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio sobre la Fragmentación del Derecho Internacional», *Informe de la CDI, 58.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/61/10*, p. 460. El informe del Grupo de Estudio analizó con detalle las características de este tipo de acuerdos: véase KOSKENNIEMI, M., «Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional», A/CN.4/L.682, pp. 173-190, párrs. 295-323.

<sup>113</sup> La protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones reconocidas por cada Estado a sus propios nacionales; la supresión de la doble imposición; el reconocimiento recíproco de las sociedades, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes; la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

<sup>114</sup> Convenio de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas; Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Convenio de 23 de julio de 1990 sobre supresión de la doble imposición; Convenio de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia (este Convenio no llegó a entrar en vigor).

el Tratado de Lisboa ha desaparecido el artículo correspondiente, pero a los efectos que nos ocupan se trataba de un recurso a los convenios internacionales con características análogas aunque no idénticas a los acuerdos *inter se*, porque aquellos se celebraron entre todos los Estados miembros y su objeto no era por entonces competencia comunitaria<sup>115</sup>. En cambio, sí fue un acuerdo *inter se* en sentido propio el Acuerdo sobre Política Social concluido por once de los entonces doce Estados miembros y anexo al Tratado de Maastricht mediante el Protocolo 14, situación luego superada por el Tratado de Ámsterdam mediante su incorporación en el TCE.

Al margen de lo expresamente previsto en los Tratados, los principales supuestos de acuerdos *inter se* celebrados con anterioridad en la UE tuvieron lugar en relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia. Los primeros fueron el Acuerdo de Schengen, de 1985 y su Convenio de Aplicación, de 1990; como es sabido, el sistema Schengen está ya integrado desde el Tratado de Ámsterdam<sup>116</sup>. El segundo supuesto es el Tratado de Prüm, celebrado en 2005 por siete de los entonces veinticinco miembros de las Comunidades Europeas<sup>117</sup>. Se concibió como un régimen transitorio, pues su art. 1.4 dispone que tres años después de su entrada en vigor se pondría en marcha una iniciativa para trasladar sus disposiciones al marco jurídico de la Unión Europea; por otra parte, su art. 47.1 estipula que las disposiciones del Tratado solo serían aplicables en la medida en que fueran compatibles con el Derecho de la UE. Con posterioridad, una parte de su contenido se integró en una Decisión del antiguo Tercer Pilar<sup>118</sup>.

La introducción en los Tratados constitutivos del mecanismo de la cooperación reforzada dio lugar a un debate doctrinal sobre el carácter excluyente o no de este y por tanto de la exclusión o incluso prohibición implícita de los acuerdos *inter se* en la Unión Europea<sup>119</sup>. La doctrina comparte

---

<sup>115</sup> También cabe traer a colación los acuerdos entre los Estados miembros celebrados para realizar un objetivo comunitario en casos no previstos en los Tratados, como sucedió con el Convenio de 7 de septiembre de 1967 para la asistencia mutua entre las administraciones aduaneras, el Convenio de 15 de diciembre de 1975 relativo a la patente comunitaria en el Mercado Común y el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales; este último ha dado lugar al Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I) (DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008).

<sup>116</sup> Mediante un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al TCE. Por el art. 1 del Protocolo 19 anexo al Tratado de Lisboa sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea, los Estados miembros que participan en Schengen quedan autorizados a establecer entre sí una cooperación reforzada en los ámbitos referentes a las disposiciones definidas por el Consejo y que constituyen el acervo de Schengen.

<sup>117</sup> Su denominación oficial es Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho el 27 de mayo de 2005. Los Estados Partes iniciales fueron Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria, luego se incorporaron otros Estados.

<sup>118</sup> Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza.

<sup>119</sup> Una síntesis de ese debate se encuentra en MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., «¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm», *REDE*,

mayoritariamente la posición favorable a su legalidad. Al no existir una prohibición expresa en los Tratados, los Estados miembros pueden, como sujetos de Derecho internacional público que son, celebrar tratados entre ellos al amparo de las normas del Derecho de los tratados, siempre que el cumplimiento de sus obligaciones como Estados miembros de la UE no se vea afectado<sup>120</sup>; en el asunto *Pringle*, el TJUE ha confirmado esta interpretación<sup>121</sup>.

La crisis económica y financiera ha aportado nuevos y relevantes supuestos de acuerdos *inter se* en la práctica de los Estados miembros: el Tratado por el que se crea el MEDE y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (TECG), ambos de 2012, son acuerdos *inter se* a los que se ha acudido para evitar las dificultades que se plantearían en una reforma de los Tratados. A ellos hay que añadir el Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, de 2014<sup>122</sup>.

La celebración de estos acuerdos pone de relieve que los Estados implicados, ya sea por las dificultades que se derivarían del método comunitario, ya por conveniencias políticas, han preferido aprovechar las ventajas de flexibilidad que pone a su disposición el Derecho internacional. Como ha señalado Bruno de Witte,

*«The advantages of these instruments are readily apparent. They are based on the fact that EU member states are still sovereign states with the capacity to conclude international treaties. By concluding a separate agreement, its signatories can bypass veto positions for single countries that may exist under EU law. Another ad-*

---

2011, núm. 40, pp. 426-429. Esta autora considera que este tipo de acuerdos son plenamente aceptables y una alternativa posible a la cooperación reforzada, si bien el principio de cooperación leal otorga a las fórmulas intergubernamentales un carácter residual con respecto a la cooperación reforzada como mecanismos para profundizar en la integración, como consecuencia de lo cual los acuerdos *inter se* únicamente son admisibles cuando no cabe la cooperación reforzada, bien porque estemos en un ámbito de competencias estatales, bien porque no se haya autorizado aquella, bien porque el número de Estados interesados en avanzar en la integración se mantiene por debajo del umbral exigido para poder poner en marcha una cooperación reforzada (*op. cit.*, pp. 430 y 438-439).

<sup>120</sup> En la doctrina española, Araceli Mangas Martín se pronunció tempranamente a favor de integraciones diferenciadas al margen de las cooperaciones reforzadas («La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam», *Comunidad Europea Aranzadi*, octubre 1998, pp. 27-38); más recientemente, se ha preguntado «¿Pero qué norma impide a los Estados que desean avanzar hacerlo mediante acuerdos *ad hoc*?»: véase «Estudio Introductorio. Post-Lisboa y la larga crisis», en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, Madrid, 16.ª ed., Tecnos, 2012, p. 23 (reiterado en las ediciones posteriores).

<sup>121</sup> Al afirmar que «los Estados miembros son competentes para celebrar entre ellos un acuerdo por el que se establezca un mecanismo de estabilidad como el Tratado MEDE, siempre que los compromisos asumidos por los Estados miembros contratantes en el marco de tal acuerdo respeten el Derecho de la Unión» (Sentencia *Pringle*, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, apdo. 109).

<sup>122</sup> *BOE* núm. 302, de 18 de diciembre de 2015. Tiene interés apuntar que en el Preámbulo de este Acuerdo se afirma: «Las Partes Contratantes reconocen que las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al igual que el Derecho internacional consuetudinario, son de aplicación respecto de todo cambio fundamental de circunstancias que se produzca contra la voluntad de las Partes y que afecte a la base esencial del consentimiento de estas en quedar obligadas por las disposiciones del presente Acuerdo... Por consiguiente, las Partes Contratantes pueden invocar las consecuencias de cualquier cambio fundamental de circunstancias que se produzca contra su voluntad, en virtud del Derecho internacional público» (apdo. 10).

*vantage is in relation to the entry into force: if you draw up a separate international agreement, you can also adopt specific rules for its entry into force...»*<sup>123</sup>.

En definitiva, como apunta Marise Cremona,

*«It is quite interesting that member states in the end, when they are in a crisis and do not know what to do, fall back on what they know and what they know is the traditional kind of international agreement: they feel more comfortable with international agreements, they know how to do those things and... they did it remarkably quickly»*<sup>124</sup>.

Así pues, estamos ante una vuelta al Derecho internacional y con estos nuevos acuerdos se reconocen las potencialidades del Derecho de los tratados, el cual al mismo tiempo se enriquece pues la necesidad de atender a todas las exigencias jurídico-económico-políticas arroja como resultado unos textos convencionales plagados de peculiaridades que llevan a los expertos a preguntarse si son «monstruos legales»<sup>125</sup>, a decir que son piezas de «hechicería legal»<sup>126</sup>, a hablar de las «contorsiones jurídicas» que contienen<sup>127</sup> o a calificarlos como «tratados parásitos»<sup>128</sup>.

## 7. LA APOTEOSIS DE LAS CLÁUSULAS Y LOS RIESGOS CONSENTIDOS DE LA CLÁUSULA DE DESCONEXIÓN

Otro rasgo muy destacado de la práctica convencional de la UE consiste en la inserción de cláusulas a través de las cuales preserva su sistema ju-

<sup>123</sup> DE WITTE, B., «Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty», *EUI Working Papers LAW* 2012/09, p. 6. En este sentido, el Tratado MEDE vincula su entrada en vigor a la manifestación del consentimiento por un grupo de signatarios cuyas cuotas iniciales de suscripción representen globalmente como mínimo el 90 por 100 del total de suscripciones (art. 48 del Tratado), mientras que el TEGC requiere la ratificación por doce Estados miembros de la zona euro (art. 14.2 del Tratado); este último Tratado contempla además una aplicación asimétrica pues estando abierto a la ratificación de los veinticinco Estados que lo suscriben, sin embargo es de aplicación a aquellos cuya moneda es el euro, mientras que a los demás lo será desde la fecha en que adopten la moneda única, si bien en el momento de manifestar el consentimiento cada uno de estos Estados, o con posterioridad a ese momento, puede declarar su intención de quedar vinculado por la totalidad o una parte de las disposiciones de los Títulos III y IV (art. 14.5 del Tratado). Todo esto supone una novedad en la práctica convencional de la UE, pero no lo es en absoluto desde la perspectiva del Derecho de los tratados.

<sup>124</sup> Intervención en el debate *Another Legal Monster? An EUI Debate on the Fiscal Compact Treaty*, *cit.*, nota 123, p. 9.

<sup>125</sup> Repárese en el título del debate organizado en el Instituto Universitario Europeo sobre el TEGC, citado en las notas 123 y 124.

<sup>126</sup> DE SADELEER, N., «The New Architecture of the European Economic Governance: a Leviathan or a Flat-Footed Colossus?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, núm. 19, p. 369.

<sup>127</sup> LOUIS, J.-V., «Un traité vite fait, bien fait? Le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire», *RTD eur.*, 2012, núm. 48, p. 15.

<sup>128</sup> LINDE PANIAGUA, E., «La mutación de la Unión Europea y de su Derecho originario: la modificación del artículo 136 del TFUE, y otros Tratados (Tratados parásitos) suscritos por Estados de la Unión Europea, en particular el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea», *RDUE*, 2012, núm. 23, pp. 87-104. Este autor denomina a este conjunto de acuerdos como «Derecho euro-intergubernamental» (pp. 88 y 103). Por su parte, Albrecht Weber los califica como «tratados internacionales intracomunitarios»: véase «Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria», *REDC*, 2013, núm. 98, pp. 47 y 52.

rídico, desarrolla sus políticas y extiende sus valores. La base de datos de la Oficina de Tratados ofrece largos inventarios de cláusulas de nación más favorecida, elemento esencial, no afectación, evolutiva, derechos humanos, readmisión, suspensión, etc.<sup>129</sup>. Estas cláusulas no plantean problemas desde la perspectiva del Derecho de los tratados pues obedecen a la autonomía de la voluntad de las partes, siendo frecuente que en la práctica convencional general se recurra a este tipo de fórmulas, para lo cual los negociadores gozan de libertad. En este sentido, se ha dicho que:

«Para fomentar la participación... los negociadores han ideado y convenido estipulaciones escapatorias o de modulación del contenido del tratado. Cláusulas *facultativas*, de *exclusión*, de *excepción* y *restrictivas*, cláusulas que permiten la *opción* entre distintas disposiciones o su *modificación* en las relaciones entre solo algunos contratantes, aparecen solas o combinadas, al extremo de que en ocasiones resulta difícil delimitarlas»<sup>130</sup>.

Sin embargo, es controvertida la llamada cláusula de desconexión, que Marise Cremona describe de la manera siguiente:

«*Disconnection clauses within an international agreement are designed to protect the autonomy of the Community, and now the Union, legal order by providing that as between EU Member State parties to agreement, the relevant provisions of Union law shall apply rather than the provisions of the international agreement. Disconnection clauses may be used where the EU is itself party alongside the Member States (mixed agreements), where Member States are parties but the EU is not, and even where the EU alone is a party*»<sup>131</sup>.

Algunos autores apuntan que el primer tratado que incluyó una cláusula de estas características fue el Convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal, de 1988<sup>132</sup>; desde entonces, la práctica es significativa<sup>133</sup>. Desde el punto de vista de la Unión, sus ventajas son evidentes; como la Comisión Europea ha señalado en varias ocasiones, previene la fragmen-

<sup>129</sup> Pueden verse en <http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do>. A las que aparecen en esa base de datos hay que añadir la cláusula de no proliferación, adoptada por el Consejo en noviembre de 2003 en relación con la estrategia de la UE contra las armas de destrucción masiva, como elemento a incluir en los acuerdos con terceros Estados (véase Doc. 14997/03, de 19 de noviembre de 2003, donde se proporciona un modelo de cláusula). Sobre el tema, puede verse GRIP, L., «The European Union non-proliferation clause: a preliminary assessment», *SIPRI Background Paper*, November 2009, disponible en [www.sipri.org](http://www.sipri.org).

<sup>130</sup> REMIRO BROTONS, A. y otros, *op. cit.*, nota 26, p. 277.

<sup>131</sup> CREMONA, M., «Disconnection Clauses in EU Law and Practice», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *op. cit.*, nota 4, p. 160. Esta autora ofrece una útil descripción de las clases de cláusulas de desconexión (*ibid.*, pp. 162-170); también se proporciona una tipología en ECONOMIDES, C. P. y KOLLIPOULOS, A. G., «La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire: une pratique critiquable», *RGDIP*, t. 110, 2006, pp. 274-278.

<sup>132</sup> Así lo afirma SMRKOLJ, M., «The Use of the «Disconnection Clause» in International Treaties: What does it tell us about the EC/EU as an Actor in the Sphere of Public International Law?», 2008, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1133002>. Para Jan Klabbbers, «[it] is possibly the first treaty in which it is contained» (*Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 220) y parecida cautela se encuentra en Marise Cremona, quien cita ese convenio diciendo que es «One of the first (perhaps the first)» (*op. cit.*, nota 131, p. 168).

<sup>133</sup> La producción doctrinal sobre este tema es abundante; además de las contribuciones citadas en otras notas de este apartado, véase también BORRÁS, A., «Les clauses de déconnexion et le droit

tación del Derecho de la UE y la segmentación del mercado interior, salvaguardando la primacía de este ordenamiento<sup>134</sup>. Sin embargo, se ha señalado con razón que:

«Obviously, by pointing to the benefits for Community law of use of the disconnection clause, the Commission's reasoning fails to respond to concerns about its effects on the international legal order at large»<sup>135</sup>.

Pues bien, desde la perspectiva del Derecho internacional la valoración de la cláusula de desconexión es bien distinta. Al respecto, el estudio de Constantin P. Economides y Alexandros G. Kolliopoulos<sup>136</sup> es una referencia obligada; en él se denuncia que puede atentar contra el principio de igualdad entre las partes en un tratado internacional y que si esta práctica se generalizara el Derecho internacional resultaría lesionado<sup>137</sup>. El Informe del Grupo de Estudio de la CDI sobre la fragmentación del Derecho internacional elaborado por Martti Koskenniemi, haciéndose eco del mencionado estudio<sup>138</sup>, también ha alertado sobre esta cláusula, diciendo que «parece difícil clasificarlas con referencia a una u otra disposición de la Convención de Viena y el efecto de la proliferación de estas cláusulas en la coherencia del tratado original parece problemático»<sup>139</sup>, y añadiendo que «lo que puede parecer inquietante en esas cláusulas es que solo son aplicables a algunas partes en el tratado original y que el contenido del Derecho comunitario a que se refieren puede ser incierto y susceptible de modificación»<sup>140</sup>. Este Informe apunta no obstante que el efecto —y por tanto el riesgo— de la cláusula depende de su concreta redacción y además proporciona pautas para valorar en cada caso su conformidad con las normas internacionales<sup>141</sup>, partiendo de que

international privé communautaire», en VV.AA., *Festschrift für Eric Jayme*, vol. I, Munich, Sellier, 2004, pp. 57-72.

<sup>134</sup> SEC (2001) 315, de 19 de febrero de 2001. Martina Licková resume argumentos similares desarrollados por el servicio jurídico del Consejo («European Exceptionalism in International Law», *EJIL*, vol. 19, 2008, p. 486). En la doctrina, Marise Cremona señala entre sus ventajas que la cláusula de desconexión facilita la celebración de acuerdos mixtos, pone énfasis en la unidad de la UE y sus Estados miembros y hace visibles las obligaciones de los Estados miembros a nivel internacional (*op. cit.*, nota 131, pp. 185-186).

<sup>135</sup> KLABBERS, J., *op. cit.*, nota 132, p. 222.

<sup>136</sup> ECONOMIDES, C. P. y KOLLIPOULOS, A. G., *op. cit.*, nota 131.

<sup>137</sup> Por su expresividad, reproducimos algunas frases: «L'accord qui contient une clause de déconnexion acquière ainsi le caractère d'un traité quasi inégal» (*op. cit.*, nota 131, p. 288); «la clause de déconnexion... vide la règle pacta sunt servanda de son contenu ... elle heurte violemment le principe de la primauté du droit international sur le droit propre des Parties... La clause de déconnexion est donc en contradiction manifeste avec l'esprit de ces deux principes fondamentaux du droit international» (*Ibid.*, p. 292); «la clause... risque d'affaiblir le droit international en engendrant une fragmentation négative» (*Ibid.*, p. 300).

<sup>138</sup> Al que cita en cuatro ocasiones seguidas (*op. cit.*, nota 112, pp. 169-170, notas 388-391).

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 171, párr. 291.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 171, párr. 292.

<sup>141</sup> *Ibid.*, pp. 171-173, apdos. 293-294. Las Conclusiones del Grupo de Estudio concretan las exigencias para este tipo de cláusulas en que no afecten a derechos de terceros, sean lo más claras y específicas posible, se refieran a disposiciones específicas del tratados y no menoscaben su objeto y fin (párr. 30). Las Conclusiones se encuentran en *Anuario CDI*, 2006, vol. II, pp. 195-202, p. 200. Al elaborar la Guía de la práctica sobre las reservas a los tratados, de 2011, la CDI calificó la cláusula de desconexión entre las alternativas a las reservas; así, en el comentario a la directriz 1.7.1 se afirma que «La referencia a los acuerdos por los que dos o más Estados u organizaciones internacionales, en

(Véase nota 142 en página siguiente)

«la validez de una cláusula de desconexión dimana del consentimiento de las partes»<sup>142</sup>.

El tema ha sido objeto de debate en el seno del Consejo de Europa, donde las reticencias de varios Estados han forzado declaraciones explicativas y mejoras técnicas en la cláusula<sup>143</sup>. Además, en 2007 el Comité de Ministros invitó al Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) a examinar las consecuencias jurídicas de la cláusula de desconexión en el Derecho internacional en general y en los convenios del Consejo de Europa en particular; el informe se aprobó en 2008<sup>144</sup> y en él, compartiendo la necesidad de analizar caso por caso, se destaca «*the importance of ensuring, when it is necessary to include «disconnection clauses» in future conventions, that all the parties to the convention are able to identify the applicable EC/EU rules so as to allow each party to ascertain the extent of each of the respective parties' commitment*»<sup>145</sup> y se apunta la conveniencia de recurrir a la fórmula de la declaración de competencia por parte de la Unión<sup>146</sup>. De otro lado, aprovechando de que —como afirma— el término cláusula de desconexión «*it is not a term of art in international law*»<sup>147</sup>, el CAHDI invita a reconsiderarlo y recuerda algunas sugerencias<sup>148</sup>, tales como «cláusula UE»<sup>149</sup> o «cláusula

---

virtud de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en sus relaciones mutuas responde a las mismas preocupaciones. Por ejemplo, la Unión Europea y sus Estados miembros han insertado en los tratados multilaterales las denominadas «cláusulas de desconexión», mediante las cuales se proponen excluir la aplicación del tratado en sus relaciones mutuas, que se siguen rigiendo por el Derecho de la Unión» (*Informe de la CDI, 63.º periodo de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, A/66/10 Add. 1, p. 131*).

<sup>142</sup> «Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», *op. cit.*, nota 112, p. 173, párr. 294. Como apunta Jan Klabbbers, «*As long as other States agree to this (and this is usually the case) there is legally not much of a problem; politically, though, insisting on the inclusion of a disconnection clause smacks a bit of the exercise of raw power*» (*An Introduction to International Organizations Law*, Cambridge, 3.ª ed., Cambridge University Press, 2015, p. 283).

<sup>143</sup> Véanse las declaraciones hechas por la Comunidad Europea y sus Estados miembros en relación con el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (núm. 196), el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (núm. 197) y el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, detección, aprehensión y confiscación de los productos del crimen y a la financiación del terrorismo (núm. 198), todos de 2005; las declaraciones están recogidas en los correspondientes *Explanatory Report*, pp. 29-30, apdo. 272, p. 57, apdo. 375 y pp. 45-46, apdo. 306. Véanse también las opiniones de las delegaciones expresadas con ocasión de la 35.ª sesión del CAHDI en *Meeting Report*, CAHDI (2008) 15, pp. 2-4, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800549e4>.

<sup>144</sup> En la 36.ª sesión del CAHDI; su texto constituye el Apéndice IV del *Meeting Report*, CAHDI (2008) 25, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680054b0e>.

<sup>145</sup> *Meeting Report*, *op. cit.*, nota 144, apdo. 33. Sobre las vicisitudes de la cláusula de desconexión en el Consejo de Europa, véase DE SCHUTTER, O., «The Two Europes of Human Rights. The Emerging Division of Tasks between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe», *The Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, núm. 3, pp. 536-542.

<sup>146</sup> *Meeting Report*, *op. cit.*, nota 144, apdo. 37.

<sup>147</sup> *Ibid.*, apdo. 10.

<sup>148</sup> *Ibid.*, apdos. 42-44.

<sup>149</sup> Apuntada por Jean Claude Juncker en «A Sole Ambition for the European Continent: Report by Jean Claude Juncker, Prime Minister of the Grand Duchy of Luxembourg, to the attention of the

de transparencia»<sup>150</sup>, sin llegar a decantarse por ninguna. Esta propuesta no deja de ser un cambio cosmético inteligente pero secundario.

Con todo, es claro que la técnica de las cláusulas de desconexión se ha ido decantando de forma que se ha logrado limar los extremos más preocupantes. Esta apreciación nos podría infundir tranquilidad en lo que atañe al respeto al régimen del tratado en el que se insertan, si no fuera por lo sucedido recientemente en el caso *Charanne B.V. y Construction Investments SARL c. España*, relativo a los cambios en el régimen regulatorio de los sistemas de generación de electricidad basados en energía solar fotovoltaica. Para oponerse a la jurisdicción del tribunal arbitral administrado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), España, apoyándose en el razonamiento formulado por la Comisión Europea en su escrito *amicus curiae*, alegó la existencia de una cláusula de desconexión implícita para las relaciones intra-UE, cuyo objeto sería desvincular del Tratado sobre la Carta de la Energía, de 1994, a los Estados miembros, en sus relaciones entre ellos; dicha cláusula se derivaría de un paralelismo entre el art. 27 del citado Tratado y el art. 267 del TFUE así como de la existencia en la UE de una unión aduanera puesta en relación con el art. 7 del Tratado sobre la Carta de la Energía. En su Laudo Final de 21 de enero de 2016, el Tribunal arbitral desestimó estos argumentos y consideró que tal cláusula de desconexión implícita era innecesaria porque no había contradicción entre el TCE y el Derecho de la UE<sup>151</sup>.

Desde la esperanza de que esto no haya sido más que un extravagante argumento puntual, no parece necesario ocupar espacio para denunciar la quiebra total de la seguridad jurídica que supondría semejante cláusula implícita en manos de la siempre voraz Comisión Europea.

La cuestión de la cláusula de desconexión nos coloca en el umbral de aquellas manifestaciones de la práctica convencional de la UE que presentan aspectos más complejos. Nos referiremos aquí a una en concreto: las dificultades de calificación de algunos textos desde la perspectiva del Derecho de los tratados.

## 8. LAS DIFICULTADES DE CALIFICACIÓN

En efecto, la UE y sus Estados miembros adoptan con cierta frecuencia textos a los que denominan de forma diversa cuyo contenido permite que nos

---

Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe», de 11 abril 2006, p. 16. Sin embargo, el CAHDI considera que «*this term is already in use for various other types of clause, and does not reflect the fact that the “disconnection clause” may be in general terms and not specific to the EU*» (*Meeting Report, op. cit.*, nota 144, apdo. 43).

<sup>150</sup> Propuesta, entre otros autores, por Pieter Jan Kuijper en <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterials/UL/UL2010/Kuijper/KuijperReading4.pdf> (p. 6).

<sup>151</sup> *Charanne B.V. y Construction Investments SARL c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 26 de enero de 2016, párrs. 252 y 433-439).

formulemos algunas preguntas a la luz de la práctica reciente, la cual suministra interesantes supuestos para el estudio desde estas perspectivas.

### 8.1. ¿Hay tratados ocultos?

Con la expresión «tratado oculto» se quiere aludir a un texto que contiene obligaciones convencionales internacionales de carácter jurídico pero que no se presenta como tal tratado ni se le denomina así<sup>152</sup>. Señalaremos aquí algunos candidatos a figurar en esa nómina de dudosa reputación.

Varios de estos aspirantes forman parte de los múltiples y diversos instrumentos jurídicos articulados para hacer frente a la crisis económica y financiera. En esta línea, cabe valorar el Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF), de 2010 y su Enmienda de 2011, que presentan diversas peculiaridades: el Acuerdo se celebró entre los Estados de la zona euro y la FEEF, sociedad anónima constituida en Luxemburgo; el Acuerdo y las obligaciones no contractuales que se refieran o deriven del mismo se registrarán e interpretarán de conformidad con el Derecho inglés y las controversias entre los Estados se someterán al TJUE mientras que las que se planteen entre Estados y la FEEF se plantearán ante los tribunales de Luxemburgo; la Enmienda fue objeto de aplicación provisional. En los Estados miembros, unos lo tramitaron como tratado internacional y otros no<sup>153</sup> y la doctrina se ha mostrado dividida respecto a su calificación. Para Bruno de Witte no es un tratado<sup>154</sup> mientras que, entre nosotros, Antonio Pastor Palomar ha defendido lo contrario<sup>155</sup>. Los instrumentos internacionales de rescate a Grecia, Irlanda, Portugal y España también son controvertidos en cuanto a su naturaleza jurídica<sup>156</sup>.

<sup>152</sup> La afortunada expresión, tomada de Charles Lipson, es utilizada por GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada «no convencional» en el marco de las competencias «reservadas» a los tratados internacionales», en VV.AA., *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI. Obra Homenaje al Profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 75-101 (la cita de Charles Lipson, en p. 78, nota 4).

<sup>153</sup> El gobierno alemán defendió ante el Tribunal Constitucional Federal que no lo era, y así lo refleja la Sentencia de 7 de septiembre de 2011.

<sup>154</sup> DE WITTE, B., «Using international Law in the euro crisis. Causes and consequences», *ARENA Working Paper*, núm. 4, 2013, pp. 1-25. Se basa en que una de las partes es una sociedad privada y que se aplica el Derecho inglés.

<sup>155</sup> PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y ABAD CASTELOS, M. (dirs.), GUINEA LLORENTE, M. y TUÑÓN NAVARRO, J., (coords.), *Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: El papel de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 297-301. Entre otros argumentos, considera que cabe interpretar que los Estados han querido conceder a la FEEF capacidad para celebrar el tratado, que el Derecho inglés no es el único aplicable y que un buen número de disposiciones contienen decisiones soberanas de los Estados. Del mismo autor, puede verse «The interplay between EU Law and international Law to set up the Eurozone Rescue Mechanisms», en SCHMIDT, J., ESPLUGUES, C. y ARENAS, R. (eds.), *EU Law after the financial crisis*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 5-23.

<sup>156</sup> Véanse las reflexiones que sobre estos instrumentos desarrolla PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», *op. cit.*, nota 155, pp. 292-297 y 301-304.

Otros casos proceden de las medidas adoptadas para atajar la llamada crisis de los refugiados. Así sucede con la Resolución de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre la reubicación desde Grecia e Italia de 40.000 personas claramente necesitadas de protección internacional<sup>157</sup> y con las Conclusiones de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reasentamiento mediante programas multilaterales y nacionales de 20.000 personas claramente necesitadas de protección internacional, de 20 de julio de 2015<sup>158</sup>, textos ambos que pueden ser considerados como acuerdos en forma simplificada.

Por último, es probable que también merezca estar aquí la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2006 sobre la crisis migratoria<sup>159</sup>. Los términos utilizados, tanto en su título como en su contenido, huyen de la terminología convencional<sup>160</sup> pero se ha dicho que:

*«Both the text and context of the EU-Turkey Statement support the view that it is a treaty. The parties “decided” to end the irregular migration from Turkey to the EU, and, to that purpose, they “agreed” on a number of action points... All this indicates that the EU-Turkey Statement was meant to sort legal effects. This, in turn, indicates that both parties intended to bind themselves and that, therefore, it is a treaty...» ... «We are therefore of the view that the EU-Turkey Statement is a treaty with legal effects, despite its name and despite internal EU rules not having been observed»<sup>161</sup>.*

En el mismo orden de ideas, también se ha estimado que:

*«In spite of its elusive title, the Statement appears to be an international agreement»<sup>162</sup>... «With regard to its content, there is little doubt that the State-*

<sup>157</sup> Resolución 11097/15, de 20 de julio.

<sup>158</sup> Resolución 11130/15, ASIM 62 RELEX 633, Anexo (disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/en/pdf>).

<sup>159</sup> La UE ha proporcionado un resumen a través de un comunicado de prensa (*Press Release* 144/16, de 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>; última consulta: 14 de junio de 2016) pero su texto completo ha sido publicado —entre otros— por la Cámara de los Comunes (disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201516/cmselect/cmeuleg/342-xxix/34206.htm>; última consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>160</sup> Curiosamente, en las observaciones formuladas por el Presidente del Consejo Europeo después de la reunión, Donald Tusk usa el término «*agreement*» cinco veces [«*Statements and Remarks*», 151/16, de 18 de marzo de 2016, disponible en <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-tusk-remarks-after-euco-turkey/> (última consulta: 14 de junio de 2016)].

<sup>161</sup> DEN HEIJER, M. y SPIJKEHBOER, Th., «Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?», post publicado el 7 de abril de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> (última consulta: 14 de junio de 2016). En la misma dirección, Antonietta M. Gatti apunta «*that the leaders of EU States intended to ‘hide’ the binding nature of the statement*» («The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2)», post publicado el 18 de abril de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/> (última consulta: 14 de junio de 2016)). En cambio, Steve Peers adopta una perspectiva formal para sostener lo contrario: «*Since the agreement will take the form of a ‘statement’, in my view it will not as such be legally binding*» («The draft EU-Turkey deal on migration and refugees: is it legal?», post publicado el 16 de marzo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html> (última consulta: 14 de junio de 2016)).

<sup>162</sup> Editorial, «Disintegration Through Law?», *European Papers*, vol. 1, 2016, p. 3, disponible en: <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/disintegration-through-law> (última consulta: 14 de junio de 2016).

*ment is not a mere declaration of principles, but rather a full-fledged normative scheme, spelling out specific conduct for the parties»... «With regard to the intent, the phraseology used in the Statement clearly indicates that the parties intended its provisions to be binding in their reciprocal relations»<sup>163</sup>.*

Las dudas sobre la naturaleza jurídica de la Declaración han llegado también al Parlamento Europeo (PE), tanto por la vía de preguntas<sup>164</sup> como en los debates; en uno de ellos, el Presidente del Consejo señaló —como cabía esperar— que *«in our position it is not an agreement within the legal meaning of Article 218 of the Treaty»* y dijo que se trataba de un acuerdo político<sup>165</sup>.

## 8.2. ¿Hay acuerdos inventados?

Utilizamos esta expresión para plantear el caso de la Declaración dirigida a la República Bolivariana de Venezuela sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de la República Bolivariana de Venezuela en la zona económica exclusiva frente a la costa de la Guayana francesa, de 2011, que figura como anexo de una Decisión del Consejo<sup>166</sup>. Objeto de recursos de anulación presentados por el Parlamento Europeo y por la Comisión, la Abogado General Eleanor Sharpston se planteó en sus Conclusiones la cuestión de la calificación jurídica de dicha Declaración, inclinándose por considerarla como un acto unilateral, en el sentido que este concepto tiene en Derecho internacional público<sup>167</sup>. Sin embargo, en su Sentencia de 26 de noviembre de 2014<sup>168</sup>, apoyándose en una discutible interpretación del art. 62.2 de la Convención de las Naciones

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>164</sup> El tema ha sido objeto de una pregunta al Consejo con solicitud de respuesta oral, con el título «Carácter jurídico y vinculante del denominado «Acuerdo UE-Turquía»» (efectuado el 22 de marzo de 2016, núm. O-000053/2016, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bOQ%2bO-2016-000053%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fES&language=ES>; última consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>165</sup> Se planteó en la sesión de 28 de abril de 2016 a propósito del tema Aspectos jurídicos, control democrático y ejecución del Acuerdo entre la UE y Turquía; opinaron en sentido contrario de esta posición los europarlamentarios Sophie in 't Veld y Juan Fernando López Aguilar, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20160428+ITEM-002+DOC+XML+V0//ES>; última consulta: 14 de junio de 2016. El interés del PE se relacionaba tanto con el deseo de controlar su contenido, del que muchos de sus miembros discrepaba, como de defender las competencias de la institución en materia de celebración de tratados internacionales.

<sup>166</sup> Decisión 2012/19/UE, de 16 de diciembre de 2011, por la que se aprueba, en nombre de la Unión Europea, la Declaración sobre la concesión de posibilidades de pesca en aguas de la UE a los buques pesqueros que enarbolan el pabellón de la República Bolivariana de Venezuela en la ZEE frente a la costa de la Guayana francesa.

<sup>167</sup> Véanse los apdos. 83-98 de las Conclusiones. Como se ha señalado, *«The Opinion delivered by Advocate General Sharpston bears the hallmark of true inter-judicial dialogue. The Advocate General provided a rigorous analysis of the juridical character of both international agreements and unilateral acts in international law and critically examined both the relevant case-law of the ICJ and the work of the ILC before concluding that the Decision in question constituted in fact a unilateral juridical act»*: véase KASSORI, E., «Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue: The CJEU and the ICJ at the Interface», *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, 2015, núm. 2, p. 47.

<sup>168</sup> Sentencia Parlamento y Comisión /Consejo, C-103/12 y C-165/12, ECLI:EU:C:2014:2400.

Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>169</sup> el TJUE no dudó en considerarla como un tratado internacional, pese a que nunca se había negociado con Venezuela y a que la propia Declaración advierte de que el compromiso podrá ser retirado por la UE en cualquier momento, mediante otra declaración unilateral<sup>170</sup>.

Para Ricardo Gosalbo Bono, «la Declaración puede tipificarse como un instrumento unilateral que emana de la UE destinado a producir efectos jurídicos conforme al Derecho internacional... Se trata de un instrumento unilateral porque nada en el texto de la Declaración sugiere que la validez de tal compromiso dependa de la aceptación ulterior de Venezuela. La Declaración tampoco impone obligaciones a Venezuela sin su consentimiento... Es más, en la Declaración, la UE se reserva el derecho a retirar, en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la Declaración»<sup>171</sup>. Todos estos elementos llevan a considerar que no se trataba de un acuerdo internacional<sup>172</sup> y por tanto que el TJUE «inventó» su existencia. Seguramente, en la decisión del Tribunal pesó la inexistencia de base jurídica y por tanto de procedimiento para la realización de declaraciones unilaterales vinculantes por parte de la UE<sup>173</sup>, lo que le llevó a desplazar la Declaración controvertida al terreno conocido y más confortable de los acuerdos internacionales pero esto ha sido a costa de desnaturalizar el concepto de tratado e ignorar la institución del acto unilateral, lo que desde la perspectiva del Derecho internacional es un precio demasiado alto.

<sup>169</sup> Véase DE PIETRI, D., «La doctrina de los actos unilaterales pasa inadvertida ante el TJUE. Comentario a la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2014, asuntos acumulados C-103/2012 y C-165/2012, Parlamento Europeo y Comisión/Consejo», *La Ley*, marzo de 2015, núm. 24, pp. 22-32, pp. 27-28.

<sup>170</sup> El apartado 4 de la Declaración dispone que la UE «podrá retirar en cualquier momento, mediante una declaración unilateral, el compromiso específico expresado en la presente Declaración de conceder posibilidades de pesca».

<sup>171</sup> GOSALBO BONO, R., «Insuficiencias jurídicas e institucionales de la acción exterior de la Unión Europea», *RDCE*, 2015, núm. 50, p. 267.

<sup>172</sup> Así lo entiende DE PIETRI, D., *op. cit.*, nota 169, pp. 29-30. Ricardo Gosalbo Bono no lo afirma tajantemente, pero la misma conclusión parece desprenderse de sus valoraciones (*op. cit.*, nota 171, pp. 269-270). Para Gabriela A. Oanta, el TJUE «fuerza mucho al considerarlo un acuerdo internacional, perdiendo, de este modo, una excelente ocasión... para pronunciarse, por vez primera, sobre la capacidad de la UE para emitir actos unilaterales», estimando que «la situación a la que se enfrenta Venezuela podría considerarse bien como un acto unilateral adoptado por la UE» («Tres sentencias claves para la delimitación del contorno jurídico de las competencias convencionales de la Unión Europea en el ámbito pesquero», *RDCE*, 2016, núm. 53, pp. 217 y 218, respectivamente). Desde luego, la Declaración cumple con lo que Eva Kassoti denomina los principales indicadores de unilateralismo: ausencia de un contexto de Derecho de los tratados, ausencia de norma que requiera reciprocidad y ausencia de un contexto de negociaciones (*The Juridical Nature of Unilateral Acts of States in International Law*, Leiden/Boston, Brill, Nijhoff, 2015, pp. 98-104).

<sup>173</sup> En este sentido, Jed Odermatt señala que «*Had the Court determined the instrument to be a unilateral declaration, as the AG had recommended, it would have been faced with the complex task of determining which EU rules should apply to adoption of such instruments*» (*op. cit.*, nota 5, p. 127). La Abogado General proponía aplicar el art. 218 del TFUE por analogía, en concreto el apdo. 6.a inciso v) (véanse los apdos. 123 y 184 de las Conclusiones). Cécile Rapoport ha sugerido unificar los procedimientos de elaboración de los compromisos internacionales de la UE, incluyendo los relativos a las declaraciones unilaterales (*op. cit.*, nota 39, pp. 160-161).

### 8.3. La *non nata* Decisión sobre el *Brexit*: ¿un acuerdo político, un acuerdo para interpretar o también para enmendar?

Aunque no haya llegado a entrar en vigor y su vida haya sido corta, la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a un nuevo régimen para el Reino Unido en la UE, adoptada en el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016<sup>174</sup>, es un objeto de estudio insoslayable<sup>175</sup>. En su carta de noviembre de 2015, el Primer Ministro David Cameron dijo que el arreglo debía ser «jurídicamente vinculante»<sup>176</sup>; una vez adoptada la Decisión el gobierno británico afirmó que se había cumplido su exigencia<sup>177</sup>. Y, ciertamente, en las Conclusiones del mencionado Consejo Europeo se señala que «la Decisión es jurídicamente vinculante»<sup>178</sup>. Pero conviene analizar a la luz del Derecho de los tratados cuál es la naturaleza de este texto y el alcance de esa vinculación jurídica.

Araceli Mangas Martín lo ha calificado como acuerdo político, también como acuerdo no normativo, afirmando que «como tal Acuerdo político es vinculante para los Estados miembros, solo ellos podrían modificar o derogar su propio acuerdo no normativo. Este acuerdo no es muy distinto a un memorándum de entendimiento que obliga a las partes a cumplirlo de buena fe»<sup>179</sup> y añadiendo: «la vía elegida es el acuerdo político o no normativo de los miembros de la UE para eludir doblemente el procedimiento europeo de

<sup>174</sup> Anexo I a las Conclusiones del Consejo Europeo del 18 y 19 de febrero de 2016 (EUCO 1/16). Al día siguiente del referéndum británico, la Declaración conjunta de los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión Europea afirmó que «no entrará en vigor y dejará de existir» (Statement/16/2329, de 24 de junio de 2016).

<sup>175</sup> Esta Decisión resucita los debates sobre la naturaleza jurídica de la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el TUE, de 1992 y la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los veintisiete miembros de la UE, reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, de 2009. La Opinión del Servicio Jurídico del Consejo sobre el proyecto de Decisión la cita expresamente (Opinión de 8 de febrero de 2016, EUCO 15/16 JUR 64, apdo. 3. Disponible en [http://www.parliament.uk/documents/commons-committees/european-scrutiny/0413\\_001.pdf](http://www.parliament.uk/documents/commons-committees/european-scrutiny/0413_001.pdf)). Un resumen de las posiciones doctrinales mantenidas entonces puede verse en PALOMARES AMAT, M., «Las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos Estados surgidos de la separación de Estados miembros», *REAF*, 2013, núm. 17, pp. 146-183, pp. 170-174; también, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Las declaraciones en el derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los tratados y al derecho derivado*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 112 y 127-130. ALCOCEBA GALLEG0, A., *Fragmentación y diversidad en la construcción europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 136-139 y ALCOCEBA GALLEG0, A., «Irlanda y el Tratado de Lisboa: un nuevo compromiso de Edimburgo», *RGDE*, 2009, núm. 19.

<sup>176</sup> «I hope that this letter can provide a clear basis for reaching an agreement that would, of course, need to be legally-binding and irreversible - and where necessary have force in the Treaties» (Prime Minister letter to President of the European Council Donald Tusk, p. 5, disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/475679/Donald\\_Tusk\\_letter.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf)).

<sup>177</sup> Véase el informe *The best of both worlds: the United Kingdom's special status in a reformed European Union*, febrero 2016, pp. 33-34, apdo. 2.129 (disponible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/502291/54284\\_EU\\_Series\\_No1\\_Web\\_Accessible.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502291/54284_EU_Series_No1_Web_Accessible.pdf)).

<sup>178</sup> Conclusiones, I.3.iii) (EUCO 1/16, p. 2).

<sup>179</sup> MANGAS MARTÍN, A., «El futuro del Reino Unido: ¿salir de la UE o cambiar la UE?», Conferencia pronunciada el 30 de noviembre de 2015 en el ciclo organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, actualizada tras el Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, p. 2.

revisión de los Tratados y el procedimiento parlamentario nacional de autorización de acuerdos internacionales»<sup>180</sup>.

Otros se decantan a favor de considerarlo como un acuerdo internacional en forma simplificada. Es el caso de Alan Dashwood<sup>181</sup>, de Steven Peers<sup>182</sup> o José Martín y Pérez de Nanclares, para quien el elemento clave está en si resulta jurídicamente vinculante y ante la afirmación expresa en este sentido contenida en las Conclusiones del Consejo Europeo, entiende que «existe un elemento capital que impide de plano poder considerar a la Decisión como un acuerdo internacional no normativo, a saber, la expresa voluntad de los celebrantes del acuerdo de que resulte jurídicamente vinculante... Así pues, si la voluntad de los celebrantes es la de dotar al acuerdo de un efecto jurídicamente vinculante no cabrá en modo alguno calificar la Decisión como acuerdo internacional no normativo (o como un acuerdo político)» y concluye que se trata de un «acuerdo internacional celebrado de manera simplificada»<sup>183</sup>. Esta fue también la posición del Servicio Jurídico del Consejo en la Opinión emitida sobre el proyecto de Decisión<sup>184</sup>.

Sin embargo, aceptando esta calificación, la cuestión no está totalmente resuelta pues queda por determinar qué tipo de acuerdo internacional es: un tratado conforme al art. 2.a) de las Convenciones de Viena o un acuerdo entre las partes acerca de la interpretación del tratado, en el sentido del art. 31.3.a) de dichas Convenciones. La distinción no es baladí porque —como ha señalado Georg Nolte— «aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo [interpretativo] es un tratado»<sup>185</sup>; además, de los trabajos de la CDI sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados se desprenden algunas consideraciones que son relevantes para nuestro análisis. Así, como también advirtió el relator especial Nolte, «Un ‘acuerdo’ en virtud del art. 31.3.a) no necesariamente debe ser vinculante»<sup>186</sup> y «No es preciso

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 3. Esa calificación como acuerdo político es reiterada por MANGAS MARTÍN, A., en «Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión?», *RIE*, DT 3/2016, pp. 7 y 23; en «Referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la UE: Consecuencias», *España y el riesgo del Brexit*, Círculo Cívico de Opinión, Cuadernos 18, junio 2016, (disponible en <http://www.circulocivicodeopinion.es/download/pdf/cuadernos18.pdf>) habla de «acuerdo político» (p. 9) y de «Decisión política» (p. 18).

<sup>181</sup> DASHWOOD, A., «A ‘Legally Binding and Irreversible’ Agreement on the Reform of the EU», *Henderson Chambers*, 19 de febrero de 2016, pp. 2 y 4.

<sup>182</sup> Quien se refiere a «*its status as a treaty, it is binding under international law*»: véase S. PEERS, «The Final UK/EU renegotiation deal: legal status and legal effect», post publicado el 21 de febrero de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/the-final-ukeu-renegotiation-deal-legal.html> (última consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>183</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea ante el desafío del *Brexit*: de la Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno a la activación del procedimiento de retirada», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, junio-septiembre 2016, núm. 43 (pendiente de publicación). Carlo Curti Gialdino se inclina también por la calificación de acuerdo internacional en forma simplificada («*To be or not to be togheter...’ Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nell’UE: una prospettiva ragionevole per l’integrazione europea?*», *Federalismi.it*, 2016, núm. 3, p. 4).

<sup>184</sup> EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4.

<sup>185</sup> NOLTE, G., *op. cit.*, nota 16, párr. 68.

<sup>186</sup> NOLTE, G., «Segundo informe sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados», A/CN.4/671, párr. 56. En consonancia, el Proyecto de conclusión 10

que dicho acuerdo [interpretativo] se publique o registre con arreglo a lo dispuesto en el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>187</sup>. Incluso apunta que:

«De hecho, si las partes concluyen un acuerdo jurídicamente vinculante acerca de la interpretación de un tratado, se plantea entonces la cuestión de si se pretende que dicho acuerdo sea un medio de interpretación más entre otros tantos o si primaria sobre el tratado»<sup>188</sup>.

Algunos expertos se inclinan por afirmar que se trata de un acuerdo interpretativo. Según Pavlos P. Eleftheriadis, la Decisión «*is legally binding only in the weak sense that, as a matter of international law, it provides material that is relevant to the interpretation of existing treaties under Article 31 of the Vienna Convention*»<sup>189</sup>. Ahora bien, para concluir que estamos ante un mero acuerdo interpretativo habría que determinar si esa es su única finalidad. En esta vía, resulta que la Opinión del Servicio Jurídico del Consejo —que coincide en calificarla como acuerdo en forma simplificada<sup>190</sup>— señala que:

«*Decision of the Heads of State or Government in the present case is an instrument of international law by which the 28 Member States agree on a joint interpretation of certain provisions of the EU Treaties and on principles and arrangements for action in related circumstances*»<sup>191</sup>.

Con lo que viene a reconocer que la finalidad de la Decisión no es meramente interpretativa. Esta pluralidad de objetivos aflora de nuevo en otro apartado de la Opinión, al afirmar:

«*In the case of the present draft Decision, its content is drafted in such a way that many of its provisions use legal terminology commonly used in order to pro-*

---

aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en primera lectura establece en su párr. 1 que «Un acuerdo en el sentido del artículo 31, párrafo 3 a) y b), requiere un entendimiento común acerca de la interpretación de un tratado que las partes reconozcan y acepten. Aunque se tendrá en cuenta, dicho acuerdo no tiene que ser legalmente vinculante» (A/CN.4/L.874).

<sup>187</sup> *Ibid.*, párr. 54. Esta precisión es pertinente porque uno de los argumentos esgrimidos por el gobierno británico para justificar que la Decisión es un acuerdo jurídicamente vinculante es que ha sido registrada (por el propio gobierno) en Naciones Unidas (*op. cit.*, nota 177, apdo 2.129). El *Manual de Tratados* preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas advierte en su apartado 5.3.1 de que «El registro de un instrumento en la Secretaría no implica un juicio de la Secretaría sobre la índole del instrumento, el estatuto jurídico de una parte o cualquier cuestión análoga. Por tanto, la aceptación por la Secretaría de un instrumento para su registro no conferirá a ese instrumento la condición jurídica de tratado o acuerdo internacional si el instrumento no posea ya esa condición jurídica». (Edición revisada de 2013, p. 31, disponible en <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>).

<sup>188</sup> NOLTE, G., *op. cit.*, nota 186, párr. 57.

<sup>189</sup> «The Proposed New Legal Settlement of the UK with the EU», post publicado el 13 de febrero de 2016, disponible en <https://ukconstitutionallaw.org/> (última consulta: 14 de junio de 2016). También Stefani Weiss y Steven Blockmans consideran que la Decisión es un acuerdo interpretativo («The EU deal to avoid Brexit: Take it or leave», *CEPS Special Report*, núm. 131, febrero 2016, p. 11, disponible en <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/european-scrutiny-committee/uk-governments-renegotiation-of-eu-membership-parliamentary-sovereignty-and-scrutiny-follow-up/written/29456.html>).

<sup>190</sup> EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4.

<sup>191</sup> EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 4 (redonda añadida). Para reforzar la calificación como acuerdo interpretativo, la Opinión trae a colación el asunto *Rottmann*, en el que el TJUE tomó en consideración la Declaración de Edimburgo de 1992 como instrumento de interpretación de los Tratados (*ibid.*, p. 8).

*vide for legal obligations. The draft Decision contains provisions, which are of interpretative character, as well as provisions setting out principles and new arrangements. Where providing for legal obligations was considered not necessary or appropriate, notably in order to respect the institutional autonomy of EU institutions, a few provisions have a descriptive or programmatic character*<sup>192</sup>.

Algo parecido sucede con el Preámbulo de la Decisión, en el que los Jefes de Estado o de Gobierno se muestran:

«Con la intención de aclarar en la presente Decisión determinados temas de particular importancia para los EEMM de forma que dicha aclaración tenga que tomarse en consideración como un instrumento para la interpretación de los Tratados; con la intención *asimismo* de llegar a acuerdos en cuestiones como la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión, así como la gestión eficaz de la unión bancaria y de las consecuencias de la mayor integración de la zona del euro»<sup>193</sup>.

Por consiguiente, la Decisión *Brexit* desborda el art. 31.3.a) de las Convenciones de Viena y constituye un tratado internacional celebrado, eso sí, en forma simplificada, lo que explica que en la Opinión del Servicio Jurídico se invoquen tanto aquella disposición como el art. 11<sup>194</sup>.

Despejadas las incógnitas anteriores, queda la duda de si alguna de las previsiones recogidas en la Decisión añade o modifica algo en los Tratados constitutivos, lo que en caso afirmativo nos colocaría ante las figuras reguladas en los arts. 30 —tratados sucesivos concernientes a la misma materia— o el art. 39 —enmienda de los tratados— de las Convenciones de Viena pero con la dificultad añadida de que los Tratados constitutivos de la UE están sometidos a un mecanismo específico de revisión regulado en el art. 48 del TUE. En una primera aproximación, hay que tener presente que el relator especial Georg Nolte ha reconocido que «a menudo es muy difícil establecer una distinción entre acuerdos de las partes con arreglo a una disposición concreta de un tratado que atribuye fuerza vinculante a los acuerdos ulteriores, simples acuerdos ulteriores conforme al artículo 31.3.a) que no son vinculantes como tales y, finalmente, acuerdos sobre la modificación de un tratado de conformidad con el artículo 39. Parece que no hay ningún criterio formal, aparte de los que se puedan estipular en el propio tratado aplicable, que establezca claramente una distinción entre estas diferentes formas de acuerdos ulteriores»<sup>195</sup>. Para afrontar el problema, el relator especial ofrece una reflexión útil:

«Parece que el enfoque más razonable consiste en considerar que no puede establecerse la línea divisoria entre interpretación y modificación utilizando criterios abstractos, sino que debe inferirse, en primer lugar, del propio tratado,

<sup>192</sup> EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdo. 10.

<sup>193</sup> Cursiva añadida.

<sup>194</sup> EUCO 15/16, *cit.*, nota 175, apdos. 4 y 5. Lo cual no impide que —como indica J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES— junto a su «naturaleza de tratado» la Decisión tenga también una «función interpretativa» (*op. cit.*, nota 183).

<sup>195</sup> NOLTE, G., *op. cit.*, nota 186, párr. 163.

del carácter de la disposición convencional concreta en cuestión y del contexto jurídico en el que esté inmerso el tratado, así como de las circunstancias específicas del caso»<sup>196</sup>.

En nuestro caso, no se puede ocultar que desde la doctrina se han apuntado de forma convincente algunos extremos del contenido de la Decisión en los que parece que se desbordan las previsiones de los Tratados. A propósito de la Sección C, Soberanía, Araceli Mangas Martín entiende que «El Consejo Europeo... se equivoca y se adentra en una línea roja cuando afirma... que “Se reconoce que el Reino Unido, habida cuenta de su situación específica conforme a los Tratados, no se ha comprometido a una mayor integración política en el seno de la Unión Europea”. El art. 1 es aplicable a todos... y no puede exonerar ahora del compromiso»<sup>197</sup>. Por lo que atañe al papel de los Parlamentos Nacionales, también considera que la Decisión «roza la legalidad o contiene un error»<sup>198</sup> al ampliar a doce semanas el plazo para emitir un dictamen motivado en relación con el principio de subsidiariedad y considera que esta parte de la Decisión «introduce distorsiones jurídicas que pueden afectar al principio constitucional de equilibrio institucional»<sup>199</sup>. No obstante, también hay que tener en cuenta que las Conclusiones del Consejo Europeo afirman tajantemente que «el contenido de la Decisión es totalmente compatible con los Tratados»<sup>200</sup> y el Preámbulo de la Decisión proclama la voluntad de los Jefes de Estado o de Gobierno de «resolver, de conformidad con los Tratados, algunas cuestiones...».

Estas cautelas, fruto del buen hacer profesional de los juristas que prepararon el texto, facilitan acogerse a la tabla de salvación que proporciona el Proyecto de conclusión 7.3 de los que está elaborando la CDI sobre el tema de los acuerdos ulteriores al que venimos refiriéndonos. Se trata de una presunción que concreta las indicaciones del relator especial de la manera siguiente:

«Se presume que las partes en un tratado, mediante un acuerdo alcanzado ulteriormente o una práctica seguida en la aplicación del tratado, tienen la intención de interpretar el tratado, y no de enmendarlo o modificarlo»<sup>201</sup>.

De esta forma, la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional vienen en auxilio de la Unión, ayudando a solventar una espinosa cuestión.

<sup>196</sup> *Ibid.*, párr. 165.

<sup>197</sup> MANGAS MARTÍN, A., «Los dilemas del Reino Unido y de la UE: ¿salir o cambiar la Unión?», *op. cit.*, nota 180, p. 12.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 13. Añade que «es una modificación “salvaje” del Protocolo al margen del procedimiento de reforma» (*ibid.*).

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>200</sup> I.3.ii).

<sup>201</sup> A/CN.4/L.874, p. 3.

## 9. LAS REPERCUSIONES DE LA PRÁCTICA CONVENCIONAL DE LA UE SOBRE EL SISTEMA DE LOS ESTADOS MIEMBROS: UN BREVE APUNTE DESDE LA PERSPECTIVA DE ESPAÑA

Algunas de las manifestaciones de la versátil práctica desplegada por la UE incide en los Estados miembros provocando tensiones en su sistema interno de celebración de tratados. A ello contribuye la creciente tendencia a recurrir a acuerdos internacionales administrativos y a acuerdos internacionales no normativos que —al igual que en los Estados— se está desarrollando en la Unión<sup>202</sup>. Como consecuencia, en ocasiones se producen distorsiones, ya sea en el sentido de que un mismo texto puede ser tramitado como tratado en unos Estados y en otros no, ya sea en relación con el derecho interno en materia de tratados. Plantearemos aquí algunos casos relacionados con la práctica española.

La primera situación se ha producido en relación con algunos de los instrumentos creados para atajar la crisis económica y financiera. Ya hemos aludido más arriba al Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, de 2010. Pues bien, frente a lo que ocurrió en Alemania<sup>203</sup> en España se tramitó como un tratado internacional porque tanto el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) como el Consejo de Estado entendieron que implicaba obligaciones financieras para la Hacienda Pública y renuncia a inmunidades procesales del Estado<sup>204</sup>. Lo mismo sucedió con la Enmienda de 2011<sup>205</sup>. En relación con el rescate de Grecia, el Acuerdo entre Acreedores y el Acuerdo de Servicio de Préstamo, de 2010, fueron también tramitados como tratados<sup>206</sup>; en cambio, en lo que atañe al caso de España, tanto el Acuerdo de Facilidad de Asistencia Financiera y el Acuerdo de Transferencia y Asunción, hechos en Madrid y en Luxemburgo el 29 de noviembre de 2012 como el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el

---

<sup>202</sup> Sobre este tema puede verse PASTOR PALOMAR, A., «Efecto de los acuerdos internacionales en el derecho de la UE: práctica reciente y perspectiva de España», en BENEYTO, J.M. (coord.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Tomo IX: Acción Exterior de la UE: Parte General*, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, en edición, 2016 y GARCÍA ANDRADE, P. «The Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments», *European Papers*, vol. 1, 2016, núm. 1 (disponible en <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/distribution-powers-between-eu-institutions-conducting-external-affairs>; última consulta: 14 de junio de 2016). Es útil también el documento de la Comisión Europea «Vademecum on the External Action of the European Union», *op. cit.*, nota 23, pp. 52-55 así como el de la Secretaría General del Consejo denominado «Manual of Precedents for International Agreements and Related Acts», SN 1295/10 REV 6, 2015.

<sup>203</sup> Véase nota 153.

<sup>204</sup> Véase el Dictamen del Consejo de Estado 1143/2010, de 10 de junio. El Acuerdo Marco se publicó en el *BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011.

<sup>205</sup> Véase el Dictamen del Consejo de Estado 1464/2011, de 8 de septiembre. La Enmienda de 2011 se publicó en el *BOE* núm. 216, de 8 de septiembre de 2011.

<sup>206</sup> Véase el Dictamen del Consejo de Estado 990/2010, de 2 de junio. Los acuerdos se publicaron en el *BOE* núm. 117, de 13 de mayo de 2010.

24 de julio de 2012 se publicaron en el *BOE* pero no fueron calificados como tratados internacionales<sup>207</sup>. Según Antonio Pastor Palomar, «Ambos instrumentos... son susceptibles de ser cubiertos formal y materialmente» por el Acuerdo Marco de la FEEF<sup>208</sup> por lo que pueden considerarse como acuerdos internacionales administrativos<sup>209</sup>. Sin embargo, esta opinión no es compartida unánimemente. En particular, Antonio Fernández Tomás ha señalado tres razones en contra de tal calificación:

*«Firstly, because even if the treaty signed by the 16 countries of the euro zone and the EFSF in 2010 is a framework agreement, not all developing agreements of a framework agreement need to be administrative agreements. They may as well be new international treaties needing parliamentary authorization. Secondly, as it is pointed in the Constitutional Court Ruling STC 155/2005 (June 9th 2005), mutatis mutandis, “the financial dimension of the obligation assumed by the Spanish Treasury Authorities according to these New Agreements renders the ex ante parliamentary authorization unavoidable”. Thirdly, the International Legal Advisory itself, in the context of similar agreements established by the other 15 members of the EU for the bailout of Greece (Spain being of the creditors on that occasion), considered that agreement to be a treaty implying financial obligations for the Treasury Authorities (Article 94.1.d Spanish Constitution) and therefore subjecting it to ex ante parliamentary authorization»*<sup>210</sup>.

La cuestión de la naturaleza jurídica de los instrumentos de ayuda financiera a España estuvo presente durante la tramitación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales<sup>211</sup> e influyó en la posición de algunos grupos políticos<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> *BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012.

<sup>208</sup> PASTOR PALOMAR, A., «Tipos de acuerdos internacionales celebrados por España: al hilo del Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales de noviembre de 2013», *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 1, p. 335.

<sup>209</sup> Véase PASTOR PALOMAR, A., «El Derecho internacional en los mecanismos de rescate financiero en la zona euro», *op. cit.*, nota 155, pp. 301-304. Sin embargo, este autor deja margen para la duda cuando apunta que «el Acuerdo de Asistencia no se tramitó en España como un tratado internacional sino como un acuerdo internacional administrativo. No resultaba absolutamente imposible su caracterización como tal...» (*ibid.*, p. 304); de manera idéntica se expresa en *op. cit.*, nota 202. Para José Martín y Pérez de Naclares también son acuerdos internacionales administrativos (*op. cit.*, nota 75, p. 43, nota 119).

<sup>210</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «Parliamentary Control of «Other International Agreements» in the New Spanish Treaties and Other International Agreements Act (TOIAA)», *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, p. 82 (disponible en <http://www.sybil.es/archive/vol18/>).

<sup>211</sup> Ya cuando comenzó la tramitación, el portavoz del Grupo Socialista, Diego López Garrido, se refirió al «espectáculo humillante que hemos sufrido cuando un memorándum de entendimiento que establece enormes obligaciones para el Estado, como es el memorándum de entendimiento sobre el rescate bancario, que ha supuesto 40.000 millones de euros de deuda para el Estado, hasta que eso se pague por los bancos, haya sido debatido y aprobado por el Bundestag alemán y aquí en esta Cámara no nos hayamos enterado de nada» (Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2013, X Legislatura, núm. 165, Sesión plenaria núm. 156, de 12 de diciembre de 2013, p. 18). Más tarde, volvió a referirse al «memorándum de entendimiento, que sirve para acordar rescates bancarios multimillonarios, como el que se produjo y que todavía está vigente porque hay que devolver ese dinero por importe de más de 41.000 millones de euros por el Estado español, que hizo aumentar la deuda pública española, y que crea compromisos de devolución de ese dinero. Ese tratado —yo le llamo tratado porque es un verdadero tratado, aunque no se le llamó así, se le llamó memorándum de entendimiento, que es

(Véase nota 212 en página siguiente)

La segunda situación se ha planteado a propósito de los diversos protocolos adicionales celebrados por el Consejo en nombre de la Unión y de los Estados miembros con terceros Estados para tener en cuenta las nuevas adhesiones, a los que ya nos hemos referido. La práctica seguida por España consiste en limitarse a publicarlos en el *BOE* y esto es lo correcto habida cuenta de la previsión consagrada en las Actas de Adhesión desde 2004, que centraliza en el Consejo la celebración de este tipo de acuerdos. Sin embargo, en esta práctica constante se han producido algunas quebras curiosas. Una de ellas ha sido con ocasión del Protocolo adicional del Acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, para tener en cuenta la adhesión de Croacia a la Unión Europea, de 2014. Cambiando el criterio seguido hasta entonces, el MAEC puso en marcha su tramitación por considerar que era necesaria la autorización de las Cortes. En su Dictamen, el Consejo de Estado señaló:

«El Consejo de Estado ha afirmado de forma reiterada que la adhesión de un Estado a un tratado internacional trae consigo una ampliación del ámbito subjetivo de las obligaciones que las demás Partes habían asumido al suscribir originariamente el tratado. Por ello, si dichas obligaciones son de tal carácter que dan lugar a la aplicación del artículo 94.1 de la Constitución, en principio toda nueva adhesión ha de obtener la autorización prevista en dicho precepto constitucional.

La ampliación subjetiva de la eficacia de un Tratado que sustantivamente ha exigido la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión, como aquí ha acontecido respecto del Acuerdo ex artículo 94.1.a) y e) de la Constitución, requiere asimismo y en consonancia con la doctrina antes expuesta la autorización previa de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado y fundada en la misma calificación del Acuerdo objeto de extensión»<sup>213</sup>.

En consonancia, el Protocolo fue tramitado en las Cortes, las cuales lo autorizaron<sup>214</sup> y se publicó en el *BOE*<sup>215</sup>. Lo que sucedió después fue que la

---

una forma muy light de llamar a una cosa tan importante— no vino a esta Cámara, como todos los que estamos aquí sabemos, pero sí fue al Bundestag. En el Bundestag alemán se vio y se votó el acuerdo de rescate bancario a España, pero aquí, en España, no se vio ni se votó ni se debatió» (Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2014, X Legislatura, núm. 587, Asuntos Exteriores, Sesión núm. 28, de 11 de junio de 2014, p. 7). En el Senado, el portavoz del mismo partido, Francisco Javier Losada de Azpiazu, también criticó la ausencia de tramitación parlamentaria del Memorándum (véase DS, Senado, Pleno, núm. 129, Sesión núm. 61, de 29 de octubre de 2014, p. 12367).

<sup>212</sup> José Martín y Pérez de Nanclares reconoce que «creemos que algunas de las críticas y de las reticencias frente a los AIA podrían derivar de los controvertidos acuerdos que se celebraron en el verano de 2012 para regular la asistencia financiera a España» (*op. cit.*, nota 75, p. 43).

<sup>213</sup> Dictamen 801/2014, de 2 de octubre.

<sup>214</sup> Véanse: *BOCG*, Sección Cortes Generales, Serie A, núm. 357, de 22 de diciembre de 2014, pp. 1-190; *CG*, *DSCD*, Comisiones, 2015, X Legislatura, núm. 779, pp. 26-27; Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 272, p. 49; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 170-2, de 31 de marzo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 170-3, de 23 de abril de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 508, p. 25; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 531, de 29 de mayo de 2015, p. 11.

<sup>215</sup> *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015.

Secretaría General del Consejo de la Unión rechazó tramitar el instrumento enviado por España en el que se hacía constar que se habían cumplido los requisitos constitucionales.

Idéntica quiebra ha tenido lugar con motivo del Protocolo del Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, de 2014. También en este caso el MAEC solicitó Dictamen del Consejo de Estado, el cual se pronunció en idénticos términos que en el caso anterior<sup>216</sup>, fue autorizado por las Cortes<sup>217</sup> y finalmente se publicó en el *BOE*<sup>218</sup>.

Mientras que en los dos supuestos que acabamos de comentar se trataba de textos cuya condición de acuerdo internacional no se discutía, en cambio en el que vamos a plantear a continuación el debate se centró precisamente en esa cuestión. Se trata del Acuerdo de adquisición conjunta de contramedidas médicas, de 2014, celebrado entre la Comisión Europea y los Estados miembros, en el contexto de las medidas adoptadas para evitar las carencias de medicamentos —en particular vacunas pandémicas— observadas durante la crisis de la llamada gripe A. En este sentido, una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>219</sup> estableció que las instituciones de la Unión y todo Estado miembro que lo deseara podrían participar en un procedimiento de adquisición conjunta y que tal procedimiento iría precedido de un acuerdo de adquisición conjunta entre las partes que determinaría las disposiciones prácticas relativas a dicho procedimiento y el proceso de adopción de decisiones relativas a la elección del procedimiento, la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato<sup>220</sup>.

Frente a la posición de la Comisión, que entendía que el Acuerdo no era un tratado porque se celebraba en virtud del Derecho de la UE y abarcaba asuntos que forman parte del ámbito de aplicación de los tratados, el MAEC lo calificó como tratado por entender que contenía obligaciones jurídicas que inciden en materia de ley. El Consejo de Estado corroboró esta valoración, entendiendo que:

«confluyen en él normas que afectan a diversas materias reguladas por ley en el ordenamiento español, entre las que destacan la contratación pública, sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya dispo-

<sup>216</sup> Dictamen 1266/2014, de 12 de febrero de 2015.

<sup>217</sup> Véanse: Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2015, X Legislatura, Comisiones, núm. 800, p. 30; Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 281, p. 20; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-1, de 27 de marzo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-2, de 6 de mayo de 2015, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 188-3, de 20 de mayo de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 524, de 20 de mayo de 2015, p. 90; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 591, de 4 de septiembre de 2015, p. 11.

<sup>218</sup> *BOE* núm. 156, de 1 de julio de 2015.

<sup>219</sup> Decisión núm. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por la que se deroga la Decisión núm. 2129/98/CE (*DO L* núm. 293, de 5 de noviembre de 2013).

<sup>220</sup> Art. 5 de la Decisión.

sición adicional trigésimo cuarta se refiere a la 'adquisición de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud', y la salud pública (Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en la que se incluyen diversas normas aplicables a la prevención de enfermedades mediante vacunación). Asimismo, el Acuerdo incide en la regulación recogida en otras normas de rango legal, como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, o la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, recogiendo además previsiones concretas en materia de responsabilidad. Por todo ello, queda comprendido en el supuesto previsto en el artículo 94.1.e) de la Constitución, lo que obliga a recabar la autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su ratificación»<sup>221</sup>.

De nuevo aquí, el Acuerdo se tramitó en las Cortes<sup>222</sup> e incluso fue objeto de intervenciones parlamentarias<sup>223</sup> y se publicó en el *BOE*<sup>224</sup>; este proceder dio lugar a que la Comisión formulara alguna pregunta al respecto a las autoridades españolas, sin más consecuencias. Con anterioridad, dos acuerdos similares, relacionados con la subasta de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, también habían seguido el procedimiento interno en materia de celebración de tratados internacionales<sup>225</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la flexibilidad que caracteriza a la actividad convencional de la UE puede provocar tensiones en los sistemas estatales, que son más formalistas. En el caso de España, la calificación de los tratados conforme a una fórmula *ratione materiae* casa mal en ocasiones con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión y las soluciones adoptadas en algunos casos han oscilado entre una ductilidad excesiva y una rigidez exagerada. La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, aunque en lo que atañe a la actividad convencional de la UE y su incidencia sobre nuestro Estado se haya limitado a la cláusula genérica contenida en la Disposición adicional segunda, sin embargo ha introducido nuevas categorías de actividades concertadas que contribuirán a aliviar esas tensiones y facilitarán una mejor acomodación a las crecientes exigencias de la práctica de la Unión<sup>226</sup>.

<sup>221</sup> Dictamen 994/2014, de 16 de octubre.

<sup>222</sup> Cortes Generales, *DSCD*, Comisiones, 2014, X Legislatura, Comisiones, núm. 719, de 16 de diciembre de 2014, p. 30; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-1, de 21 de noviembre de 2014, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-2, de 26 de diciembre de 2014, p. 1; *BOCG*, Congreso, X Legislatura, Serie C, núm. 161-3, de 17 de febrero de 2015, p. 1; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 473, de 20 de febrero de 2015, p. 2; *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 486, de 10 de marzo de 2015, p. 57; y *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 489, de 13 de marzo de 2015, p. 12.

<sup>223</sup> Cortes Generales, *DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 2015, X Legislatura, núm. 258, de 12 de febrero de 2015, pp. 4-7.

<sup>224</sup> *BOE* núm. 148, de 22 de junio de 2015.

<sup>225</sup> Acuerdo de contratación pública común para la contratación de plataformas comunes de subastas, de 2001 (*BOE* núm. 99, de 25 de abril de 2013); Acuerdo de contratación pública común para la contratación de una entidad única supervisora de las subastas, de 2011 (*BOE* núm. 100, de 26 de abril de 2013). Véase el Dictamen del Consejo de Estado 209/2012, de 15 de marzo, relativo a ambos acuerdos y los comentarios de PASTOR PALOMAR, A., *op. cit.*, nota 202.

<sup>226</sup> Nos referimos, claro está, a las categorías de los acuerdos internacionales administrativos y de los acuerdos internacionales no normativos.

## 10. PARA TERMINAR: UNA AVENTURA ESTIMULANTE EN UN TERRENO DE CONFLUENCIA

En el ejercicio de su capacidad para celebrar tratados, la UE se sirve de las herramientas que ofrece el Derecho de los tratados y al mismo tiempo lo enriquece con imaginativas aportaciones. El análisis de la práctica desmiente la idea de que este derecho está mal equipado para satisfacer las necesidades de un sujeto de las características singulares de la Unión. Bien al contrario, el Derecho de los tratados se ha revelado como un instrumento útil y versátil no solo para alcanzar los objetivos de la acción exterior de la UE sino también para resolver situaciones delicadas que por razones jurídicas o políticas no se pueden afrontar mediante el Derecho de la Unión. Es cierto que en ocasiones las posibilidades se llevan al límite pero también lo es que no se trata de nada distinto a lo que hacen a veces los Estados.

En todo caso, el recorrido hasta aquí realizado confirma que —como ha advertido Antonio Remiro Brotóns— «el viaje a los acuerdos de, en y con la Unión, es una aventura muy particular»<sup>227</sup>. La expansiva y alambicada práctica convencional de la UE se revela como un mundo lleno de oportunidades pero también de quebraderos de cabeza para los especialistas. Este Estudio ha pretendido, sobre todo, mostrar un panorama en permanente evolución y por tanto científicamente estimulante que tiene el atractivo de desarrollarse en un terreno de confluencia entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional<sup>228</sup>.

### RESUMEN

#### LA UNIÓN EUROPEA Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS: UNA RELACIÓN COMPLEJA

El artículo analiza la práctica convencional de la UE desde la perspectiva del Derecho de los tratados, deteniéndose en los aspectos en los que se encuentran las manifestaciones más relevantes. Tras señalar las modulaciones que se producen en la capacidad para celebrar tratados por parte de los Estados miembros, se destacan cuestiones como el uso frecuente de la aplicación provisional frente a la reducida práctica en materia de reservas, el recurso a los acuerdos *inter se*, la variedad de cláusulas utilizadas y las dificultades para determinar la naturaleza de algunos textos; asimismo, se examinan las distorsiones que la práctica de la UE provoca a veces en la española. El estudio destaca que el Derecho de los tratados es un instrumento útil para la Unión y que esta lo enriquece con imaginativas aportaciones.

<sup>227</sup> REMIRO BROTONS, A., «Comentario general a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales», en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *op. cit.*, nota 17, p. 65.

<sup>228</sup> La retirada británica de la UE aumentará los alicientes pues hará entrar en juego al Derecho de los tratados en cuestiones tales como la posición futura del Reino Unido o la de los terceros Estados respecto de aquel en los acuerdos celebrados por la Unión, ya sean mixtos o *EU-only*. Al respecto, son sugerentes los precursores comentarios de ODERMATT, J., «Brexit and International Law», post publicado el 4 de julio de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/brexit-and-international-law/> (última consulta: 5 de julio de 2016) y los de ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Brexit: algunas reflexiones desde el Derecho internacional», en este mismo número, pp. 19-22.

**Palabras clave:** Derecho de los tratados, práctica convencional de la Unión Europea, capacidad para celebrar tratados, aplicación provisional, reservas, acuerdos *inter se*, cláusula de desconexión, tratados ocultos, actos unilaterales, práctica española.

### ABSTRACT

#### THE EUROPEAN UNION AND THE LAW OF TREATIES: A COMPLEX RELATIONSHIP

The article analyses the conventional practice of the EU from the perspective of the law of treaties, dealing with its most significant aspects. After indicating some particularities in the Member States' treaty making power, the article addresses several topics, such as the frequent use of the provisional application, the limited practice concerning reservations, the resort to *inter se* agreements, the variety of clauses used, and the difficulties to determine the nature of some agreements. Moreover, it examines some misrepresentations caused by the EU practice in the Spanish practice. The study highlights that the law of treaties is a useful tool for the Union and the EU has also enriched the law of treaties with imaginative contributions.

**Keywords:** Law of treaties, conventional practice of the European Union, treaty making power, provisional application, reservations, *inter se* agreements, disconnection clause, hidden treaties, unilateral acts, Spanish practice.

## CONTESTACIÓN NORMATIVA Y CONSEJO DE SEGURIDAD: LA AGENDA DE MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD O DE LA RESOLUCIÓN 1325 A LA RESOLUCIÓN 2242

Esther BARBÉ IZUEL

Catedrática de Relaciones Internacionales  
Universitat Autònoma de Barcelona\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RESOLUCIÓN 1325: GIRO NORMATIVO EN EL CONSEJO.—2.1. Emergencia de la norma.—2.2. Integración del género en el Consejo.—3. MARCO ANALÍTICO: DE CONTESTACIÓN NORMATIVA A CONTESTACIÓN DE PRÁCTICAS.—4. CONTESTACIÓN DE PRÁCTICAS POR PARTE DE SOBERANISTAS EMERGENTES.—4.1. Desarrollo normativo y tensión participación vs. protección.—4.2. Prevención de conflictos y expansión de las funciones del Consejo.—4.3. Estándares liberales de legitimidad en las organizaciones internacionales.—5. PRÁCTICAS DIPLOMÁTICAS Y DINÁMICA DEL CONSEJO: EL CASO DE ESPAÑA EN LA RESOLUCIÓN 2242.—5.1. Comunidad diplomática y examen de alto nivel.—5.2. Liderazgo español, sociedad civil y reforzamiento de las prácticas.—6. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

El 13 de octubre de 2015 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (NNUU) adoptó la Res. 2242, quince años después de la creación de la agenda Mujeres, Paz y Seguridad (MPS) puesta en marcha por la Res. 1325. La Res. 2242 merece nuestra atención por dos motivos: visibilidad y proximidad. En términos de visibilidad, hay que hablar de récords en el desempeño del Consejo. En el Debate Abierto que siguió a la adopción de la resolución, y duró nueve horas, hablaron 68 representantes de Estados así como representantes de las más destacadas organizaciones regionales en ámbitos po-

---

\* Esther Barbé Izuel es, además, Coordinadora del Programa de Investigación *Security, Power and Multilateralism in a Global World* en IBEI ([ebarbe@ibei.org](mailto:ebarbe@ibei.org)). El presente artículo se inscribe en el marco del proyecto *Grup de Recerca Consolidada Observatori de Política Exterior Europea*, financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR) de la Generalitat de Catalunya (2014 SGR-704). La autora desea agradecer la información recibida a través de las entrevistas que ha realizado para el presente texto en Madrid y en Nueva York, entre febrero y abril de 2016, con diplomáticos españoles, personal del secretariado de NNUU, de ONU Mujeres, de la representación de la UE, de *think tanks* y de organizaciones de la sociedad civil.

lítico y de seguridad (UE, OTAN, OSCE, Unión Africana, Organización de Estados Americanos y Liga de Estados Árabes) y de la sociedad civil (*NGO Working Group on Women, Peace and Security*). Además hay que señalar que la Res. 2242 fue co-patrocinada por 72 Estados. Las cifras hablan por sí solas. En términos de proximidad, hay que recordar que el debate y la adopción de la resolución se realizaron bajo presidencia española, simbólicamente desempeñada por el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy.

En términos analíticos, la adopción de la Res. 2242, al igual que el proceso MPS en su conjunto, constituye un desafío para el estudioso de las Relaciones Internacionales. En efecto, los cambios sufridos por el orden internacional en los últimos quince años —el periodo que va de la Res. 1325 a la Res. 2242— se traducen en una fuerte contestación del orden internacional liberal<sup>1</sup>, derivada de la redistribución del poder en el sistema internacional. En tanto que *locus* de autoridad internacional y como estructura normativa<sup>2</sup>, las instituciones multilaterales generan la dinámica por excelencia de la contestación normativa por parte de las potencias emergentes<sup>3</sup> y, de forma más amplia, por parte del denominado Sur Global. La contestación normativa, que ha sustituido a la difusión de las normas como eje de interés en la disciplina de las Relaciones Internacionales, se ha centrado, sobre todo, en los desafíos que sufren las normas liberales en su proceso de universalización<sup>4</sup>.

A la vista de lo anterior, el desafío analítico que plantea todo el proceso puesto en marcha por la Res. 1325, hasta la adopción de la Res. 2242, es que, a pesar de tratarse de un marco normativo propio del humanitarismo liberal no es contestado normativamente. Al contrario, la agenda MPS se ha venido ampliando y reforzando en sus supuestos normativos con ocho resoluciones consecutivas. Dadas las reglas institucionales (veto) y el carácter de miembros permanentes de Rusia y China, ¿cómo explicamos el desarrollo normativo de la agenda MPS?

Para contestar a esta pregunta, el artículo se ha estructurado en cinco apartados. En el primero se aborda la Res. 1325, desde la perspectiva de la emergencia de la norma, estableciendo su carácter de norma propia del humanitarismo liberal y, aún más, destacando su voluntad transformadora. El análisis se centra en la construcción de alianzas en el Consejo y en el proceso de legitimación mutua entre Consejo y ONGs. El siguiente apartado recoge el marco analítico que nos permite contestar a la pregunta que justifica este artículo, en términos de contestación no normativa, sino de prácticas. Para

<sup>1</sup> DUNNE, T. y FLOCKHART, T. (eds.), *Liberal World Orders*, Oxford, The British Academy, 2013; ACHARYA, A., *The end of American World Order*, Cambridge, Polity, 2014.

<sup>2</sup> ZÜRN, M. y STEPHEN, M., «The view of Old and New Powers on the Legitimacy of International Institutions», *Politics*, vol. 30, 2010, núm. 1, p. 93.

<sup>3</sup> Véase LESAGE, D. y VAN DE GRAAF, T. (eds.), *Rising Powers and Multilateral Institutions*, Basingstoke, Palgrave, 2015.

<sup>4</sup> WOLFF, J. y ZIMMERMAN, L., «Between Banyans and battle scenes: Liberal norms, contestation and the limits of critique», *Review of International Studies*, 2015, p. 2, <http://dx.doi.org/10.1017/S0260210515000534> (consultada 22 de febrero de 2016).

ello se hace uso de los trabajos teóricos y empíricos que en los últimos años han analizado la diplomacia en las instituciones multilaterales desde la teoría de las prácticas (*practice theory*).

Los apartados cuatro y cinco abordan el trabajo empírico, haciendo un seguimiento de la actividad normativa del Consejo y de los Debates Abiertos asociados al proceso MPS. El cuarto se centra en identificar cómo las prácticas asociadas a la agenda MPS han sufrido un proceso de contestación por parte de Estados calificados en este texto de soberanistas emergentes (China, Rusia, India o Pakistán, entre otros). El quinto está dedicado a la adopción de la Res. 2242 y al proceso previo de revisión de alto nivel emprendido por NNUU para evaluar los progresos realizados en la implementación de la Res. 1325. En este apartado, el análisis desde la aproximación de las prácticas nos permite constatar tanto los límites de la contestación por parte de los emergentes como las potencialidades de las prácticas diplomáticas implementadas por los miembros no permanentes del Consejo. Así, este artículo incide en el rol de España para la adopción de la Res. 2242.

Finalmente, el artículo concluye sobre el rol que tienen las prácticas en las instituciones multilaterales como factor de contestación y, así, de cambio del orden internacional.

## 2. LA RESOLUCIÓN 1325: GIRO NORMATIVO EN EL CONSEJO

La Res. 1325 supuso un giro normativo para el Consejo y, a partir de ella, la agenda MPS «ha aportado el impulso y los mecanismos para incluir el género como factor en la paz y la seguridad internacional»<sup>5</sup>. Esta es la argumentación más habitual en los análisis de la Res. 1325. Este artículo la asume, pero, al mismo tiempo, argumenta que la Res. 1325 forma parte de un proceso más amplio: la humanización del Consejo. Ambas ideas son básicas para entender el carácter complejo, normativamente hablando, de la resolución, así como las fortalezas y las debilidades del proceso posterior. En este apartado abordamos, por una parte, la emergencia de la resolución, prestando atención a los actores y a los mecanismos empleados y, por otra parte, tratamos sus innovaciones normativas (integración del género en el Consejo), centrando nuestra atención en el contexto extraordinario, de mutuo reforzamiento entre Consejo y sociedad civil.

### 2.1. Emergencia de la norma

Las ideas y las normas ocupan un lugar destacado en el estudio de las Relaciones Internacionales. Existe una amplia literatura sobre normas<sup>6</sup> y, en

<sup>5</sup> GUERRINA, R. y WRIGHT, K. A., «Gendering normative power Europe: lessons of the Women, Peace and Security Agenda», *International Affairs*, vol. 92, 2016, núm. 2, p. 293.

<sup>6</sup> Véase KATZENSTEIN, P. (ed.), *The Culture of National Security*, Nueva Cork, Columbia U.P., 1996.

especial, sobre la difusión de normas, donde destaca el trabajo de Finnemore y Sikkink en torno al ciclo de vida de las normas (emergencia, aceptación e internalización o estabilización)<sup>7</sup>. La definición de norma, como «un estándar de conducta adecuado para un actor, en razón de su identidad»<sup>8</sup>, nos sitúa en un ámbito social; la norma lo es por el hecho de ser compartida por los miembros de una sociedad. Nos remite a un comportamiento adecuado por referencia a un marco social. Lo que, en nuestro caso, nos remite al contexto social derivado de las experiencias de la década de los noventa, con atrocidades masivas (Bosnia, Rwanda), que afectaron de manera muy importante a las mujeres.

Una de las preocupaciones más destacadas de los analistas ha sido explicar el cambio de las normas y, de manera muy especial, su emergencia. Cuál es el origen de la norma, quién es responsable de poner en marcha el proceso de su creación, bajo qué condiciones surge y cómo evoluciona. El trabajo de Finnemore y Sikkink se ha convertido en una referencia básica para contestar a dichas preguntas<sup>9</sup>. Su pauta de análisis nos sirve para abordar la adopción de la Res. 1325. Así, la emergencia de una norma está determinada por el papel de los emprendedores (personas decididas que desean un comportamiento adecuado por parte de su comunidad en una dimensión concreta), que necesitan algún tipo de plataforma organizativa (coaliciones de Estados o redes de ONGs) y que, si tienen éxito, consiguen enmarcar el problema de manera diferente y construir una nueva denominación. La emergencia de una norma es, pues, un ejercicio de poder ya que todas las normas surgen en un espacio contestado, con ideas y normas preestablecidas.

En el caso de la Res. 1325, hay que destacar el rol de emprendedor normativo desempeñado por algunos miembros no permanentes del Consejo. Los Estados implicados, que abordaremos a continuación, trabajaron junto con ONGs y agencias de NNUU en favor de una resolución que hiciera referencia a las mujeres no solo como víctimas en situación de conflicto sino también como constructoras de paz en el post-conflicto. El proceso nació fuertemente legitimado ya que implicó a representantes de las llamadas primera, segunda y tercera NNUU<sup>10</sup>; es decir, una coalición de Estados en el Consejo; una potente maquinaria de NNUU relacionada con la promoción de los derechos de la mujer<sup>11</sup> y, finalmente, una red transnacional de ONGs.

<sup>7</sup> FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, vol. 52, 1998, núm. 4, pp. 887-917.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 891.

<sup>9</sup> Para la aplicación de la pauta de análisis en el caso de la Responsabilidad de Proteger, véase BARBÉ, E., «Instituciones, normas y conflictos: Los años devorados por las langostas», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. A. et al. (coords.), *El Arreglo pacífico de controversias internacionales (XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 777-800.

<sup>10</sup> JOLLY, R. EMMERIJ, L. y WEISS, T., *UN Ideas that changed the world*, Bloomington, Indiana University Press, 2009.

<sup>11</sup> En el año 2000 existía una importante red de agencias (OSAGI, UNIFEM, INSTRAW), cuya fusión dio lugar en 2010 a ONU Mujeres.

La Res. 1325 tiene su arranque en la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín (1995), que incorporó en su Plataforma de Acción el tema de «La mujer y los conflictos armados». Esta dimensión de la agenda venía a sumarse a las dimensiones de desarrollo, con una importante maquinaria en NNUU<sup>12</sup>, y de Derechos Humanos, con una base normativa consolidada (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981)<sup>13</sup>. En este marco se sitúa la emergencia de la Res. 1325, facilitada por la fortaleza del tema en NNUU y por la presión social (la Conferencia de Pekín atrajo 4.000 representantes de la sociedad civil).

En tanto que emprendedores normativos, tres miembros no permanentes del Consejo fueron fundamentales para liderar el *momentum* a lo largo del año 2000: Canadá, Namibia y Bangladesh. Canadá ejerció un rol fundamental para la redefinición de la seguridad internacional durante su bienio en el Consejo (1999-2000), marcando el proceso de «humanización» que abordaremos en el siguiente apartado. Ejerció claramente de líder ideacional, enmarcando la Res. 1325 dentro de la narrativa de la seguridad humana<sup>14</sup>. El representante de Bangladesh, en tanto que presidente del Consejo, emitió en marzo, con ocasión del Día Internacional de la Mujer, una declaración, que tuvo un efecto catalizador, en la que señaló que «la participación de la mujer en la prevención y resolución de conflictos es esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad»<sup>15</sup>. Finalmente, Namibia durante su presidencia en octubre, ejerció liderazgo político para la adopción de la resolución. Al liderazgo asumido por estos tres Estados mostraron de inmediato su apoyo otros miembros del Consejo (Jamaica, Países Bajos, Reino Unido)<sup>16</sup>. Lo que generó una coalición fuerte, con *like minded countries* (occidentales liberales) y países africanos (afectados por el problema), en favor de la adopción de una resolución en los términos propuestos por las organizaciones de la sociedad civil (mujeres como actores, no solo víctimas), que, al final, serán ampliamente recogidos en el texto adoptado. En dinámica intergubernamental, el proceso llevó a la creación de un Grupo de Amigos MPS, liderado por Canadá hasta nuestros días<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Véase RODRÍGUEZ MANZANO, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, paz y desarrollo*, Madrid, La Catarata, 2008.

<sup>13</sup> Véase DIEZ PERALTA, E., «La defensa de los derechos de las mujeres y la violencia de género en el Derecho Internacional», en MARRERO ROCHA, I. (dir.), *Conflictos armados, género y comunicación*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 147-176.

<sup>14</sup> GOLDBERG, E. y HUBERT, D., «The Security Council and the Protection of Civilians», en MAC RAE, R. y HUBERT, D., *Human Security and the New Diplomacy*, Montreal, Mc Gill Queens U.P., 2001, p. 223.

<sup>15</sup> Security Council. Press Release, *Peace inextricably linked with equality between women and men says Security Council, in International Women's Day Statement*, <http://www.un.org/press/en/2000/20000308.sc6816.doc.html> (consultada 5 de mayo de 2016).

<sup>16</sup> BARNES, K., «The evolution and implementation of UNSCR 1325: an overview», en OLONISAKIN, F., BARNES, K. y IKPE, E. (eds.), *Women, Peace and Security. Translating policy into practice*, Londres, Routledge, 2011, p. 19. Entre nosotros, una narración detallada del proceso en RODRÍGUEZ MANZANO, I., «¿Más que víctimas?: Una lectura teórico-discursiva de la Resolución 1325, relativa a las mujeres, la paz y la seguridad», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. A. *et al*, *op. cit.*, nota 9, pp. 1042-1053.

<sup>17</sup> Véase <http://www.international.gc.ca/rights-droits/women-femmes/ps.aspx?lang=eng> (consultada 12 de enero de 2016).

La sociedad civil, por su parte, se organizó en tanto que emprendedora normativa en torno a una plataforma, la red ONG Grupo de Trabajo Mujeres, Paz y Seguridad (NGOWG, sus siglas habituales en inglés) para presionar en favor de la celebración de un debate abierto y la adopción de una resolución que incluyera a las mujeres como actores y no solo como víctimas. Dicha red sigue activa, como referente para la interacción entre el Consejo y la sociedad civil, tiene como objetivo fundamental la plena implementación de la Res. 1325 y las siguientes adoptadas en el ámbito MPS<sup>18</sup>. El rol de la sociedad civil en el caso que nos ocupa es muy importante si «tenemos en cuenta que la Resolución 1325 es una de las pocas resoluciones del Consejo que cuenta con una *global constituency* de organizaciones de la sociedad civil en su apoyo»<sup>19</sup>.

La recién creada NGOWG, junto con el Fondo de Desarrollo de NNUU para las Mujeres (UNIFEM), fue fundamental para catalizar las dinámicas en marcha. En junio del año 2000 la celebración de la Sesión Especial de la Asamblea General dedicada a «Pekín más Cinco» fue una ventana de oportunidad para la tarea de promoción (*advocacy*) emprendida desde la sociedad civil, con el apoyo de la maquinaria de NNUU. Todo ello, finalmente gestionado por la presidencia namibia del Consejo, llevó a la adopción de la Res. 1325. Así, la Res. 1325 emergió en octubre de 2000 debido a que «la cooperación entre la presidencia namibia del Consejo de Seguridad, la División para el Desarrollo de la Mujer (DAW), UNIFEM y las ONGs fue posible y muy exitosa gracias a las sinergias que se habían desarrollado durante varias décadas»<sup>20</sup>.

## 2.2. Integración del género en el Consejo

La adopción por parte del Consejo de una resolución es un acto de poder clásico de las organizaciones internacionales, si tenemos en cuenta que las organizaciones ejercen poder en tanto que fijan significados y difunden normas. Como escriben Barnett y Finnemore, «tener la capacidad de definir una situación (fijar significados) es una importante fuente de poder»<sup>21</sup>. Pues bien, la Res. 1325 es un caso de reformulación de significados<sup>22</sup> en el contexto de desafío que sufre el pluralismo westfaliano, basado en la coexistencia entre Estados, por parte del solidarismo liberal<sup>23</sup>. En la década de los noventa, el orden mundial claramente fue más allá de la coexistencia entre Estados para

<sup>18</sup> Véase <http://www.womenpeacesecurity.org/about/> (consultada 20 de enero de 2016).

<sup>19</sup> BARNES, K., *op.cit.*, nota 16, p. 27.

<sup>20</sup> HILL, F., ABOITIZ, M. y POEHLMAN-DOUMBOUYA, S., «Nongovernmental Organizations' Role in the Buildup and Implementation of Security Council Resolution 1325», *Signs*, vol. 28, 2003, núm. 4, p. 1256.

<sup>21</sup> BARNETT, M. y FINNEMORE, M., «The Politics, Power and Pathologies of International Organizations», en KRATOCHWIL, F. y MANSFIELD, E. (eds.) *International Organization and Global Governance. A Reader*, Nueva York, Pearson, 2006, p. 184.

<sup>22</sup> SHEPHERD, L., «Power and Authority in the Production of United Nations Security Council Resolution 1325», *International Studies Quarterly*, vol. 52, 2008, núm. 2, pp. 383-404.

<sup>23</sup> HURRELL, A., *On Global Order. Power, Values and the Constitution of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

ahondar en la cooperación existente (gestión de problemas globales) y, aún más allá, adentrarse en la solidaridad, con la adopción de valores liberales universalizados (democracia, Derechos Humanos). La noción de solidarismo, vinculada a la posibilidad de una agenda ética universal que trasciende el Estado soberano y la existencia de una comunidad humana<sup>24</sup>, forma parte de las dinámicas del orden liberal hegemónico. Este contexto, en el que se inscribe la Res. 1325, impulsó la redefinición de pilares básicos del sistema internacional, como la seguridad y la soberanía.

La reformulación de la seguridad bajo la forma de seguridad humana, incorporada por Mahbub Ul Haq<sup>25</sup> en el *Informe de Desarrollo Humano del PNUD* (1994), supuso trasladar el referente de la seguridad del Estado (seguridad nacional) al individuo; lo que en una acepción amplia de la seguridad humana supone una vinculación entre seguridad, desarrollo y Derechos Humanos. La reformulación de la soberanía en términos de responsabilidad fue inicialmente desarrollada por Francis Deng a partir de su experiencia personal en el ámbito de la ayuda a las personas desplazadas<sup>26</sup>. La seguridad como seguridad humana y la soberanía como responsabilidad surgen en el marco de NNUU y constituyen los dos ejemplos más destacados del solidarismo liberal, que Ikenberry ha definido como «una forma de cooperación internacional que erosiona la soberanía del Estado»<sup>27</sup>.

La Res. 1325, formulada dentro de los parámetros de la seguridad humana, introduce una visión amplia de las responsabilidades del Consejo, vinculando la dimensión humanitaria de la protección de civiles (mujeres) al mantenimiento de la paz y la seguridad. De esta manera, la resolución se inscribe en el proceso de «humanización» del Consejo derivado de los fracasos del Derecho internacional humanitario durante la década los noventa. La protección de civiles, tradicionalmente considerada un tema de agenda social, se convirtió en un tema de seguridad. Como ha apuntado Ban Ki-Moon, la agenda humanitaria se ha integrado en la agenda de seguridad sin una clara diferenciación, como resultado del concepto incluyente de seguridad humana<sup>28</sup>. La adopción, en 1999, de la Res. 1265, que abordaba la Protección de Civiles como una cuestión temática, fue un punto de inflexión para el Consejo. Hasta ese momento, había abordado la dimensión humanitaria siempre en relación a casos concretos (Somalia, Camboya, Bosnia, Haití, Rwanda)<sup>29</sup> y a través de

<sup>24</sup> WILLIAMS, J., «Pluralism, Solidarism and the Emergence of World Society in English School Theory», *International Relations*, vol. 19, 2005, núm. 1, p. 21.

<sup>25</sup> HAQ, M. U., *Reflections on Human Development*, Oxford, Oxford U.P., 1995.

<sup>26</sup> COHEN, R. y DENG, F. M., *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington DC, Brookings Institution, 1998.

<sup>27</sup> IKENBERRY, J., «The three faces of liberal internationalism», en ALEXANDOFF, A. S. y COOPER, A. F. (eds.), *Rising States and Rising Institutions. Challenges for Global Governance*, Washington, Brookings Institution, 2010.

<sup>28</sup> KI-MOON, B., «Human Protection and the 21.<sup>st</sup> century United Nations», *Cyril Foster Lecture at Oxford University*, 2011, [http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/print\\_full.asp?statID=1064](http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/print_full.asp?statID=1064).

<sup>29</sup> Entre 1990 y 1994 el Consejo adoptó el doble de resoluciones que en los cuarenta y cinco años anteriores y amplió el concepto de mantenimiento de la paz y la seguridad incorporando motivaciones

los mandatos de las operaciones de paz que tenían entre sus objetivos crear un medio seguro para la ayuda humanitaria.

La Res. 1325 se sumó a la nueva dinámica de resoluciones temáticas (Protección de Civiles, Niños y Conflictos Armados), que no remiten a un conflicto en un país o en una región<sup>30</sup>. Ello implica que el Consejo ha de mantenerse permanentemente ocupado de temas transversales que afectan a su actividad<sup>31</sup> y que conforman su identidad, «demostrando su preocupación por el bienestar de civiles, incluyendo niños y refugiados, que pueden verse afectados por sus intervenciones»<sup>32</sup>. Ahora bien, como apunta Tryggestad<sup>33</sup>, una reformulación de estas características, en forma de resoluciones temáticas, hubiera sido difícil de imaginar solo unos años antes. Asimismo la adopción de la Res. 1325, cuyo logro fundamental es integrar el género en el mantenimiento de la paz y la seguridad tampoco era una evolución imaginable del Consejo. ¿Cómo se explica dicha evolución?

De entrada recordemos que una de las exigencias de las ONGs era la adopción de una resolución que integrara el doble marco normativo de las necesidades y de los derechos de las mujeres en situaciones de conflicto y de posconflicto. Así, la Res. 1325 se enmarca normativamente, por una parte, en el Derecho internacional humanitario<sup>34</sup> y de ahí su implementación centrada en luchar contra la violencia sexual en los conflictos. Por otra parte, la Res. 1325 se enmarca en los Derechos Humanos y en el marco específico de la igualdad de género. De ello se deriva una implementación centrada en la participación de las mujeres en las situaciones de conflicto y posconflicto (resolución, mediación, negociación, reconstrucción posconflicto).

Cómo se llega a la adopción de una resolución que era inimaginable unos años antes, como hemos visto más arriba, tiene mucho que ver con el contexto. Recordemos que el Consejo había tenido una actuación muy deficiente frente a las guerras degeneradas<sup>35</sup> de la década de los noventa, con con-

---

humanitarias. Véase WEISS, T. G., «The Sunset of Humanitarian Intervention? The Responsibility to Protect in a Unipolar Era», *Security Dialogue*, vol. 35, 2004, núm. 2, p. 136.

<sup>30</sup> En el periodo 1999-2001 se adoptan resoluciones temáticas sobre los tres ámbitos arriba mencionados, más sobre operaciones de mantenimiento de la paz y sobre HIV/SIDA. Previamente, entre 1974 y 1995, los únicos ámbitos para los que se habían adoptado resoluciones temáticas eran desarme, no proliferación y terrorismo. Véase BASU, S., «Gender as national interest at the UN Security Council», *International Affairs*, vol. 92, 2016, núm. 2, p. 261.

<sup>31</sup> El punto 18 de la Res. 1325 recoge que el Consejo «decide seguir ocupándose activamente de la cuestión». Véase S/RES/1325 (2000).

<sup>32</sup> OTTO, D., «The Security's Council Alliance of Gender Legitimacy: The Symbolic Capital of Resolution 1325», en CHARLESWORTH, H. y COICAUD, J. M., *Fault lines of International Legitimacy*, Cambridge, Cambridge U.P., 2010, p. 241.

<sup>33</sup> TRYGGESTAD, T. L., «Trick or Treat? The UN and Implementation of Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security», *Global Governance*, vol. 5, 2009, núm. 4, pp. 539-557.

<sup>34</sup> Sobre la articulación entre Derecho Internacional Humanitario y protección de las mujeres en conflicto, véase ABAD CASTELOS, M., «Las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en la construcción de la paz: ¿hay perspectivas esperanzadoras en el horizonte», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. A. *et al*, *op. cit.*, nota 9, pp. 29-60.

<sup>35</sup> SHAW, M., *War and Genocide*, Cambridge, Polity Press, 2003.

secuencias desastrosas en términos de desplazamiento de población (22,3 millones en 1999) y de violencia sexual contra las mujeres (20.000 mujeres violadas durante la guerra en Bosnia y entre 100.000 y 250.000 durante el genocidio en Rwanda). Pouliot ha señalado que los episodios de «fracaso político» de la década de los noventa, como el genocidio de Rwanda, pueden generar lecciones útiles de cara a una «reacomodación multilateral»<sup>36</sup>. Sin duda, las violaciones masivas en los conflictos de la década de los noventa generaron preocupación en torno a esta dimensión de la guerra. Además la determinación de la Corte Penal Internacional de perseguir la violación, el embarazo forzado y la esclavitud sexual, que en 1998 definió como crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, cambió la manera de entender la violencia sexual durante los conflictos. Asumir que la violencia sexual no era atribuible a conductas individuales sino un arma de guerra, es un factor que explica el comportamiento del Consejo. Sin embargo, esta explicación no es suficiente. Siguiendo este argumento, cabría esperar que el Consejo enmarcara su respuesta en el marco de la protección de civiles, pero la Res. 1325 va mucho más allá de dicho marco, al vincular paz con género; en otras palabras, incorporando el género de manera pro-activa al mantenimiento de la paz y la seguridad, en línea con la agenda transformadora del pensamiento feminista y antimilitarista subyacente en el Plan de Acción de Pekín<sup>37</sup>, que suponía empoderamiento de las mujeres a nivel local y desmilitarización<sup>38</sup>.

Basu apunta que los miembros (permanentes) del Consejo no hubieran adoptado la resolución si esta no les pareciera estratégicamente útil<sup>39</sup>. Siguiendo esta argumentación, Weiss ha escrito que «cuando lo humanitario y los intereses estratégicos coinciden se abre una ventana de oportunidad para aquellos que pretenden que el Consejo de Seguridad actúe llevado por el impulso humanitario»<sup>40</sup>. Todo ello nos lleva a preguntarnos por los intereses estratégicos del Consejo. Otto ofrece un argumento convincente al señalar que la Res. 1325 es el resultado de un juego de reforzamiento mutuo de legitimidad entre el Consejo y las organizaciones de mujeres<sup>41</sup>. Por un lado, la incorporación de su agenda en la Res. 1325 (incorporar el género a través de la participación) fue un éxito para la sociedad civil, que se vio fuertemente empoderada. Este punto es importante ya que entre las organizaciones hubo un fuerte debate en torno a la oportunidad de trasladar la agenda de Mujeres y Conflictos al ámbito del Consejo<sup>42</sup>. Por otro lado, las ONGs ofrecían legiti-

<sup>36</sup> POULIOT, V., «Multilateralism as an end in itself?», *International Studies Perspectives*, 2011, p. 23.

<sup>37</sup> Véase ENLOE, C., *Maneuvers: The international politics of militarizing women's lives*, Berkeley, Univ. of California Press, 2000.

<sup>38</sup> Ahora bien, la Res. 1325 no incorporó ideas recogidas en la Plataforma de Pekín como la igualdad de género formulada como tal, la violencia sexual como crimen o la reducción del gasto militar.

<sup>39</sup> BASU, S., *op. cit.*, nota 30, p. 267.

<sup>40</sup> WEISS, T., «The humanitarian impulse», en MALONE, D. (ed.), *The UN Security Council: from the Cold War to the 21.<sup>st</sup> century*, Boulder, Lynne Rienner, 2004, p. 37.

<sup>41</sup> OTTO, D., *op. cit.*, nota 32, p. 241.

<sup>42</sup> Entre las organizaciones de la sociedad civil existía una desconfianza estructural hacia el Consejo por razones de procedimiento (falta de transparencia) y de sustancia (militarización). Asimismo, el trabajar «fuera de las instituciones», sobre todo de las jerárquicamente dominantes, como el Consejo,

midad al Consejo en un momento en que trataba de recuperar su mermada imagen como responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad tras las atrocidades masivas de la década anterior.

La resolución fue adoptada por unanimidad. Lo que no obsta para identificar tres posiciones diferentes entre los miembros permanentes. El Reino Unido formó parte del grupo de los *like minded countries*, compartiendo plenamente las propuestas de la sociedad civil. Francia y Estados Unidos centraron su atención desde el primer momento en la protección, dado su interés por las agendas temáticas de Protección de Civiles y de Niños y Conflictos Armados. Finalmente, Rusia y China mostraron reticencias al considerar que «el Consejo duplicaba la capacidad institucional del mandato de la Asamblea General»<sup>43</sup>.

### 3. MARCO ANALÍTICO: DE CONTESTACIÓN NORMATIVA A CONTESTACIÓN DE PRÁCTICAS

Las reticencias de China y Rusia en el caso de la Res. 1325 hacían prever una futura contestación. Según Badie, la contestación es la forma de diplomacia que adoptan las potencias emergentes como reacción a su prolongada relegación en las instituciones multilaterales<sup>44</sup>. La contestación en las instituciones multilaterales se traduce en cambios que persiguen dos objetivos fundamentales: conseguir un espacio de poder mayor y/o modificar las normas existentes. En otras palabras, los emergentes persiguen la ampliación de la mesa para acoger a nuevos comensales y/o cambiar el menú de acuerdo a sus gustos (ideas).

Tras un largo periodo de estudio de difusión de las normas, actualmente los analistas centran su atención en la contestación de las normas<sup>45</sup>, sobre todo en los desafíos que sufren las normas liberales. Desde la teoría crítica se ve la contestación normativa como consustancial a las relaciones internacionales. Wiener ha cuestionado analíticamente el carácter estático de las normas<sup>46</sup>. Siguiendo a Wiener, entendemos la contestación normativa como una práctica interactiva que comporta desaprobación de las normas, expresada habitualmente a través del lenguaje<sup>47</sup>. Así, la contestación es un proceso discursivo que tiene un carácter, cada vez más, de erosión normativa, desde el momento en que no se dirige a discutir la aplicación de las normas, que

---

tenía un valor simbólico importante para un sector importante de las organizaciones de mujeres vinculadas al pacifismo. Véase MAGALLÓN PORTOLES, C., «De la reclamación de la paz a la participación en las negociaciones. El feminismo pacifista», en ESPINAR RUIZ, E. y NOS ALDAS, E. (coords.), *Género, conflicto y construcción de la paz. Reflexiones y propuestas*, Alicante, Universidad de Alicante, 2003.

<sup>43</sup> TRUE-FROST, C., «The Security Council and Norm Consumption», *Journal of International Law and Politics*, vol. 40, 2007, núm. 1, p. 122.

<sup>44</sup> BADIE, B., *Le temps des humiliés. Pathologie des relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2014.

<sup>45</sup> WOLFF, J. y ZIMMERMAN, L., *op. cit.*, nota 4.

<sup>46</sup> WIENER, A., *A theory of contestation*, Heidelberg, Springer, 2014.

<sup>47</sup> *Ibid.*

suele resultar en una mayor especificación de las condiciones bajo las cuales resultan relevantes, sino que se dirige, de manera específica, a contestar su validez<sup>48</sup>. En los últimos años se ha generado una agenda de investigación centrada en la observación de la erosión normativa, con un amplio desarrollo empírico en torno a temas como la tortura, los Derechos Humanos, el uso de mercenarios o la Responsabilidad de Proteger<sup>49</sup>.

A pesar de formar parte del conjunto de normas surgidas de la década solidarista liberal, la Res. 1325 se ha consolidado normativamente dentro de un contexto de cambio institucional propiciado por los desafíos de las potencias emergentes (y el Sur global). La literatura sobre cambio institucional en el ámbito internacional nos ofrece varios modelos de cambio ante las demandas de nuevos actores. Así Mahoney y Thelen han diseñado cuatro modelos que van desde la reforma exitosa hasta el hundimiento de la institución, pasando por opciones intermedias, como el llamado redespiegue (*redployment*), que ocurre cuando las normas internacionales no varían pero si las prácticas que sirven para interpretarlas e implementarlas<sup>50</sup>.

La referencia a las prácticas ha entrado en el análisis empírico en Relaciones Internacionales a través de los estudios sobre diplomacia de Neumann<sup>51</sup>. En los últimos años hay un número importante de trabajos dedicados a las organizaciones internacionales que centran su atención en las prácticas en tanto que unidad de análisis. Este artículo hace uso analítico de las prácticas porque como han escrito Pouliot y Cornut «la manera cómo las personas hacen las cosas es esencial para entender los macro-fenómenos como el orden, las instituciones y las normas, pero también los micro-procesos de los cálculos racionales y de la creación de significados»<sup>52</sup>. Este artículo no entra en el amplio debate, desde diversas aproximaciones teóricas, que ha generado la incorporación analítica de las prácticas en las Relaciones Internacionales. De manera pragmática, partimos de Adler y Pouliot para abordar las prácticas como pautas de actividad socialmente significativas y cuya reproducción crea significados y conocimiento<sup>53</sup>. Así, las prácticas permiten abordar tanto

<sup>48</sup> DEITELHOFF, N., y ZIMMERMANN, L., «Things we lost in the fire: How different types of contestation affect the validity of international norms», *Working Papers*, 18. HSFk, 2013, [http://www.hsfk.de/fileadmin/downloads/PRIF\\_WP\\_18.pdf](http://www.hsfk.de/fileadmin/downloads/PRIF_WP_18.pdf) (consultada 18 de enero de 2016).

<sup>49</sup> DUNNE, T., «The Rules of the Game are Changing': Fundamental Human Rights in Crisis After 9/11», *International Politics*, núm. 44, 2007, pp. 269-286; SIKKINK, K., «The United States and Torture: Does the Spiral Model Work?», en RISSE, T., ROPP, S. C. y SIKKINK, K. (eds.), *The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance*, Cambridge, Cambridge U. P., 2013, pp. 145-163; PERCY, S. V., «Mercenaries: Strong Norm, Weak Law», *International Organization*, vol. 61, 2007, núm. 2, pp. 367-397; WELSH, J. M., «Norm contestation and the responsibility to protect», *Global Responsibility to Protect*, vol. 5, 2013, núm. 4, pp. 365-396.

<sup>50</sup> MAHONEY, J. y KATHLEEN T. (eds.), *Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 17.

<sup>51</sup> NEUMANN, I. B., «Returning practice to the linguistic turn: The case of diplomacy», *Millennium*, vol. 31, 2002, núm. 3, pp. 627-651.

<sup>52</sup> POULIOT, V. y CORNUT, J., «Practice theory and the study of diplomacy: A research agenda», *Cooperation and Conflict*, vol. 50, 2015, núm. 3, p. 300.

<sup>53</sup> ADLER, E. y POULIOT, V., «International Practices», *International Theory*, vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 1-36.

los procesos de cambio como los de consolidación normativa dentro de una lógica de redistribución del poder entre los componentes de una sociedad; la sociedad de Estados, en nuestro caso, fundamental para la creación del orden internacional.

En términos de poder, el análisis de las prácticas nos remite al poder indirecto, el que no se aplica de manera directa sobre las estructuras sino aquel que afecta a las relaciones sociales. Barnett y Duvall lo subdividen en dos tipos de poder, el poder productivo y el poder institucional<sup>54</sup>. En el poder productivo tienen un papel destacado el discurso, los procesos sociales y los sistemas de conocimiento a través de los que se crean, se experimentan y se transforman los significados que pasan a crear lo normal. Por poder institucional se entiende la capacidad de un actor para conformar las instituciones de manera que afecten a otros actores, mediante la introducción de pautas de actuación. Como veremos, las prácticas entendidas como discurso y como pautas de actuación nos permiten explicar el desarrollo normativo de la agenda MPS en el Consejo a pesar del contexto desfavorable.

El discurso ocupa un lugar destacado en nuestro análisis. Neumann ha escrito que «los cambios en el discurso político amplio abren la posibilidad de nuevas prácticas»<sup>55</sup>. Es el caso evidente del discurso sobre seguridad humana que enmarca la Res. 1325. La narrativa de la seguridad humana, que supone trasladar el referente de la seguridad del Estado (seguridad nacional) al individuo, introdujo un nuevo paradigma a la hora de abordar los problemas de la agenda de seguridad. Así, la Res. 1325 se traduce a nivel de paradigma político (*policy paradigm*)<sup>56</sup> en aproximación global (*comprehensive approach*)<sup>57</sup>, que aúna seguridad, desarrollo y Derechos Humanos o, lo que es lo mismo, en prevención de conflictos. Así, la manera de definir la seguridad subyacente en la Res. 1325 va a tener consecuencias prácticas sobre la expansión de las funciones del Consejo. Como veremos en el próximo apartado, las siguientes resoluciones reforzarán dicha aproximación global desarrollando la dimensión de prevención de conflictos, tanto a nivel de discurso como de instrumentos de actuación.

Las pautas de actuación, que conforman las prácticas, nos remiten en el caso de la Res. 1325 a lo que Keohane ha definido como estándares liberales de legitimidad en las organizaciones multilaterales<sup>58</sup>, tales como inclusión o

<sup>54</sup> BARNETT, M. y DUVAL, R., «Power in International Politics», *International Organization*, vol. 59, enero de 2005, pp. 39-75.

<sup>55</sup> NEUMANN, I., *At home with the diplomats. Inside a European Foreign Ministry*, Cornell, Cornell U. P., 2012, p. 176.

<sup>56</sup> *Policy paradigm* hace referencia no solo a objetivos e instrumentos sino también a la naturaleza de los problemas a abordar. Véase HALL, P., «Policy Paradigms, Social Learning, and the State: The Case of Economic Policymaking in Britain», *Comparative Politics*, vol. 25, abril de 1993, pp. 275-296.

<sup>57</sup> BUZAN, B., WAEVER, O. y DE WILDE, J., *Security: A new framework for analysis*, Boulder, Lynne Rienner, 1998.

<sup>58</sup> KEOHANE, R., «The contingent legitimacy of multilateralism», en NEWMAN, E., THAKUR, R. y TIRMAN, J. (eds.) *Multilateralism under challenge. Power, International Order and Structural Change*, Tokyo, United Nations University Press, 2006, p. 509.

diversidad de representación, transparencia y rendición de cuentas. En otros términos, una manera de actuar definida habitualmente como modelo liberal de buen gobierno (*good governance*). Adler apunta que las prácticas adquieren significado dentro de las comunidades de prácticas, que define como «estructuras sociales intersubjetivas que constituyen el marco normativo y epistémico para la acción, pero que son, a la vez, personas, gente real que, trabajando en red, a través de las fronteras nacionales o de las divisiones en las organizaciones o en los marcos gubernamentales, inciden en los acontecimientos políticos, sociales y económicos»<sup>59</sup>. Lo que en el caso de la Res. 1325 nos remite a un colectivo que, como hemos visto, implica a los miembros permanentes del Consejo (jerárquicamente diferenciados de los demás), a los no permanentes, a la maquinaria institucional de NNUU fuera del propio Consejo y, finalmente, a la sociedad civil, que ha tenido un papel destacado en el desarrollo normativo de la agenda MPS.

En suma, las prácticas se desarrollan, difunden e institucionalizan a través de la repetición del discurso y de las pautas de actuación. La idoneidad de determinadas prácticas, y no de otras, es una muestra de la distribución del poder en una institución multilateral. De ahí que desafiar el *statu quo* en el caso de la Res. 1325, generada en un contexto de humanitarismo liberal, pase por revisar las prácticas establecidas para redefinirlas o formularlas de manera diferente. Los siguientes apartados están dedicados al análisis de la evolución normativa de la agenda MPS, a través de las prácticas desarrolladas en las ocho resoluciones que conforman el proceso, con la intención de abordar la contestación por parte de los soberanistas emergentes (apartado 4) y la difusión por parte de miembros no-permanentes del Consejo (apartado 5), centrándonos en el caso de la Res. 2242.

#### 4. CONTESTACIÓN DE PRÁCTICAS POR PARTE DE SOBERANISTAS EMERGENTES

La Res. 1325 es una «resolución productiva» en términos de consolidación normativa y de implementación<sup>60</sup>. Ha generado consenso normativo entre los miembros (permanentes) del Consejo de Seguridad si tenemos en cuenta que tras ella se han adoptado siete resoluciones más, siempre por unanimidad. Ahora bien, una aproximación a la misma desde las prácticas nos permite ver la confrontación entre la base liberal de la norma y la contestación soberanista. Para sustanciar este argumento, el apartado centra su atención en los Debates Abiertos del Consejo sobre MPS y, dentro de lo posible, en las negociaciones de los borradores de resolución. Del análisis de los mismos se desprende la contestación de las prácticas liberales vinculadas a la Res. 1325, por parte de Rusia, China y otros Estados que hemos calificado de sobera-

<sup>59</sup> ADLER, E., «Resilient liberal international practices», en DUNNE, T. y FLOCKHART, T., *op.cit.*, nota 1, p. 153.

<sup>60</sup> OTTO, D., *op.cit.*, nota 32, p. 240.

nistas emergentes, dado que dicha contestación supone, metafóricamente, el regreso de la idea de soberanía frente a la de humanidad. A efectos de análisis hemos clasificado la contestación de las prácticas en dos grandes grupos: el primero, relacionado con la expansión de funciones del Consejo y el segundo con los estándares liberales de legitimidad en las organizaciones internacionales. Antes de entrar en ello, un primer apartado nos aproxima al desarrollo normativo del proceso MPS que asienta las prácticas, hoy contestadas.

#### 4.1. Desarrollo normativo y tensión participación vs. protección

El consenso en torno a la Res. 1325, apuntado más arriba, se vincula al carácter vago de la norma, ya que «se puede entender y aplicar de maneras diversas»<sup>61</sup>. Según Robles Carrillo se trata de una resolución declarativa que genera una doble problemática<sup>62</sup>: por una parte, carencia de mecanismos garantistas, en el sentido de que reconoce derechos y establece principios y objetivos pero sin crear mecanismos de implementación, y, por otra parte, diferencia entre sus objetivos, protección y participación, con dos articulaciones normativas diferentes (Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos).

El posterior desarrollo normativo (siete resoluciones entre 2008 y 2015) y la práctica operativa del Consejo llevan a dos conclusiones ampliamente recogidas en la literatura. La primera conclusión, ya mencionada, es que la agenda MPS se ha implementado de manera decidida a nivel operativo o bien desde el propio Consejo, a través de los mandatos de las misiones de paz y de la adopción de sanciones<sup>63</sup> o bien a través de los programas de acción de organizaciones regionales (OTAN, Unión Africana, Liga de Estados Árabes) y de los planes nacionales de acción, puestos en marcha por 70 Estados<sup>64</sup>. La segunda conclusión nos dice que la Res. 1325 se ha desarrollado de manera desigual, priorizando la dimensión humanitaria, la de protección, por encima de la dimensión de derechos, la de participación. Solo tres de las ocho resoluciones adoptadas (1889, 2122 y 2242) tienen un fuerte componente de participación. Desde la academia se ha hablado de tensión entre participación y protección<sup>65</sup>, al mismo tiempo que de erosión del potencial transformador del proceso MPS vinculado al empoderamiento de las mujeres en la sociedad.

<sup>61</sup> JOACHIM, J. y SCHNEIKER, A., «Changing discourses, changing practices? Gender mainstreaming and security», *Comparative European Politics*, vol. 10, 2012, núm. 5, p. 528.

<sup>62</sup> ROBLES CARRILLO, M., «Mujer, paz y seguridad en la ONU», en ROBLES CARRILLO, M. (coords.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de géneros en operaciones*, Granada, Universidad de Granada, 2012, p. 162.

<sup>63</sup> Security Council Report, «Women, Peace and Security: Sexual Violence in Conflict and Sanctions», *Cross Cutting Reports*, abril de 2013, p. 2.

<sup>64</sup> Véase <http://www.peacewomen.org/member-states> (consultada 20 de mayo de 2016).

<sup>65</sup> KIRBY, P. y SHEPHERD, L. J., «The futures past of the Women, Peace and Security Agenda», *International Affairs*, vol. 92, 2016, núm. 2, pp. 380-381.

Visto desde la lógica tradicional del Consejo, el desequilibrio entre participación y protección a favor del último hay que entenderlo, paradójicamente, como un impulso para el desarrollo normativo del proceso MPS. El impulso y reorientación en el Consejo se explica, en buena medida, por el liderazgo asumido por Estados Unidos para la adopción de tres resoluciones centradas en la protección, 1820 (2008), 1888 (2009) y 1960 (2010), que se adoptaron a raíz de las atrocidades cometidas contra mujeres y niñas en la República Democrática del Congo<sup>66</sup>.

La Res. 1820 (2008) se centra en la lucha contra la violencia sexual<sup>67</sup>, poniendo especial énfasis en el enjuiciamiento de los responsables. Inició un proceso paralelo al de la Res. 1325, la convocatoria anual de un Debate Abierto en torno a la violencia sexual en conflicto, además de un proceso de seguimiento de la implementación a través de informes periódicos del Secretario General.

La Res. 1888 (2009) complementó la Res. 1820 en términos orgánico-institucionales, con la creación del representante especial del Secretario General para violencia sexual en conflicto y la decisión de considerar la violencia sexual en conflicto como criterio para la adopción de sanciones en el Consejo.

La Res. 1889 (2009) destaca por su dimensión operativa, con la demanda al Secretario General de elaborar indicadores para verificar la aplicación de la Res. 1325 por parte tanto de NNUU como de sus Estados miembros y de otras organizaciones internacionales.

La Res. 1960 (2010) se centra en nuevas medidas para hacer frente a la violencia sexual con la introducción de mecanismos de monitoreo, análisis e información, más la incorporación de asesores de género y asesores de protección de mujeres en las misiones sobre el terreno.

La Res. 2106 (2013) abordó el fin de la impunidad y la consecución de una justicia eficaz para los crímenes de violencia sexual en conflicto, además de tratar la rendición de cuentas en relación a la misma. Vinculó de manera directa la responsabilidad nacional a la hora de abordar la violencia sexual con el empoderamiento político y económico de las mujeres como mecanismo de prevención de conflicto a largo plazo.

La Res. 2122 (2013) retomó los aspectos de participación actualizándolos institucionalmente y destacando los temas de información en la organiza-

<sup>66</sup> La República Democrática del Congo ha recibido la triste distinción de ser la capital mundial de las violaciones. Según la campaña *Stop Rape in Conflict* más de 400.000 mujeres sufrieron violaciones en dicho país entre 2006 y 2007, [http://www.stoprapeinconflict.org/dr\\_congo](http://www.stoprapeinconflict.org/dr_congo) (consultada 22 de enero de 2014).

<sup>67</sup> La información sobre esta y las siguientes resoluciones, hasta 2012, procede de fuentes diversas. Información sistematizada en Civil Society Dialogue Network, *Women, Peace and Security in EU Common Security and Defence Policy Missions*, Bruselas, 21 de junio de 2011. En España, véase ROBLES CARRILLO, M., *op. cit.*, nota 62; ABRIL STOFFELS, R., «Las Resoluciones del Consejo de Seguridad sobre mujer, paz y seguridad: objetivos, logros y desafíos para las operaciones de paz», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. A. *et al.*, *op. cit.*, nota 9, pp. 61-100.

ción. Identificó a ONU Mujeres como la entidad básica a la hora de proveer asesoramiento e información. Solicitó al Secretario General la puesta en marcha de un examen de alto nivel sobre la implementación de la Res. 1325 de cara al Debate Abierto del año 2015<sup>68</sup>.

Finalmente, en octubre de 2015 se presentaron los resultados de dicho examen y se adoptó la Res. 2242, bajo presidencia española del Consejo. La misma será motivo de atención en el apartado 5.

#### 4.2. Prevención de conflictos y expansión de las funciones del Consejo

Desde la adopción de la Res. 1325 el Consejo se reúne anualmente en forma de Debate Abierto para «seguir ocupándose activamente de la cuestión» tal y como prescribe la resolución. Dichos Debates, calificados de *site of practice* en el sentido de que son el fórum para seguir el discurso sobre MPS en la comunidad política de NNUU<sup>69</sup>, reúnen a los miembros del Consejo más otros miembros de NNUU. Además, por invitación del presidente del Consejo, asisten representantes de agencias de NNUU, de organizaciones regionales y de ONGs, para expresar su opinión en torno a la implementación de la Res. 1325. Los Debates Abiertos pueden ser precedidos por encuentros confidenciales bajo la fórmula Arria<sup>70</sup>, en los que representantes de la sociedad civil y otros actores informan al Consejo. Desde la adopción de la Res. 1820, como se ha dicho, se organiza un Debate Abierto sobre violencia sexual en conflicto para discutir sobre la información recibida de la representante especial y las recomendaciones sugeridas por el informe del Secretario General. Dichos debates, a pesar de ser considerados por algunos como poco productivos<sup>71</sup> tienen cada vez más participantes. Se han convertido en un «buen barómetro» para conocer la aceptación de la resolución adoptada por el Consejo entre los Estados, en general, y en un «amplificador» de los compromisos asumidos por los mismos<sup>72</sup>. El análisis de las intervenciones en dichos debates, así como la información en torno a las negociaciones sobre el texto de las resoluciones constituyen el material empírico necesario para concluir sobre la contestación en torno a las prácticas desarrolladas en el marco de la agenda MPS.

Hay que recordar que las ocho resoluciones sobre MPS se han adoptado por unanimidad. Sin embargo, a diferencia de la Res. 1325, las siguientes han

<sup>68</sup> Sobre las dos resoluciones adoptadas en 2013, véase Security Council Report, «Women, Peace and Security: Sexual Violence in Conflict and Sanctions», *Cross Cutting Reports*, abril de 2014.

<sup>69</sup> COOK, S., «The “woman in conflict” at the UN Security Council: a subject of practice», *International Affairs*, vol. 92, 2016, núm. 2, pp. 359-360.

<sup>70</sup> Mecanismo informal del Consejo, existente desde 1992 y utilizado por primera vez por el representante de Venezuela Diego Arria, por el que un miembro del Consejo organiza un encuentro a puerta cerrada y fuera de la sala del Consejo para obtener información por parte de expertos.

<sup>71</sup> COOK, S., *op. cit.*, nota 69, p. 359.

<sup>72</sup> Entrevista con investigadora de *Security Council Report*, Nueva York, 22 de abril de 2016.

sido más complicadas. A partir de 2008 el escenario no ha variado por lo que responde a las ONGs, fuertemente organizadas y muy activas, pero si en lo relativo a las coaliciones de Estados en NNUU. La Res. 1325 fue el resultado de una combinación entre *like minded countries* liberales y Estados africanos. En los últimos años se puede hablar de una constelación de Estados (soberanistas emergentes) que han reaccionado contra prácticas consideradas intrusivas y contra la expansión de funciones del Consejo. Los analistas apuntan que hoy en día, miembros permanentes y no permanentes del Consejo, han mostrado deseos de dar un paso atrás<sup>73</sup>.

Ese paso atrás afecta a las prácticas que, como hemos visto en nuestro marco de análisis, se desarrollan, difunden e institucionalizan a través de la repetición del discurso y de las pautas de actividad. Empecemos por las prácticas derivadas del discurso. La Res. 1325 es un paradigma si entendemos el discurso como poder. Así, la seguridad humana comporta aproximación global y, en consecuencia, expansión de las funciones del Consejo<sup>74</sup>, que tanto China como Rusia ven con recelo.

La serie de resoluciones sobre MPS ha reforzado la aproximación global desarrollando prácticas que facilitan la dimensión de prevención de conflictos. Es el caso de la creación de la figura de representante especial del Secretario General para la violencia sexual en conflicto, con un mandato amplio, o la elaboración por parte del Secretario General de informes con orientaciones para el Consejo. En los últimos años estas prácticas son cada vez más contestadas. Así, China, Rusia u otros países destacados han mostrado reservas en relación con prácticas que comprometen al Consejo con una agenda cada vez más amplia que comporta la aceptación de una visión preventiva de la seguridad. Los analistas que siguen el funcionamiento del Consejo apuntaban en un Informe de 2013 que «estamos frente a una dinámica de argumentación por parte de China, Pakistán o Rusia que favorece una interpretación más restringida del tema MPS de cara al propio trabajo del Consejo»<sup>75</sup>. Se puede ilustrar con dos casos: el mandato de la representante especial y el lenguaje usado en las resoluciones.

Primero, la existencia de propuestas para limitar el mandato de la representante especial. Dado que su trabajo implica llamar la atención del Consejo sobre conflictos potenciales en una lógica de prevención, por definición comporta ampliar la agenda del Consejo «desde fuera». Así, en 2013, durante las negociaciones para la Res. 2106, bajo presidencia británica, «se produjo una controversia con fuertes reacciones por parte de algunos miembros contra [...] el mandato de la representante especial sobre violencia sexual»<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Security Council Report, abril de 2013, *op. cit.*, p. 2.

<sup>74</sup> TORRECUADRADO GARCÍA-LOZANO, S., «La expansión de las funciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: problemas y posibles soluciones», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXII, 2012, pp. 365-406.

<sup>75</sup> Security Council Report, «What's in Blue», 17 de octubre de 2013, <http://www.whatsinblue.org/> (consultada 15 de junio de 2014).

<sup>76</sup> *Ibid.*

Segundo, cada vez es más conflictivo el uso del lenguaje a la hora de redactar las resoluciones sobre MPS. Por ejemplo, durante la negociación de la Res. 2122 (2013) se contestó el concepto genérico de conflicto utilizado hasta ese momento. Algunos países plantearon la necesidad de un término más concreto tal como situaciones calificadas por el Consejo de constitutivas de amenaza para la paz y la seguridad. Finalmente, se llegó a un acuerdo en torno a «conflictos armados y situaciones post-conflicto»<sup>77</sup>.

No son los únicos, pero estos dos ejemplos ilustran como algunos Estados intentan reconceptualizar la agenda MPS en los términos más tradicionales de la aproximación a la seguridad por parte del Consejo. Limitar el ámbito de los mandatos y restringir las definiciones es una manera de modificar prácticas establecidas y, con ello, se erosiona el objetivo de prevención de conflictos propio del proceso MPS.

#### **4.3. Estándares liberales de legitimidad en las organizaciones internacionales**

Las prácticas, tal y como apunta nuestro marco de análisis, se desarrollan y se institucionalizan tanto a partir del discurso, como hemos visto, como en base a las pautas de actividad. En este sentido, las resoluciones MPS han desarrollado una serie de pautas de actividad basadas en los estándares liberales de legitimidad en las organizaciones multilaterales. Se trata de estándares propios del proceso interno, como representatividad, transparencia o rendición de cuentas, que asientan prácticas que actualmente se ven amenazadas, ya que son asimiladas con erosión de la soberanía y, por ello, encuentran resistencia entre los Estados soberanistas en NNUU. Así, los últimos años se observa una clara resistencia en relación con prácticas desarrolladas por el marco normativo MPS en relación tanto con la representatividad o inclusión como con la transparencia y con la rendición de cuentas.

Primero, la representatividad o inclusión es un argumento fundamental para la legitimidad interna de las instituciones internacionales<sup>78</sup>. En el caso de la Res. 1325 ha sido fundamental. El propio proceso MPS nació aparejado a los Debates Abiertos del Consejo en los que participan aquellos Estados no miembros que lo solicitan y desde 2004, por iniciativa de la presidencia británica del Consejo, se institucionalizó la invitación a representantes de la sociedad civil. Aunque la sociedad civil tiene un rol constitutivo en todo el proceso y las resoluciones lo ratifican, cada vez se cuestiona más el nivel y la oportunidad de su participación en ámbitos diversos del proceso. Así, durante la negociación de la Res. 2106 (2013) Azerbaiyán, China, Pakistán y Rusia expresaron su preocupación por el hecho de que el mandato de la representante especial para la violencia sexual le permitiera interactuar con

<sup>77</sup> Security Council Report, «What's in Blue», 24 de abril de 2014, <http://www.whatsinblue.org/> (consultada 15 de junio de 2014).

<sup>78</sup> KEOHANE, R., *op. cit.*, nota 58, p. 509.

actores no-estatales<sup>79</sup>. Asimismo, en el Debate Abierto de 2011 India mostró su malestar por el hecho de que algunas ONGs participaran en la elaboración por parte del Secretario General de indicadores de evaluación<sup>80</sup>. Frente a la participación de la sociedad civil, muy valorada desde una aproximación liberal en términos de legitimidad del proceso, miembros destacados de NNUU promueven la re-apropiación de la agenda MPS por el Estado y se oponen a lo que Wiseman llama prácticas diplomáticas trans-westfalianas y diplomacia no estatal en NNUU<sup>81</sup>.

Segundo, las prácticas relacionadas con la transparencia (monitoreo) en el caso de la Res. 1325 se han visto cada vez más contestadas a pesar de las declaraciones contenidas en las resoluciones. Se pueden mencionar ejemplos diversos a lo largo de los años. Durante el Debate Abierto del año 2007, Rusia se opuso a cualquier propuesta que comportara supervisión de la implementación de los planes nacionales de acción<sup>82</sup>. En este tema, por ejemplo, China mostró una actitud más acomodaticia, al defender que el monitoreo del cumplimiento de los planes de acción se limitara al caso de aquellos países que estuvieran en situación post-conflicto<sup>83</sup>. Otro ejemplo está relacionado con la redacción de la Res. 2122 (2013). El borrador final omitió dos temas relacionados con la transparencia del proceso MPS que estaban en el documento previo redactado por el Reino Unido, que en tanto que relator (*penholder*<sup>84</sup>) es el encargado habitualmente de elaborar los borradores de las resoluciones del proceso MPS. Por una parte, desapareció toda mención a la figura de un asesor en materia de género y de protección de mujeres con la función de monitorear los abusos en materia de Derechos Humanos por parte del personal de NNUU. Por otra parte, se pasó de una referencia genérica a la necesidad de supervisar que las tropas de las misiones de paz no incluyan ningún violador de Derechos Humanos a que el tema quede en manos del Secretario General y de los países contribuyentes de tropas<sup>85</sup>. En este punto se evidencia la tensión entre la soberanía nacional de los Estados contribuyentes y la política de tolerancia cero en relación a la explotación sexual y a los abusos por parte del personal de NNUU.

<sup>79</sup> Security Council Report, «Women, Peace and Security: Sexual Violence in Conflict and Sanctions», *Cross Cutting Reports*, abril de 2014, p. 5.

<sup>80</sup> CHOWDHARY H. E. Mrs., Security Council Open Debate on Women, Peace and Security, 28 de octubre de 2011, [http://www.peacewomen.org/security\\_council\\_monitor/debate-watch/all-debates/38/security-council-open-debate-on-women-peace-and-security-october-2011#statements](http://www.peacewomen.org/security_council_monitor/debate-watch/all-debates/38/security-council-open-debate-on-women-peace-and-security-october-2011#statements) (consultada 10 de junio de 2014).

<sup>81</sup> WISEMAN, G., «Diplomatic practices at the United Nations», *Cooperation and Conflict*, vol. 50, 2015, núm 3, pp. 1-18.

<sup>82</sup> ROGACHEV, Mr., Security Council Open Debate on Women, Peace and Security, 23 de octubre de 2007, S/PV.5766, [http://www.peacewomen.org/security\\_council\\_monitor/debate-watch/all-debates/6/open-debate-on-women-peace-and-security-october-2007](http://www.peacewomen.org/security_council_monitor/debate-watch/all-debates/6/open-debate-on-women-peace-and-security-october-2007) (consultada 15 de junio de 2014).

<sup>83</sup> ZHENMIN, L., Open Debate of the Security Council on Women, Peace and Security, 23 de octubre de 2007, [http://www.peacewomen.org/security\\_council\\_monitor/debate-watch/all-debates/6/open-debate-on-women-peace-and-security-october-2007](http://www.peacewomen.org/security_council_monitor/debate-watch/all-debates/6/open-debate-on-women-peace-and-security-october-2007) (consultada 15 de junio de 2014).

<sup>84</sup> *Penholder* es un término relativamente nuevo en el vocabulario del Consejo para denominar al Estado encargado de redactar la resolución y presidir las negociaciones a continuación, en torno a un tema de la agenda.

<sup>85</sup> Security Council Report, octubre de 2013, *op.cit.*

Tercero, las prácticas de rendición de cuentas para luchar contra la impunidad de la violencia sexual en los conflictos se ha convertido en un tema tan controvertido —identificación de casos y países concretos— que el Informe del Secretario General de 2014 no incluyó la sección habitual sobre rendición de cuentas y sus recomendaciones específicas al Consejo, omitiendo cualquier referencia a la remisión al Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>86</sup>. Esta omisión fue el resultado de objeciones de algunos Estados en relación con toda mención al TPI. Es el caso de Rwanda, que durante su periodo en el Consejo (2013-2014) objetó contra toda remisión a dicho Tribunal. China centra su discurso en los tribunales nacionales y rechaza el TPI como mecanismo de rendición de cuentas<sup>87</sup>.

En suma, en NNUU hay una coalición de Estados que claramente muestran su voluntad de reformular las prácticas basadas en ideas liberales de manera más westfaliana, menos intrusiva. Es simbólico que, por primera vez, en el proceso MPS, la Res. 2106 (2013) hiciera mención del «respeto por la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados».

## 5. PRÁCTICAS DIPLOMÁTICAS Y DINÁMICA DEL CONSEJO: EL CASO DE ESPAÑA EN LA RESOLUCIÓN 2242

La Res. 2242 (2015) es el último avance en la agenda MPS y es una muestra más de que «nadie discute la agenda a nivel normativo»<sup>88</sup>. El análisis de dicha resolución, desde el ámbito de las prácticas, nos permite constatar tanto la continuidad de la contestación por parte de los soberanistas emergentes como la influencia ejercida por miembros no permanentes del Consejo, a través del uso de las prácticas diplomáticas, de cara al reforzamiento de la agenda en su totalidad (normas y prácticas). El apartado centra su atención en el papel desempeñado por España, en el marco de la comunidad diplomática propia de la agenda MPS. Para ello aborda sucesivamente el examen de alto nivel sobre MPS, desarrollado entre 2014 y 2015, y la negociación y posterior Debate Abierto en torno a la Res. 2242.

### 5.1. Comunidad diplomática y examen de alto nivel

España asumió una nueva posición en la comunidad diplomática MPS en el momento en que ocupó una silla de miembro no permanente del Consejo (para el bienio 2015-2016). La noción de comunidad diplomática de NNUU comporta interacciones de un Estado a nivel bilateral, multilateral y, tam-

<sup>86</sup> Security Council Report, abril de 2014, *op. cit.*

<sup>87</sup> Security Council Report, «What's in Blue», 27 de octubre de 2014, <http://www.whatsinblue.org/> (consultada 16 de enero de 2015).

<sup>88</sup> Entrevista representante NGOWG, Nueva York, 19 de abril de 2016.

bién, polilateral<sup>89</sup>; esto es, relaciones del Estado con actores no-estatales y, de modo muy particular en el caso MPS, con ONGs. España se reposicionó en dicha comunidad diplomática en un momento especialmente sensible, con el examen de alto nivel sobre MPS en marcha coincidiendo con el quince aniversario de la Res. 1325.

En dicho contexto España hizo de la agenda MPS un elemento articulador de su política exterior. El «género como interés nacional en el marco del Consejo» ha sido estudiado por Basu, quien, a partir de la acción de personalidades concretas (Hillary Clinton, como secretaria de Estado, o William Hague, como ministro de asuntos exteriores británico) señala que «MPS se ha convertido en un área temática importante para la articulación de las políticas exteriores de un buen número de miembros de NNUU»<sup>90</sup>.

El programa de España como miembro no permanente del Consejo destaca entre sus líneas de acción temática la diplomacia preventiva y la protección de civiles y el respeto del derecho internacional humanitario<sup>91</sup>. En ambos casos dedica especial atención a la aplicación de la Res. 1325. El hecho de ver el Consejo como «un Consejo de Seguridad basado en la prevención»<sup>92</sup>, en palabras del director general para NNUU, es un indicador de que España asume el discurso de la seguridad humana (marco en el que se inscriben, como hemos visto, las prácticas que facilitan la prevención de conflictos) y la consiguiente aproximación global que ha llevado a la expansión de las funciones del Consejo, frente a la que Rusia y otros Estados han mostrado reticencias. Ello implica que España, presidenta rotatoria del Consejo durante el Debate Abierto de octubre de 2015, tendrá que gestionar dicha división si pretende avanzar en la agenda MPS.

Impulsar la agenda MPS constituye, a nivel programático, «una prioridad de España para su presidencia del Consejo de Seguridad»<sup>93</sup>. En términos de comunidad diplomática, ello comporta que España ha de gestionar una red de relaciones bilaterales con otros Estados, con la maquinaria de NNUU y con las ONGs. En el ámbito bilateral supone una fuerte interacción con el Reino Unido que, en tanto que relator en la agenda MPS, condiciona los movimientos de todo miembro no permanente pro-activo en dicha área a la hora de negociar nuevas resoluciones. Eso será lo que ocurra con la Res. 2242. En cuanto a ONU Mujeres, al frente del examen de alto nivel en marcha, y a las ONGs, España comparte su marco ideacional. En su candidatura al Consejo,

<sup>89</sup> WISEMAN, G., *op.cit.*, nota 81, p. 12.

<sup>90</sup> BASU, S., *op. cit.*, nota 30, p. 263.

<sup>91</sup> *Programa España 2015-2016. Miembro no permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2015*, <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/CSNU2015-2016/Paginas/IndiceCSNU2015-216.aspx> (consultada 18 de febrero de 2015).

<sup>92</sup> «Javier Sanabria: España potenciará el papel de la mujer en la resolución de conflictos durante su presidencia del Consejo de Seguridad», *Europa Press*, 7 de febrero de 2015, <http://www.unav.edu> (consultada 23 de marzo de 2015).

<sup>93</sup> *Mujeres, paz y seguridad: Una prioridad española en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*, Ministerio de Asuntos Exteriores, sin fecha. Véase también PALACIÁN DE INZA, B., «Resolución 2242: invertir para prevenir», *Política Exterior*, 22 de octubre de 2015.

España señaló la igualdad de género como «uno de los objetivos principales de la política exterior y de la diplomacia española, incluyendo entre las diez razones que avalaban su aspiración al asiento no permanente en NNUU la de dar a los derechos humanos y a la igualdad de género y a la plena participación de las mujeres en la construcción de la paz la dimensión que les corresponde para garantizar la seguridad y la estabilidad»<sup>94</sup>. De esta manera, España asienta su política, junto con ONU Mujeres y las ONGs, en la relación positiva entre la participación de las mujeres y la construcción de la paz.

El examen de alto nivel finalizó con la presentación en octubre de 2015 de un «Estudio Mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325»<sup>95</sup>, encargado por el Secretario General a Radhika Coomaraswamy, quien contó con el asesoramiento de un grupo consultivo de alto nivel y con la secretaría de ONU Mujeres. El proceso, sin embargo, tuvo dificultades desde su inicio. A raíz del Debate Abierto, de octubre de 2014, se patentizaron las reticencias de China y Rusia frente al Estudio así como frente a la persona nombrada para dirigirlo, conocida por su independencia y decisión a la hora de afrontar cortapisas en su cargo anterior (Representante Especial para Niños y Conflictos Armados). El objetivo de China y Rusia, distanciar los resultados del Estudio del trabajo del Consejo, se tradujo en la modificación del texto de la declaración presidencial vinculada al debate de 2014. Así, desapareció del texto inicial la referencia al nombramiento de Coomaraswamy y la demanda a los Estados de apoyar el trabajo para el Estudio<sup>96</sup>. En contraposición a la actitud chino-ruso se constituyó un Grupo de Amigos del Estudio Mundial co-presidido por Canadá, Chile, Japón, Namibia e Irlanda, con la intención de facilitar los trabajos. El Estudio, basado en un meticuloso trabajo de investigación empírica y en un dilatado proceso de participación de Estados, organizaciones internacionales y sociedad civil, ofrece dos cosas importantes. La primera es analítica (y estructural), se demuestra, a través de evidencias cuantitativas, cómo la participación de las mujeres en los procesos de paz los hace más sostenibles. La segunda es prescriptiva, una serie de recomendaciones que sirven de base para una nueva resolución.

Ahí España compartió la propuesta de las ONGs de poner en marcha el proceso para adoptar una nueva resolución no solo celebratoria, con motivo del quince aniversario, sino para mejorar los mecanismos de implementación (rendición de cuentas, mecanismos de participación e información)<sup>97</sup>. En ese sentido, se produce una convergencia entre las prioridades españolas, los objetivos de las ONGs y las recomendaciones del Estudio Mundial. El capítulo 11 del Estudio, sobre el funcionamiento del Consejo, constituye la base con

<sup>94</sup> SOLANAS, M., «Mujeres, paz y seguridad: lejos de las aspiraciones de la Resolución 1325», *ARI 44/2015*, 15 de septiembre de 2015, <http://www.realinstitutoelcano.org> (consultada 2 de octubre de 2015).

<sup>95</sup> *Prevenir los conflictos. Transformar la justicia. Garantizar la paz. Estudio mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, 2015, <http://wps.unwomen.org/es/global-study/focus-areas> (consultada 25 de enero de 2016).

<sup>96</sup> Security Council Report, *What's in blue*, 27 de octubre de 2014 <http://www.whatsinblue.org/> (consultada 15 de enero de 2015).

<sup>97</sup> Entrevista representante NGOWG, Nueva York, 19 de abril de 2016.

la que trabajará España como impulsora en dicho órgano de la adopción de una nueva resolución.

## 5.2. Liderazgo español, sociedad civil y reforzamiento de las prácticas

La embajadora estadounidense en NNUU, Samantha Power, inició su intervención en el Debate Abierto, celebrado el 13 y 14 de octubre, reconociendo el liderazgo de España en relación al «empoderamiento de las mujeres»<sup>98</sup>. Es una opinión extendida en la comunidad diplomática de NNUU. El propio Estudio Mundial menciona «el liderazgo de España en relación al examen de la agenda MPS» al indicar que habitualmente es un miembro no permanente el que mantiene el tema vivo en las discusiones del Consejo<sup>99</sup>. Ciertamente, la falta de liderazgo sostenido<sup>100</sup> en el caso de la agenda MPS ha permitido que algunos miembros no permanentes, como ya ocurrió con Namibia en el caso de la Res. 1325<sup>101</sup>, asuman un papel determinante. Ha sido el caso de España para la Res. 2242.

Estamos frente a un caso de lo que Pouliot ha definido como la «jerarquía basada en la práctica» (*hierarchy in practice*), una jerarquía que coexiste con la jerarquía estructural, basada en la distribución de capacidades entre los Estados y/o en ventajas institucionales, como los asientos permanentes en el Consejo. El argumento de Pouliot es que la prevalencia de la gobernanza multilateral (NNUU, OTAN) de las agendas de seguridad genera nuevas estratificaciones sociales en base a las competencias diplomáticas, de tal manera que los representantes de los Estados destinados en las organizaciones internacionales hacen uso de las oportunidades y de los constreñimientos en una situación dada y compiten por posicionarse gracias a su habilidad en las prácticas diplomáticas<sup>102</sup>. «Saber cómo jugar el juego en Nueva York es importante [...]. No es solo una cuestión de conocer las reglas sino también saber cómo usarlas y cuándo [...]. Es cuestión de dominar las prácticas»<sup>103</sup>. Los analistas destacan dos aspectos que en el caso de la Res. 2242 han sido fundamentales, las habilidades de diplomáticos individuales<sup>104</sup> y la importancia del bilateralismo en el marco de las negociaciones multilaterales.

<sup>98</sup> S/PV.7533, p. 15.

<sup>99</sup> *Prevenir los conflictos*, op.cit., p. 345.

<sup>100</sup> *What's in blue*, 19 de mayo de 2015, <http://www.whatsinblue.org> (consultada de 27 de octubre 2015).

<sup>101</sup> Véase TRYGGESTAD, T. L., op.cit., nota 33.

<sup>102</sup> POULIOT, V., «Hierarchy in practice: Multilateral diplomacy and the governance of international security», *European Journal of International Security*, vol. 1, part. 1, 2016, pp. 5-26. Este argumento se aplica en el caso relevante de la Res. 1973. Véase ADLER-NISSEN, R. y POULIOT, V., «Power in practice: Negotiating the international intervention in Libya», *European Journal of International Relations*, vol. 20, 2014, núm. 4, pp. 889-911.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 23; BASU, S., op. cit., nota 30. Las entrevistas realizadas en Madrid y Nueva York y en los ámbitos gubernamentales y de la sociedad civil certifican la importancia del papel desempeñado

El proceso liderado por España, que acaba con la adopción de la Res. 2242, supone un reforzamiento de las prácticas, discurso y pautas de actuación. El proceso puesto en marcha por la representación española en Nueva York (con la coordinación establecida regularmente con Madrid) comporta interacciones diversas en el marco de la comunidad MPS durante varios meses, a lo largo de los cuales hay que destacar una reunión de partida con ONGs y agencias de NNUU (marzo), la organización de una reunión fórmula Arria del Consejo (mayo), la redacción del texto de la resolución, en tanto que correlator junto al Reino Unido, la negociación del mismo (especialmente con Rusia) y, finalmente, la elaboración de una *concept-note*<sup>105</sup> para guiar el Debate Abierto (punto de conclusión del examen de alto nivel) presidido por España<sup>106</sup>.

La función de España a lo largo del proceso tiene, desde la dimensión de las prácticas, una doble vertiente: por una parte, trasladar a la resolución el discurso (empoderamiento de las mujeres, prevención de conflictos) y las pautas de actuación (rendición de cuentas, participación de la sociedad civil) que las ONGs y el Estudio Mundial tradujeron en propuestas concretas y, por otra parte, hacer uso de las habilidades diplomáticas propias de la comunidad MPS para facilitar el consenso a pesar de las reticencias existentes en el marco del Consejo. Analistas de la agenda MPS habían destacado que la resolución saldría adelante si incidía en dos aspectos, la lucha contra el extremismo violento y la mejora de la implementación de las resoluciones a través de nuevos compromisos de funcionamiento por parte del Consejo<sup>107</sup>.

La Res. 2242, en efecto, incorpora en tres párrafos la lucha contra el extremismo violento y contra el terrorismo, vinculando dicha agenda con la agenda MPS. Esta ampliación de la agenda MPS que se explica por el contexto (Boko Haram como caso destacado) ha generado rechazo entre algunos Estados (India lo rechazó durante el Debate Abierto)<sup>108</sup> y divisiones entre las ONGs, NGOWG lo apoyó, mientras que otras ONGs o el Estudio Global han manifestado reticencias por el peligro de instrumentalización de la agenda MPS<sup>109</sup>.

Ahora bien, dada la aproximación de este artículo, lo realmente relevante de la Res. 2242 tiene que ver con el lenguaje utilizado y con las pautas de

---

por parte de diplomáticos españoles de la representación en Nueva York, en términos de negociación y de visualización de la agenda MPS.

<sup>105</sup> *High Level review of SC Resolution 1325 (2005): from rhetoric to effective results. Open Debate of the Security Council*, 13 de octubre de 2015.

<sup>106</sup> Seguimiento de todo el proceso en MESA, M., «XV Aniversario de la Resolución 1325: luces y sombras de la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad», en MESA, M. (coord.), *Retos inaplazables en el sistema internacional. Anuario 2015-2016*, Madrid, Ceipaz, 2016, pp. 137-168.

<sup>107</sup> Security Council Report, *October 2015 Monthly Forecast. Women, Peace and Security*, [www.securitycouncilreport.org](http://www.securitycouncilreport.org) (consultada 21 de noviembre de 2015).

<sup>108</sup> S/PV.7533, p. 65.

<sup>109</sup> Entrevista representante de *Womens International League for Peace and Freedom*, Madrid, 16 de febrero de 2016. Véase NI AOLAIN, F., «The “war on terror” and extremism: assessing the relevance of the Women, Peace and Security Agenda», *Foreign Affairs*, vol. 92, 2016, núm. 2, pp. 275-291.

actuación incorporadas<sup>110</sup>. En términos de lenguaje, la convergencia entre las preferencias expresadas por España (prevención de conflictos) y las prioridades de la sociedad civil (NGOWG), que enfatizaba la participación significativa de las mujeres y la prevención de conflictos<sup>111</sup>, facilitó la interacción y dio como resultado un discurso que refuerza: 1. la inclusión (factor fundamental para la legitimidad en la labor de las organizaciones internacionales) a través de referencias al empoderamiento de las mujeres y a participación de la sociedad civil, y 2. el paradigma de la seguridad humana a través de la aproximación preventiva a los conflictos.

Finalmente, el tema más conflictivo en términos de negociación con los miembros del Consejo y, en particular, con Rusia tuvo que ver con mecanismos que se proponían de cara a mejorar la implementación de la agenda MPS desde el Consejo. En ese sentido, España como co-relatora adoptó propuestas del Estudio Mundial de cara a hacer frente a necesidades detectadas para mejorar la aplicación de la agenda MPS (aumentar la calidad de la información y del análisis recibido por el Consejo, generar rendición de cuentas desde las misiones en materia MPS, recibir información desde la sociedad civil). El objetivo perseguido era reforzar políticamente la agenda MPS en el marco del Consejo, a través de los mecanismos de información y de rendición de cuentas.

El resultado de la dura negociación (toda la semana anterior a la adopción de la resolución en la que España facilitó el resultado de los encuentros a tres, con Reino Unido y Rusia) es el párrafo 5 de la Res. 2242, en el que, tras la frase de precaución de «con arreglo a la práctica y los procedimientos establecidos», el Consejo expresa la intención de convocar un grupo oficioso de expertos sobre MPS de cara a posibilitar mayor supervisión y coordinación de las actividades de implementación. Además expresa su intención de invitar a la sociedad civil (organizaciones de mujeres) a que participen en reuniones del Consejo sobre casos concretos de países. Con estas dos expresiones de voluntad se abre la puerta a una mayor rendición de cuentas por parte de las misiones y a la participación de la sociedad civil en los temas de la agenda del Consejo, a título informativo.

El Debate Abierto, que siguió a la adopción de la resolución, dejó claro que existe consenso en torno al componente normativo de la agenda MPS (protección/participación), pero que no ocurre lo mismo con las prácticas para su implementación, ni en lo relativo a los mecanismos de actuación ni al discurso. Así Rusia, tras apuntar que «la preparación de este documento ha sido una tarea difícil y ambiciosa» indicó que votó a favor de la resolución propuesta por España y Reino Unido, a pesar de no estar de acuerdo

<sup>110</sup> Para una evaluación general de la resolución por parte de la diplomacia española véase LORENZO OUTÓN, J., «La Resolución del Consejo de Seguridad 2242 (2015) sobre Mujeres, Paz y Seguridad: pasar de la teoría a la práctica», *Análisis*, enero/marzo de 2016, pp. 1-5.

<sup>111</sup> Véase NGOWG, *Open Letter to Permanent Representatives to the UN: Recommendations on the Security Council Open Debate on Women, Peace and Security and the High Level Review of SCE 1325 (2000)*, 5 de octubre de 2015.

con la creación de nuevos mecanismos<sup>112</sup>. En el mismo sentido se manifestó China, indicando que hay que ser prudentes a la hora de crear nuevos mecanismos<sup>113</sup>. En cuanto al discurso, el rechazo por parte de Rusia, China, India o Pakistán<sup>114</sup> de la expansión de funciones por parte del Consejo limita la aproximación global y, con ello, el discurso de seguridad humana implícito en la agenda MPS tal y como es defendida desde España.

Finalmente, España aportó una novedad en el ámbito de las prácticas de cara a la rendición de cuentas, dimensión contestada por Rusia y China, desde una aproximación soberanista. Tras el Debate Abierto, el embajador español remitió al Secretario General un documento, compilado por NGOWG y *Women's International League for Peace and Freedom* a propuesta de España, que recoge los compromisos asumidos por los Estados y por las organizaciones regionales durante el debate, con el propósito, en palabras del embajador español, de «servir para rendir cuentas en los próximos años»<sup>115</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

La Res. 2242 sobre MPS, adoptada por el Consejo en octubre de 2015 con un papel destacado de España, justifica este artículo por razones de oportunidad, pero no lo motiva. La motivación de la autora va más allá y tiene que ver con las transformaciones estructurales del sistema internacional en nuestros días; en concreto, con la contestación normativa asociada a los cambios en la estructura de poder material. En efecto, la emergencia de nuevas potencias y, en términos amplios, del Sur global se ha traducido en una fuerte contestación del orden internacional liberal y, en concreto, de los marcos normativos propios del humanitarismo liberal (Protección de Civiles; Niños y Conflictos Armados; MPS; Responsabilidad de Proteger) propiciados en el umbral del siglo XXI por la coalición entre Estados liberales, organizaciones de la sociedad civil y maquinaria de Naciones Unidas.

En publicaciones anteriores hemos estudiado el caso de la Responsabilidad de Proteger, como «norma sociológica emergente»<sup>116</sup>, llegando a la conclusión, aplicable de manera general, que el debate normativo entre humanitarismo liberal y soberanismo es constitutivo; en otras palabras, estructura la sociedad internacional actual<sup>117</sup>. Hay que esperar, por lo tanto, controversia normativa en dichas agendas. Pues bien, la agenda MPS nos plantea un reto analítico desde el momento que, a pesar de tratarse de un marco normativo propio del humanitarismo liberal, no es contestada normativamente; al contrario, se ha reforzado con ocho resoluciones consecutivas que desarrollan su

<sup>112</sup> S/PV.7533, p. 96.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 22, p. 21, p. 73 y p. 65.

<sup>115</sup> OYARZUN, R., Carta dirigida al Secretario General, núm. 436/VOG/mma.

<sup>116</sup> BARBÉ, E., «Instituciones, normas y conflictos», *op. cit.*, nota 9, p. 794.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 791.

doble base normativa (protección de civiles y participación de las mujeres en la prevención y resolución de conflictos); si bien de manera desigual, en favor de la protección. Este artículo ha abordado dicho reto analítico. En otras palabras, ha intentado explicar el desarrollo normativo de la agenda MPS en un contexto de desafío soberanista, que en este caso se traduce en las reticencias de China y Rusia en el Consejo. ¿Cómo explicamos el desarrollo normativo de la agenda MPS, en general, y la Res. 2242, en particular?

En palabras de un diplomático español, la agenda MPS en un «tema poco conflictivo»<sup>118</sup>. De ello podemos derivar dos supuestos que han articulado el presente artículo. El primero, político, la agenda MPS es una ventana de oportunidad para un miembro no permanente del Consejo que desee reforzar perfil y asumir liderazgo. El segundo, analítico, la agenda MPS se ha consolidado normativamente en un contexto de cambio institucional gracias a que la contestación se ha concentrado en las prácticas que sirven para interpretar e implementar las normas. Así, el presente artículo ha hecho de las prácticas su unidad de análisis, entendiendo que las prácticas permiten abordar tanto los procesos de cambio como los de consolidación normativa dentro de una lógica de redistribución del poder en la sociedad internacional. La idoneidad de determinadas prácticas, y no de otras, es una muestra de la distribución del poder en las instituciones multilaterales. En otras palabras, las prácticas son poder.

El artículo se ha centrado en explicar la controversia generada en torno a las prácticas desarrolladas en el ámbito MPS. Así, un grupo de Estados soberanistas, en el que destaca Rusia, ha reaccionado contra prácticas que han tendido a expandir las funciones del Consejo y contra prácticas consideradas intrusivas. En otras palabras, se da una erosión de la base liberal de la agenda MPS que, desde la adopción de la Res. 1325, ha desarrollado un discurso propio de la prevención de conflictos y unas pautas de actuación en línea con los estándares liberales de legitimidad en las organizaciones internacionales. A través del análisis de los Debates Abiertos del Consejo sobre MPS y, dentro de lo posible, de las negociaciones de los borradores de resolución se constata la contestación de las prácticas liberales vinculadas a la agenda MPS, por parte de Rusia, China y otros Estados soberanistas (India y Pakistán se manifiestan de manera destacada en los Debates).

A nivel del discurso, por ejemplo, los textos aprobados en los últimos años han dado lugar a una redefinición de los conceptos, de tal manera que se erosiona la aproximación de prevención de conflictos, enraizada en la agenda MPS, y se regresa a los términos tradicionales de la seguridad en el Consejo. A nivel de las pautas de actuación, se da un repliegue en todo aquello que tiene que ver con representatividad, transparencia y rendición de cuentas, ya que es asimilado por los soberanistas con erosión de la soberanía. Es significativo el rechazo de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de la agenda en NNUU. También se puede hacer mención de las

<sup>118</sup> Entrevista, Madrid 17 de febrero de 2016.

dificultades para desarrollar mecanismos colectivos de transparencia de cara a supervisar a las tropas de NNUU desplegadas en operaciones de paz o la desaparición en los informes del Secretario General de referencias a países concretos en los apartados de lucha contra la impunidad de la violencia sexual en conflicto. En suma, el artículo identifica una voluntad extendida entre miembros de NNUU de reformular las prácticas de manera más westfaliana, menos intrusiva de lo que se concibió con la adopción de la Res. 1325 en el año 2000.

A partir de dicho contexto, el artículo dedica atención especial al caso de la Res. 2242, precedida por un proceso de revisión de alto nivel que acabó con un Estudio Mundial. Este caso nos muestra tanto la limitación de la contestación por parte de los soberanistas como las potencialidades de las prácticas diplomáticas implementadas por España en tanto que miembro no permanente del Consejo. El liderazgo de España, reconocido por la comunidad diplomática, permite constatar que estamos frente a una agenda sin liderazgo sostenido en el Consejo y, de ahí, la ventana de oportunidad que tienen los miembros no permanentes, que España aprovechó. En efecto, España compartió la propuesta de las ONGs de poner en marcha el proceso para adoptar una nueva resolución no solo celebratoria, con motivo del quince aniversario, sino para mejorar los mecanismos de implementación (rendición de cuentas, mecanismos de participación e información). En ese sentido, se produjo una convergencia entre las prioridades españolas, los objetivos de las ONGs y las recomendaciones del Estudio Mundial. El proceso liderado por España acabó con una resolución que supone un reforzamiento de las prácticas liberales, a nivel de discurso (enfaticar participación de las mujeres y prevención de conflictos) y a nivel de pautas de actuación, ya que la Res. 2242 incorpora un grupo oficioso de expertos para supervisar las actividades de implementación de la agenda MPS, además de invitar a la sociedad civil a participar en reuniones del Consejo sobre países concretos.

Ahora bien, el Debate Abierto que siguió a la adopción de la Res. 2242 recogió las opiniones contrarias a dichas innovaciones tanto por parte de Rusia como de China u otros Estados (India, Pakistán). El porqué de la aceptación por parte Rusia, el país más reticente en la negociación, de dichas innovaciones en el sentido de reforzar estándares de representatividad y de transparencia, nos remite a las habilidades de diplomáticos españoles para facilitar el consenso en un «tema poco conflictivo», a pesar de las reticencias existentes en el marco del Consejo. Ello nos conduce, de nuevo, a las prácticas. Pouliot y Cornut, destacados académicos de la teoría de las prácticas, han escrito que «la manera cómo las personas hacen las cosas es esencial para entender los macro-fenómenos como el orden, las instituciones y las normas»<sup>119</sup>. En suma, la relación entre normas y poder en el marco de las instituciones multilaterales puede ser compleja y a veces, como nos muestra este artículo, las prácticas nos permiten entender mejor las dinámicas institucionales en momentos de cambio en el orden internacional.

<sup>119</sup> POULIOT, V. y CORNUT, J., «Practice theory and the study of diplomacy», *op. cit.*, nota 52, p. 300.

## RESUMEN

### CONTESTACIÓN NORMATIVA Y CONSEJO DE SEGURIDAD: LA AGENDA DE MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD O DE LA RESOLUCIÓN 1325 A LA RESOLUCIÓN 2242

La Resolución 1325 constituyó un giro normativo en el Consejo de Seguridad, al incluir el empoderamiento de las mujeres como factor de paz y de seguridad internacional. Quince años después y, a pesar de ser un símbolo del humanitarismo liberal, no genera controversia normativa en el Consejo. Sin embargo, este artículo desvela que existe controversia en el ámbito de las prácticas (narrativa, rendición de cuentas, inclusión de la sociedad civil, transparencia) a causa del soberanismo emergente entre los miembros de Naciones Unidas. La presidencia española en el Consejo, en octubre de 2015, lideró la adopción de la Resolución 2242. El proceso puso de manifiesto las reticencias de Rusia y China con respecto a las prácticas derivadas del paradigma de prevención de conflictos propio de la agenda de Mujeres Paz y Seguridad, defendido por España.

**Palabras clave:** Mujeres, paz y seguridad, Consejo de Seguridad, Resolución 1325; Resolución 2242, contestación normativa, teoría de prácticas, presidencia española del CSNU.

## ABSTRACT

### NORMATIVE CONTESTATION THE SECURITY COUNCIL: WOMEN, PEACE AND SECURITY AGENDA OR FROM RESOLUTION 1325 TO RESOLUTION 2242

Resolution 1325 was a normative turn in the Security Council, by including the women's empowerment as a factor for international peace and security. Fifteen years later and despite being a symbol of liberal humanitarianism, the Resolution does not produce normative controversy in the Council. However, this article reveals that there is practices controversy (narrative, accountability, inclusiveness of civil society, transparency) because of emerging sovereignism among the UN members. Spain, holding the UNSC presidency in October 2015, led the adoption of Resolution 2242. The process revealed the Chinese and Russian reluctances regarding the practices based on the conflict prevention paradigm underpinning the Women, peace and security agenda, supported by Spain.

**Keywords:** Women, peace and security, Security Council, Resolution 1325, Resolution 2242, normative contestation, practice theory, UNSC Spanish presidency.



## APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA \*

Catedrático de Derecho internacional privado  
Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación  
Universidad Carlos III de Madrid

**SUMARIO:** 1. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO. UNA CUESTIÓN VALORATIVA MÁS QUE UNA CUESTIÓN TÉCNICA.—2. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: EL SILENCIO EUROPEO.—3. MODELOS REGULATIVOS DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.—3.1. Aspectos generales.—3.2. Modelo regulativo seguido en España. Los tres cuerpos legales.—3.3. Impacto de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.—4. LA CUESTIÓN CRUCIAL: *QUID FACERE* EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ART. 33 LCJIMC.—4.1. Prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea.—4.2. Falta de prueba del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea por carencia de voluntad de los litigantes.—5. REFLEXIÓN FINAL.

### 1. APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO. UNA CUESTIÓN VALORATIVA MÁS QUE UNA CUESTIÓN TÉCNICA

1. El régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales estatales que conocen de un supuesto litigioso de DIPr ha sido siempre una cuestión extremadamente delicada<sup>1</sup>. Como dejó escrito con clarividencia R. David en su ya más que clásico estudio, es claro que un sistema de DIPr

---

\* Catedrático de DIPr en las Universidades de Murcia (1985-1992) y Carlos III de Madrid (desde 1992). Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación (Sección Civil) (2005). Titular Member de la International Academy of Comparative Law (IACL) (2015). Codirector de Cuadernos de Derecho Transnacional ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)) (desde 2009). Publicaciones recientes: *Derecho Internacional Privado*, 16.<sup>a</sup> ed., 2 vols., Granada, Comares, 2016 (con J. CARRASCOSA GONZÁLEZ *et al.*); *The European Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (con A. DAVI, H. P. MANSEL *et al.*). Correo-e : [alfonsoluis.calvo@uc3m.es](mailto:alfonsoluis.calvo@uc3m.es).

<sup>1</sup> Los trabajos de la doctrina española sobre la prueba del Derecho extranjero, los modelos regulativos a seguir y las propuestas sobre el *quid facere* en caso de falta de prueba del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, son incontables. Abundantes referencias pueden encontrarse en

que no garantiza la aplicación real del Derecho extranjero designado por sus normas de conflicto es un sistema de DIPr que no funciona<sup>2</sup>. Y no es esta una afirmación gratuita, sino una verdad incontrovertible.

En primer lugar, desde el punto de vista de los particulares, un DIPr que no asegura la aplicación del Derecho (extranjero) designado por la norma de conflicto es un DIPr que daña la previsibilidad de respuesta de las normas de conflicto, esto es, la llamada «seguridad jurídica de ordenación». Es también un DIPr oneroso para los particulares, pues les obliga a litigar con arreglo a un Derecho de aplicación imprevisible cuya aplicación les comporta costes más elevados que los que les comportaría la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto. Es un DIPr que conduce al temido y negativo *Forum Shopping* y que provoca carreras hacia los tribunales que solo favorecen a los litigantes más despiertos y más hábiles con las estratagemas procesales. Se fomenta la especulación litigiosa sobre el Derecho aplicable, las soluciones jurídicas se vuelven inestables, inseguras, impredecibles, incluso, señala M.-P. Weller, en el ámbito del DIPr de la UE<sup>3</sup>.

En segundo lugar, para los tribunales de Justicia, un DIPr que no asegura la aplicación del Derecho (extranjero) designado por la norma de conflicto es un DIPr que vulnera la buena administración de la Justicia. Es un DIPr que obliga a los jueces a fallar con arreglo a Derechos estatales que no se corresponden con el ordenamiento del Estado más vinculado con la situación privada internacional. Ello encarece la función judicial, la hace más gravosa para la Administración de Justicia, la ralentiza, disminuye su calidad intrínseca y produce unos costes para los contribuyentes, que deben financiar el muy elevado coste de solventar la litigación privada internacional con arreglo a un Derecho estatal que no es el designado por la norma de conflicto.

2. El legislador español ha mostrado una particular desidia en relación con este tema, lo que, como indica M. Artz, ha sido denunciado hasta la saciedad por la doctrina española y también por la literatura académica foránea<sup>4</sup>. Un ponderado análisis de la práctica judicial española relativa a la aplicación del Derecho extranjero pone de relieve diversos datos más que preocupantes: 1.º) el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero actualmente en España es deficiente. No aborda con claridad y determinación todos los perfiles que suscita la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. El legislador no ha hilado fino en la regulación de una cuestión que reviste la máxima importancia valorativa para el entero sistema de DIPr; 2.º) la muy reciente Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, no ha colmado satisfactoriamente las múltiples carencias del art. 281.2

CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. 1, 16.ª ed., Granada, Comares, 2016, pp. 531-540.

<sup>2</sup> DAVID, R., *La loi étrangère devant le juge du fond. Étude comparative*, París, 1964, pp. 33-39.

<sup>3</sup> WELLER, M.-P., «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

<sup>4</sup> ARTZ, M., *Kollisionsrecht und Ausländisches Recht in spanischen und deutschen Zivilverfahren*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004.

LEC<sup>5</sup>; 3.<sup>o</sup>) subraya Joan Picó i Junoy que aproximadamente un 88 por 100 de los jueces españoles no aplican el Derecho extranjero cuando la norma de conflicto española indica que el fondo del litigio debe regirse por un Derecho extranjero<sup>6</sup>. Las «explicaciones» de esta conducta son variadas, poliformes, imaginativas e incluso misteriosas y esotéricas, cuando no infantiles: la mayor parte de los jueces españoles entiende que la prueba del Derecho extranjero solo puede ser realizada por las partes y nunca el juez debe intervenir, otros subrayan que carecen de medios efectivos y sólidos para probar el Derecho extranjero, que los propios abogados desisten de la aplicación del Derecho extranjero, que no conocen ni el Derecho extranjero ni lenguas extranjeras, que probar el Derecho extranjero por el juzgador es lento y retrasaría la labor ingente de un juzgado sepultado entre expedientes ya atrasados, que los jueces conocen mejor el Derecho español que el Derecho extranjero, que probar el Derecho extranjero dilataría el proceso, que el Derecho español es mejor y más justo que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española, etc. En suma, numerosos tribunales españoles adoptan posiciones cómodas y, con citas de tópicos y clichés poco convincentes y carentes de fundamento sustancial, acaban por aplicar el Derecho sustantivo español a litigios que deben regirse por un Derecho extranjero según las normas de conflicto españolas y europeas. Para ello los tribunales utilizan una pléyade de tretas, añagazas, estratagemas y subterfugios procesales que resultan contrarios a la ley y que acaban por hacer de las normas de conflicto españolas unas meras «normas de papel», unas normas jurídicas cuyos mandatos son sistemáticamente ignorados y quedan en letra muerta<sup>7</sup>.

## 2. PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO: EL SILENCIO EUROPEO

3. Como ha subrayado R. Hübner en su poderoso estudio, la inaplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española o europea, debido a la falta de prueba de tal Derecho tergiversa los objetivos de las normas de conflicto elaboradas en la UE y que persiguen la creación de un espacio judicial europeo<sup>8</sup>. De nada sirve elaborar dichas normas de conflicto de la UE si posteriormente no se aplica el Derecho estatal al que tales

<sup>5</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>6</sup> PICÓ I JUNOY, J., «Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero», *Justicia, Revista de Derecho procesal*, 2011, núms. 1-2 (Homenaje a la profesora doctora M.<sup>a</sup> del Carmen Calvo Sánchez), pp. 67-74.

<sup>7</sup> Esta actitud no es exclusiva de los tribunales españoles. En otros Estados se detecta idéntica actitud. Véase ERAUW, J., «Something Funny Happened to Foreign Law on Its Way to the Forum», en *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of C. C. A. Voskuil*, Dordrecht-Boston-Londres, 1992, pp. 63-77; WEBB, P. R. H. y AUBURN, F. M., «La présomption d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve», *JDI Clunet*, vol. 105, 1978, pp. 272-300.

<sup>8</sup> HÜBNER, R., *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten: Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, esp. pp. 42-44.

normas de conflicto conducen. Una actitud poco definida por parte del legislador español acompañada por un comportamiento práctico reticente, pasivo y puramente acomodaticio de los tribunales españoles en relación con la aplicación del Derecho extranjero pone en peligro la misma existencia de dicho espacio judicial europeo. Los perjudicados son los particulares que tienen la desgracia de litigar ante tribunales españoles, así como la Administración de Justicia española y también todos los *tax-payers* españoles. Póquer completo.

4. No existe ninguna norma de Derecho internacional público que imponga a España como Estado miembro de la comunidad internacional un régimen jurídico relativo a la alegación y prueba del Derecho extranjero. Aparte ciertas reglas sobre la llamada «información del Derecho extranjero», tampoco existen normas contenidas en Convenios internacionales que, de modo expreso e inequívoco, regulen cómo llevar a cabo la prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles<sup>9</sup>.

5. Tampoco existen normas de Derecho de la UE que impongan a los jueces y tribunales españoles la obligación de aplicar y probar de oficio el Derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto europeas o españolas [SAP de Barcelona de 1 de julio de 2015 (filiación de hijo de madre lituana)]. En particular, la UE ni puede ni desea en modo alguno inmiscuirse y regular aspectos que pertenecen a la soberanía de los Estados miembros. Esta triple carencia de regulación jurídica internacional y particularmente europea obedece a dos claras razones.

6. En primer lugar, se percibe un claro «hechizo de la soberanía estatal». El legislador europeo estima que los poderes de los tribunales de Justicia en el ejercicio de sus funciones están estrechamente vinculados con la soberanía de los Estados miembros. De ese modo, cada Estado miembro debe decidir, de modo independiente y soberano, cuáles son los «poderes procesales» de sus jueces y tribunales sin verse obligado a seguir un concreto régimen jurídico de la alegación y prueba del Derecho extranjero por normas internacionales. En otras palabras, se considera que la cuestión de cómo alegar y probar el Derecho extranjero es una cuestión conectada con la soberanía del Estado. De ese modo, cada Estado miembro debe regular la cuestión de modo independiente y libre, sin que interfiera en ello la normativa legal europea.

7. En segundo término, puede también percibirse un evidente «hechizo procesal de la regla *Lex Fori Regit Processum*». La actividad probatoria de los hechos y del Derecho constituye un conjunto de actos procesales. Como es sabido, los actos procesales se rigen por la ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori Regit Processum*: véase art. 3 LEC). La unidad de ley aplicable a todos los actos procesales, sujetos todos a la misma ley procesal, aconseja que cada Estado, de modo independiente, decida, en sus propias leyes procesales, y sin imposiciones derivadas de normas internacionales, el modelo de alegación y prueba del Derecho extranjero que prefiera.

<sup>9</sup> CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho...*, op. cit., 2016, pp. 531-542.

8. Frente a este gran silencio europeo, no debe olvidarse que las normas de conflicto elaboradas por la UE (art. 81 TFUE) solo son efectivas si se garantiza, al más alto nivel posible, la aplicación del Derecho extranjero designado por tales normas. En caso contrario, como se ha indicado antes, la «armonía internacional de soluciones» y la eliminación del *Forum Shopping*, objetivos buscados con dichas normas, se desvanece como el humo. Y se esfuma también el propósito último perseguido por tales normas, que es la defensa y el impulso de las libertades fundamentales de los ciudadanos de la UE, lo que es particularmente grave pues se trata, se insiste, de derechos «fundamentales» recogidos en la normativa europea<sup>10</sup>. Así lo destaca H. J. Sonnenberger, que se refiere a la existencia de «límites operativos del DIPr europeo» y entre ellos sitúa la carencia de reglas europeas relativas a la prueba del Derecho extranjero. Esta carencia, junto a otros factores —como la intervención del orden público internacional de cada Estado miembro, por ejemplo—, puede hacer que la sola unificación de las normas de conflicto en los Estados miembros no resulte suficiente para lograr un auténtico «espacio judicial europeo»<sup>11</sup>. En particular, subraya H. Rösler, las inmensas ventajas jurídicas que comporta la elección de ley a las situaciones privadas internacionales pueden verse en grave peligro si no se asegura, a nivel europeo, una aplicación efectiva de la ley estatal elegida por las partes<sup>12</sup>. Del mismo modo, explican Th. Schultz y D. Holloway, la proyección del «método del reconocimiento mutuo» de situaciones jurídicas legalmente creadas en otros Estados miembros resulta cuestionada si no existe un sistema efectivo de prueba del Derecho del Estado miembro de origen<sup>13</sup>.

9. Por ello, el art. 81.2.c) TFUE, como puntualiza J. Müller, ofrece una óptima base legal para que la UE elabore normas uniformes que opten por un sistema de prueba del Derecho extranjero que siga un modelo regulativo de colaboración entre tribunal y partes<sup>14</sup>. Normas que, como indican H.-P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, a la fecha presente, no existen<sup>15</sup>. Estas normas uniformes europeas bien podrían integrarse en un código operativo de

<sup>10</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «¿Constituye la aplicación de la “*lex fori*” en defecto prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?», en ESPLUGUES MOTA, C. *et al.* (coords.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum J. L. Iglesias Buhigues*, 2012, pp. 537-554. Véase igualmente TRAUTMANN, C., *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.

<sup>11</sup> SONNENBERGER, H. J., «Grenzen der erweisung durch europäisches internationales Privatrecht», *IPRax*, 2011-IV, pp. 529-534. En sentido similar, pero en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, LUTZI, T., «Der gleichberechtigte Zugang zur Ehe als Teil des französischen ordre public international», *IPRax*, 2015-4, pp. 381-382.

<sup>12</sup> RÖSLER, H., «Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung», *RabelsZ*, vol. 78, 2014, pp. 155-192. También GRUBER, U. P., «Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung», *IPRax*, 2012-V, pp. 381-391.

<sup>13</sup> SCHULTZ, Th. y HOLLOWAY, D., «Retour sur la comity (Première partie)», *JDI Clunet*, 2011, pp. 863-866.

<sup>14</sup> MÜLLER, J., *Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren: Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2011.

<sup>15</sup> MANSEL, H.-P., THORN, K. y WAGNER, R., «Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs», *IPRax*, 2015-1, pp. 1-32.

DIPr europeo, como ha sugerido T. Rauscher<sup>16</sup>. La existencia de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, creada por Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo, no constituye un auténtico «sistema de prueba del Derecho extranjero», no es de utilización obligatoria y no cubre toda posible contingencia sobre la cuestión. Se trata de un mero instrumento auxiliar que el juez competente puede activar o no, lo que dependerá del sistema vigente en su Estado miembro. Si dicho Estado sigue un sistema de prueba del Derecho extranjero a instancia de parte y las partes no lo prueban, la presencia de la Red Judicial Europea en materia civil de bien poco servirá.

### 3. MODELOS REGULATIVOS DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

#### 3.1. Aspectos generales

10. La regulación de la prueba procesal del Derecho extranjero pivota, como ha explicado de modo tan exhaustivo como brillante M. Jänterä-Jareborg, en torno a dos grandes modelos teóricos<sup>17</sup>. Con variantes y matices importantes, los distintos Estados siguen uno u otro «modelo» y ambos descañan en premisas económicas claras, bien expuestas por H. Muir-Watt<sup>18</sup>. La pregunta, en realidad, no es «qué modelo es preferible», sino «en qué casos debe emplearse cada uno de tales modelos o una combinación entre ambos», como muy bien sugiere la Sent. Trib. Reggio Emilia, Italia, de 3 de septiembre de 2007 (Ley vietnamita y divorcio)<sup>19</sup>. Las normas de conflicto son, precisa K. Oellers-Frahm, las «normas portadoras del sentido de la Justicia», mientras que las reglas sobre aplicación y prueba del Derecho extranjero son «reglas instrumentales» contenidas en «normas adjetivas»<sup>20</sup>. Las segundas están al servicio de las primeras. La colaboración entre tribunal y partes es el modelo regulativo preferible porque es el modelo regulativo que garantiza, en mayor medida, la correcta aplicación del Derecho extranjero y, en consecuencia, la correcta aplicación de la norma de conflicto. «Colaborar» es la palabra que lleva al resultado correcto, esto es, al resultado eficiente, al resultado constitucionalmente ajustado, al cumplimiento de la Justicia que realizan las normas de conflicto. No es casualidad que la mayor parte de los Estados se inclinen, en la actualidad, por «sistemas mixtos de prueba del Derecho extranjero». Este lo prueban los tribunales y las partes, que colaboran en ello de diferentes maneras, con diversa intensidad y en formas distintas (art. 14 LDIPr Italia, 31 de mayo de 1995; art. 15 Código DIPr Bélgica, 16 de

<sup>16</sup> RAUSCHER, T., «Von prosaischen Synonymen und anderen Schäden - Zum Umgang mit der Rechtssprache im EuZPR/EuIPR», *IPRax*, 2012-I, pp. 40-47.

<sup>17</sup> JÄNTERÄ-JAREBORG, M., «Foreign law in national courts: a comparative perspective», *Recueil ADI*, vol. 304, 2003, pp. 181-385.

<sup>18</sup> MUIR-WATT, H., «Loi étrangère», *Enc. Dalloz Droit international*, 2.<sup>a</sup> ed., 1998.

<sup>19</sup> *RDIPP*, 2008, pp. 638-639.

<sup>20</sup> OELLERS-FRAHM, K., «Lawmaking through Advisory Opinions?», *German Law Journal*, 2011, pp. 1033-1056.

julio de 2004; art. 16 LDIPr Suiza, 18 de diciembre de 1987). Estos Estados han elegido este «modelo regulativo mixto» no por casualidad o buenismo, sino porque, como ha apuntado F. Mélin, se trata del modelo que mejor garantiza una más correcta y cabal aplicación de la norma de conflicto y del Derecho extranjero designado por esta<sup>21</sup>. «Colaborar» es la palabra que marca el rumbo en relación con la prueba del Derecho extranjero en los países que disponen de un DIPr de calidad.

### 3.2. Modelo regulativo seguido en España. Los tres cuerpos legales

11. La regulación actual de las cuestiones relativas a la alegación y prueba del Derecho extranjero se halla dispersa en tres cuerpos legales diferentes del Derecho español que requieren una atención especial.

12. En primer término debe arrancarse de la «premisa valorativa principal» del régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero. Esta se contiene en el art. 12.6 CC. Este precepto reviste una importancia radical a la hora de perfilar la alegación y prueba del Derecho extranjero porque indica que las normas de conflicto son imperativas. En consecuencia, las partes no pueden prescindir de lo que indican tales normas de conflicto y pactar la «no aplicación» de las mismas cuando estas ordenen aplicar un Derecho extranjero al fondo del asunto. Del mismo modo, puede afirmarse que cuando la norma de conflicto española ordena aplicar un Derecho extranjero, es este y no otro el Derecho estatal que debe regular la situación privada internacional de la que se trate. Esta premisa valorativa condiciona todo el régimen de la alegación y prueba del Derecho extranjero en el sistema español.

13. En segundo término se halla el «núcleo valorativo central», concentrado en el art. 281.2 LEC. Este precepto constituye, como se ha avanzado, la clave de bóveda de todo el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero en el sistema español. El art. 281.2 LEC establece: *a)* la necesidad de prueba del Derecho extranjero; *b)* el objeto de la prueba cuando se trata de acreditar el Derecho extranjero, esto es, los extremos concretos a probar en relación con un Derecho extranjero, y *c)* la regla general de la atribución del deber subjetivo de probar del Derecho extranjero y las posibilidades de participación del tribunal en dicha prueba<sup>22</sup>.

El régimen de la prueba del Derecho extranjero contenido en el art. 281.2 LEC es un régimen general. Vincula, salvo regulación especial para ciertos sectores del Derecho, a todos los tribunales españoles en todos los órdenes jurisdiccionales, visto también el carácter supletorio de la LEC [STS CA de 16 de junio de 2009 (reconocimiento en España de título italiano de licen-

<sup>21</sup> MÉLIN, F., *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, PUAM, 2002, esp. pp. 29-39.

<sup>22</sup> El art. 281.2 LEC indica: «También serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero. [...] El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

ciado en Historia)<sup>23</sup>]. El art. 33.1 LCJIMC recuerda que este precepto es el que contiene la regulación general de la prueba del Derecho extranjero: «La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia».

Según el art. 281.2 LEC, el régimen de prueba del Derecho extranjero en el proceso judicial desarrollado en España es el régimen de prueba que el legislador ha previsto para los «hechos procesales» [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés)<sup>24</sup>, SAP de Barcelona de 14 de octubre de 2010 (divorcio de cónyuges marroquíes)<sup>25</sup>]. Ahora bien, «hechos procesales» y «Derecho extranjero» son realidades diferentes, ya que el Derecho extranjero no es un «hecho procesal» sino un conjunto de normas jurídicas, y tampoco desarrolla en el proceso la función propia de los hechos procesales, sino la función, estrictamente jurídica, consistente en solventar el fondo del litigio [STS de 20 de mayo de 2015 (Derecho belga)]<sup>26</sup>. Por ello, el régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero presenta ciertas particularidades en relación con el régimen de la prueba de los hechos. Lo expresa muy bien el TS cuando afirma que «el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba» [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), antes citada]. El TS subraya, en efecto, que el tratamiento jurídico de los «hechos procesales» y del Derecho extranjero es «similar», pero no «igual» o «el mismo».

El art. 281.2 LEC contiene diversos mandatos de regulación que pueden concretarse en los siguientes: 1.º) el Derecho extranjero debe ser probado; 2.º) debe probarse el «contenido» y la «vigencia» del Derecho extranjero; 3.º) como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero el tribunal puede utilizar de «medios de averiguación» del Derecho extranjero que considere necesarios para su «aplicación» (art. 281.2 LEC), y 4.º) el «Derecho extranjero» es algo totalmente diferente de los «hechos procesales»: los hechos procesales están sujetos a unas reglas determinadas de prueba que no son aplicables «tal cual» al Derecho extranjero. Sin embargo, es mucho más lo que el art. 281.2 LEC calla sobre la prueba del Derecho extranjero, que lo que dice, como ha indicado F. F. Garau Sobrino<sup>27</sup>.

14. En tercer lugar, los «contornos adjetivos», esto es, los aspectos procedimentales de la prueba del Derecho extranjero, quedan confinados en los arts. 33-36 LCJIMC. Estos preceptos contienen una regulación de tres importantes aspectos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: a) el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del

<sup>23</sup> Id Cendoj: 28079130042009100266.

<sup>24</sup> Id Cendoj: 28079110012015100235.

<sup>25</sup> Id Cendoj: 08019370182010100348.

<sup>26</sup> Id Cendoj: 28079110012015100390.

<sup>27</sup> GARAU SOBRINO, F., «La prueba del Derecho extranjero en la nueva LEC», *RGD*, marzo-abril de 2001, núms. 678-679, pp. 2343-2366.

Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); *b*) la solución a seguir en el caso de que resulte imposible probar el Derecho extranjero (art. 33.3 LCJIMC), y *c*) el régimen jurídico de la llamada «información del Derecho extranjero», esto es, la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un concreto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.

15. El modelo regulativo seguido en España se contiene en el núcleo valorativo central: el art. 281.2 LEC. Este precepto contiene un sistema sencillo de prueba del Derecho extranjero que podía y debía funcionar correctamente, pues está basado en principios básicos muy claros.

La regla general es sencilla: la prueba del Derecho extranjero la deben realizar las partes, no los tribunales de Justicia españoles. La parte que, por indicación de la norma de conflicto española, deba fundamentar su pretensión en un Derecho extranjero, deberá también probar tal Derecho extranjero. La carga de la prueba del Derecho extranjero recae, pues, sobre las partes. Esta regla general se justifica por dos razones. Primera: visto que la aplicación del Derecho extranjero afecta a un «interés particular» y no a «intereses de la comunidad social», es justo que sean las partes las que asuman los costes de la prueba del Derecho extranjero y no los órganos judiciales ni el erario público [SAP de Barcelona de 25 de marzo de 2009 (divorcio entre cónyuges argentinos)]<sup>28</sup>. Segunda: el legislador español entiende que las partes están «mejor situadas» que el juez para poder probar el Derecho extranjero a un coste más reducido [STS de 17 de abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), citada]. En consecuencia, la imputación a las partes del coste de la prueba del Derecho extranjero es una regla eficiente y por eso se acepta y se asume como «centro de la solución». La eficiencia de una norma asegura su constitucionalidad. Una regla no eficiente no es constitucional, pues vulnera la tutela judicial efectiva. Este régimen es aplicable en relación con las normas de conflicto puramente localizadoras pero también en relación con las normas de conflicto materialmente orientadas y con aquellas incluidas en instrumentos legales internacionales, esto es, convenios internacionales y normativa europea<sup>29</sup>. En relación con la prueba de las llamadas «normas internacionalmente imperativas» podrían realizarse consideraciones de «aplicación reforzada» de las mismas, como las sugeridas por J. D. Lüttringhaus, que exceden el alcance de este modesto trabajo<sup>30</sup>. La regla general descrita no especifica qué concreta parte procesal debe probar el Derecho extranjero: demandante o demandado. La cuestión se resuelve, como ha perfilado el TS, a través del muy conocido «principio de adquisición procesal», que presenta un triple alcance en litigios regidos por el Derecho extranjero [STS de 17 de

<sup>28</sup> Id Cendoj: 08019370122009100200.

<sup>29</sup> HARTLEY, T. C., «Beyond the Proper Law: Mandatory Rules under Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», *European Law Review*, 1979, pp. 236-244.

<sup>30</sup> LÜTTRINGHAUS, J. D., «Eingriffsnormen im internationalen Unionsprivat- und Prozessrecht: Von Ingmar zu Unamar (EuGH, S. 174)», *IPRax*, 2014-2, pp. 146-152.

abril de 2015 (cesión de créditos y Derecho holandés), ya citada, y SAP de Lleida de 15 de enero de 2016 (matrimonio entre cónyuges búlgaros)<sup>31</sup>].

En primer término, cualquiera de las partes puede probar el Derecho extranjero y aportarlo al proceso. Lo más habitual es que el Derecho extranjero sea probado por la parte a la que interesa la aplicación de un Derecho extranjero, esto es, por la parte que «invoca el Derecho extranjero» a su favor. Sin embargo, debido al citado principio de «adquisición procesal», el art. 281 LEC no indica qué parte en concreto debe probar el Derecho extranjero. Por tanto, la parte que puede probar el Derecho extranjero puede ser el demandante o el demandado, eso es irrelevante. Por ello, y con arreglo al art. 217.2 y 3 LEC, el demandante debe alegar y probar el Derecho extranjero si fundamenta en él su demanda, y el demandado debe alegar y probar el Derecho extranjero si basa en él su contestación a la demanda o su reconvenición. Si el demandante litiga con arreglo al Derecho español y el demandado contesta a la demanda o reconviene con fundamentos de Derecho extraídos del Derecho extranjero que considera aplicable, entonces debe el demandado probar el Derecho extranjero. Si el demandado, en este caso, no prueba el Derecho extranjero, deberá soportar las consecuencias negativas de su falta de prueba. Por otra parte, si es parte en el proceso la Abogacía del Estado y dicha parte basa su posición jurídica en un Derecho extranjero, corresponde a la misma la prueba de tal Derecho [STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2014 (contrato de trabajo a ejecutar en Italia)<sup>32</sup>].

En segundo término, la más que centenaria jurisprudencia de la Sala 1,<sup>a</sup> del TS indica que un litigio regido por el Derecho extranjero debe regirse por tal Derecho extranjero pero que si no se prueba este, se aplicará el Derecho material español. Según el TS, en caso de falta de prueba del Derecho extranjero por las partes, desestimar la pretensión vulneraría la tutela judicial efectiva. Esta afirmación, combinada con el principio de adquisición procesal, comporta una consecuencia demoledora para la estrategia procesal de las partes. En efecto, si el pleito se rige por un Derecho extranjero y el demandante no lo prueba, el demandado debe estar muy atento, puesto que si se limita a contestar a la demanda y a decir en ella, simplemente, que el demandante debe probar el Derecho extranjero pero dicho demandado no prueba tal Derecho extranjero, el TS le aplicará el Derecho material español. Esta conclusión del TS no solo es injusta, pues obliga al demandado a soportar las consecuencias negativas derivadas de la inactividad probatoria del demandante, sino que resulta contraria a la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6 CC) y al principio de congruencia (art. 218 LEC). Pero es lo que el TS impone.

En tercer lugar, una vez que las pruebas sobre el Derecho extranjero han sido debidamente aportadas al proceso, el tribunal las valora de modo global e independiente. Ello significa que el tribunal valora la prueba del Derecho extranjero ya favorezca o no a la parte que las ha aportado.

<sup>31</sup> Id Cendoj: 25120370022016100008.

<sup>32</sup> Id Cendoj: 28079340022014100876.

16. La regla general descrita —aplicación del Derecho extranjero a instancia de parte—, se completa con dos reglas especiales.

La primera regla especial consiste en que el tribunal competente puede ayudar, complementar o completar la prueba realizada por las partes, si bien no puede sustituir a las partes en la prueba del Derecho extranjero. Así lo confirma el Preámbulo (V) de la LCJIMC 2015: «[n]uestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba, valiéndose de cuantos medios de averiguación estime necesarios».

La segunda regla especial indica que el tribunal competente debe intervenir y probar el Derecho extranjero cuando las partes, pese a haber intentado de buena fe la prueba del mismo, no lo hayan logrado. Es decir, solo en casos verdaderamente excepcionales deben los tribunales españoles «reemplazar» a las partes y probar ellos mismos el Derecho extranjero. El TC subrayó, en esta línea, que ello se producía, exclusivamente, cuando las partes intentan probar el Derecho extranjero de buena fe y hacen todo lo posible al efecto, pero no consiguen probarlo por imposibilidad fáctica. Pues bien, en tales casos, el tribunal está obligado a probar, de oficio, el Derecho extranjero, siempre que ello le resulte posible. Esta importante inflexión valorativa de un sistema construido sobre la prueba del Derecho extranjero a instancia de parte permite evitar que se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva. Por eso, precisamente, y ceñido a este específico supuesto, debe intervenir el tribunal en la prueba del Derecho extranjero.

### **3.3. Impacto de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil**

17. El art. 281.2 LEC contiene una serie de «principios regulativos» de la prueba del Derecho extranjero que dejaban una amplia iniciativa a los tribunales para que estos pudieran concretar las respuestas a los perfiles más específicos, esto es, a los casos concretos más difíciles. Pues bien, frente a ello, frente a un sistema flexible de prueba del Derecho extranjero en el que intencionadamente varias cuestiones se dejaron sin regulación legal para que fuera esta completada por los tribunales, resulta que el legislador español de 2015 ha cambiado de opinión, de manera radical, sobre los ejes técnicos del sistema. Sin mucha convicción ni sistema, todo sea dicho, el legislador español de 2015 elaboró de nuevo cuño una regulación adjetiva y detallista que desarrollaba los principios valorativos contenidos en el art. 281.2 LEC. Por tanto, el legislador español de 2015 ha querido superar al del año 2000, y ha querido abandonar una regulación de corte jurisprudencial nacida en dicho año 2000 para acoger una regulación reglamentista de los detalles de la prueba del Derecho extranjero, hoy recogida en los arts. 33-36 LCJIMC. Sin embargo, esta tentativa procedimentalista de regular legalmente los «detalles concretos» de la prueba del Derecho extranjero no ha conseguido su objetivo. Esa es la verdad. En efecto, aunque los arts. 34-36 LCJIMC han abordado

algunos extremos de la prueba del Derecho extranjero no regulados por el art. 281.2 LEC, resulta que tales preceptos elaborados en 2015 ni han colmado todas las lagunas del art. 281.2 LEC, ni todas las lagunas que se han colmado lo han sido de modo acertado.

18. El resultado ha sido la mezcla de sistemas, esto es, el sincretismo sistémico como modelo —algo muy español—, lo que en sí es ya más que preocupante. Se puede afirmar, así, que el legislador español ha desdibujado y ha deconstruido su propio modelo técnico de prueba del Derecho extranjero. En efecto, tras la entrada en escena de los arts. 33-36 LCJIMC, puede afirmarse que estos preceptos solo han proporcionado regulación legal positiva a tres aspectos concretos relacionados con la prueba del Derecho extranjero: *a)* el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.2 y 4 LCJIMC); *b)* la solución a seguir en el caso de que resulte imposible probar el Derecho extranjero tanto por las partes como por el juez (art. 33.3 LCJIMC), y *c)* el régimen jurídico de la «información del Derecho extranjero», aspecto que la LEC 1/2000 no regulaba, ni bien ni mal.

19. Estos arts. 33-36 LCJIMC no han resuelto otras lagunas del art. 281.2 LEC. Por tanto, la mayor parte de las carencias regulativas que mostraba este último precepto siguen sin una disciplina legal concreta y deben ser integradas a través de soluciones extraídas de la jurisprudencia, lo cual, dicho sea de paso, es hasta mejor, pues dinamiza el sistema de DIPr de modo extraordinario, en palabras de H.-P. Mansel, K. Thorny y R. Wagner<sup>33</sup>. Es decir, tal y como se ha hecho desde el año 2000 con arreglo a los ejes técnicos del art. 281.2 LEC. Quedan, pues, o mejor dicho, siguen en manos de los tribunales cuestiones de máxima importancia no reguladas por el art. 281.2 LEC pero tampoco contempladas ahora por los arts. 33-36 LCJIMC y que se suponía que, vistos los nuevos «ejes técnicos» que sustentan tales preceptos, estos iban a regular. Se trata, subraya A. Rodríguez Benot, de aspectos tales como: 1.º) el régimen jurídico de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias de una falta de alegación del mismo; 2.º) el momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero; 3.º) la lista de medios de prueba o acreditación del Derecho extranjero a utilizar por las partes; 4.º) la precisión de las partes que deben o pueden probar el Derecho extranjero; 5.º) la interpretación del Derecho extranjero<sup>34</sup>; 6.º) el control de constitucionalidad del Derecho extranjero en su sistema jurídico<sup>35</sup>, y 7.º) las consecuencias jurídicas de la falta de prueba del Derecho extranjero debido a la pasividad de las partes.

<sup>33</sup> MANSEL, H.-P., THORN, K. y WAGNER, R., «Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?», *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

<sup>34</sup> Se trata de un tema clásico, lo que aumenta la sorpresa del intérprete al comprobar que la Ley 29/2015 no se ha ocupado de la cuestión. Véase RODRÍGUEZ BENOT, A., «La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT*, 8, 1, 2016, pp. 234-259 y, sobre la cuestión en sí, BROGGINI, G., «Conoscenza e interpretazione del diritto straniero», *Schweizerisches Jahrbuch für internationale Recht*, 11, 1954, pp. 105-170; *id.*, «Die Maxime "iura novit curia" und das ausländische Recht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 155, 1956, pp. 469-485.

<sup>35</sup> LIPSTEIN, K., «Proof of Foreign Law: Scrutiny of its Constitutionality and Validity», *BYBIL*, 42, 1967, pp. 265-270; CARBONE, S. M., «Sul controllo di costituzionalità nella norma straniera richiamata»

20. El resultado de esta mezcla de sistemas técnicos es que el operador jurídico debe combinar un «sistema de textura abierta» de prueba del Derecho extranjero —recogido en el art. 281.2 LEC—, con un «sistema reglamentista parcial de prueba del Derecho extranjero» —contenido en los arts. 33-36 LCJIMC—. Es fácil percibir que algunas cuestiones de la prueba del Derecho extranjero siguen el modelo de «textura abierta», el modelo del año 2000, mientras que otras han sucumbido a la fiebre del «modelo reglamentista» del año 2015. La vida del operador jurídico que se dedica al DIPr no es sencilla y el legislador español no colabora ni quiere colaborar en hacerla más lógica, más racional y más práctica.

#### 4. LA CUESTIÓN CRUCIAL: *QUID FACERE* EN CASO DE FALTA DE PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y EL ART. 33 LCJIMC

##### 4.1. Prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea

21. Los supuestos de prueba imposible del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea se presentan en casos de países de reciente creación, países en situación de guerra o inestabilidad política y social extrema, calamidades sanitarias, catástrofes naturales, coste exorbitante de la prueba del Derecho extranjero, etc. En este escenario fáctico, la prueba del Derecho extranjero puede resultar imposible o puede solo obtenerse una información insuficiente, parcial, segmentada, deficiente y defectuosa del Derecho extranjero. En dichos supuestos, el art. 281.2 LEC guarda un total silencio. Sin embargo, el art. 33.3 LCJIMC sí se ha ocupado de la cuestión de manera expresa.

22. La solución que el precepto citado suministra para este caso es sencilla. El art. 33.3 LCJIMC indica que «[c]on carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español». Esta solución (*Lex Materialis Fori ut extrema ratio*) se sigue también en otros países (Francia: Sent. Cass. 21 de noviembre de 2006)<sup>36</sup>.

Es cierto que el art. 33 LCJIMC nada indica sobre los elementos que deben concurrir para considerar que no se ha podido acreditar el Derecho extranjero. Esta imposibilidad de prueba del Derecho extranjero la debe declarar el juez. No bastan meras afirmaciones de las partes en el sentido de que la prueba de un concreto Derecho extranjero «es imposible» o «es posible», «es prácticamente imposible», «hay un guerra en el país en cuestión», «resulta

ta», *RDIPP*, 1963, pp. 685-696; *id.*, «Il diritto straniero ed il giudice italiano: presente e prospettive di sviluppo», *RDI*, vol. LXXIV, 1991, pp. 838-849; *id.*, «La conoscenza del diritto straniero e il giudice italiano», *DCI*, 2009, pp. 193-206.

<sup>36</sup> Texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007053352&fastReqId=1987204153&fastPos=1>.

muy costosa» u otras similares. Otros autores, por el contrario, admiten que no es preciso probar esta imposibilidad y que la tesis de los «hechos admitidos» debe operar también en este campo. De ese modo, si las partes están de acuerdo en que es imposible probar el Derecho extranjero, el juez lo tendrá por probado y se aplicará el Derecho español<sup>37</sup>. No parece, sin embargo, que ello deba ser así, por el peligro que supone para la imperatividad de la norma de conflicto, por el incentivo que crea a las partes para seguir conductas estratégicas que suponen la inaplicación del Derecho extranjero y porque nada indica que la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero, que constituye en sí mismo un «hecho» no deba seguir el régimen general de la prueba de los hechos recogido en la LEC.

Debe entenderse que la circunstancia de la «imposibilidad de prueba del Derecho extranjero» está sometida al régimen general de la prueba (art. 282 LEC). En sintonía con ello cabe afirmar lo que sigue: *a*) la parte que sostiene que no puede probar el Derecho extranjero debe acreditar dicha imposibilidad de prueba; *b*) la parte que sostiene, en su caso, que sí es posible acreditar el Derecho extranjero, debe aportar los elementos que permiten dicha prueba; *c*) si una parte indica que es imposible probar el Derecho extranjero y, por tanto, litiga con arreglo al Derecho español, y la otra parte no indica nada al respecto y contesta también con arreglo al Derecho español, en realidad nada se ha probado, ni a favor ni en contra, ni por una parte ni por otra. El juez decidirá entonces si, a su criterio, es imposible o no la prueba del Derecho extranjero, y *d*) si el juez concluye que es imposible probar el Derecho extranjero, entonces aplicará el Derecho sustantivo español (art. 33.3 LCJIMC). Y si queda convencido de que es o era o puede ser perfectamente posible probar el Derecho extranjero, entonces no puede aplicar el Derecho sustantivo español. En tal caso, debe desestimar las pretensiones de la parte que tenía el deber jurídico de probar el Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio regido, imperativamente por tal Derecho extranjero.

23. Esta respuesta legal muestra cierta lógica y se construye sobre dos argumentos muy sencillos: *a*) no puede dejarse sin tutela judicial efectiva a las partes, que tienen derecho a una decisión judicial sobre el fondo del asunto. Si la prueba del Derecho extranjero es imposible, algún Derecho habrá que aplicar para proporcionar una solución a las partes. El caso no puede quedar imprejugado con el indefendible argumento de que no es posible probar el Derecho extranjero. La tutela judicial efectiva queda, así, salvaguardada (Preámbulo V LCJIMC). El juez podrá así dictar su sentencia y las partes verán satisfecha la tutela judicial efectiva; *b*) optar por la aplicación del Derecho material del foro (*Lex Materialis Fori*), esto es, por el Derecho material español, parece una solución bastante razonable. Se trata, en definitiva, de un Derecho cuya aplicación puede ser prevista por las partes que litigan ante tribunales españoles en las hipótesis excepcionales en las que el Derecho

<sup>37</sup> En tal sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 240.

extranjero designado por la norma de conflicto no haya podido probarse. Esa solución no resulta, pues, imprevisible para los litigantes. Quien litiga ante los tribunales españoles debe asumir esta solución, esto es, la aplicación del Derecho material español, para casos excepcionales en los que no se puede probar el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto.

24. El art. 33.3 LCJIMC no aborda de manera expresa el complejo supuesto que se plantea cuando solo algunos preceptos del Derecho extranjero han podido ser acreditados de modo suficiente, mientras que otras disposiciones legales no han sido probadas, y resulta muy dificultoso recabar una información más profunda sobre los mismos. Pues bien, en tal caso es preciso ofrecer una solución articulada: 1.º) los preceptos del Derecho extranjero que se hayan probado satisfactoriamente, se aplicarán, y 2.º) los aspectos jurídicos regulados por un Derecho extranjero cuya prueba ha resultado imposible o insuficiente se regirán por el Derecho designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si existe, y en última instancia, se regirán por el Derecho material español siempre que ello resulte conciliable con el Derecho extranjero que sí puede ser aplicado [SAP de Madrid de 1 de abril de 2014 (contratos sujeto a la ley argentina)<sup>38</sup>, SAP de Navarra de 29 de diciembre de 2004<sup>39</sup>, STSJ Comunidad Autónoma País Vasco CA de 28 de diciembre de 2009 (prueba parcial del Derecho colombiano)<sup>40</sup>].

#### **4.2. Falta de prueba del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto española o europea por carencia de voluntad de los litigantes**

25. El auténtico *punctum dolens* del sistema, esto es, la solución jurídica a observar en el caso de que el Derecho extranjero no haya sido probado con arreglo a los criterios de imputación subjetiva recogidos en el art. 281 LEC, era la cuestión que reclamaba una solución práctica eficaz y efectiva por parte de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. El art. 33.3 LCJIMC, en teoría, iba a operar cual auténtico cáliz salvífico que, una vez bebido con fruición, terminaría, de una vez por todas, con la inseguridad jurídica, esto es, con la incerteza de no saber qué hacer y qué Derecho debía aplicarse en el caso de un litigio regido por un Derecho extranjero que no ha sido probado por desidia, dejadez o mera falta de voluntad de las partes.

26. Esta cuestión era particularmente grave y necesitaba de una clarificación legal más que urgente ante el cruel silencio al respecto que muestra el art. 281.2 LEC. La regulación del *quid facere* en el caso de falta de prueba del Derecho extranjero reclamaba una solución por parte del legislador y así lo había denunciado la doctrina. Lo admite el mismo Preámbulo de la

<sup>38</sup> Id Cendoj: 28079370252014100134.

<sup>39</sup> Id Cendoj: 31201370022004100500.

<sup>40</sup> Id Cendoj: 48020330032009100573.

LCJIMC: «[s]e ha buscado de este modo incidir en uno de los aspectos más controvertidos del sistema de alegación y prueba del Derecho extranjero». En efecto, el sistema de prueba del Derecho extranjero recogido en el art. 281.2 LEC ha funcionado razonablemente bien salvo en esta cuestión. El precepto guarda silencio sobre qué hacer en los casos de falta de prueba del Derecho extranjero y ante este gran silencio, diversas tesis vieron la luz en doctrina y jurisprudencia. Al menos cuatro tesis diferentes pugnaban por convencer: *a)* tesis de la inadmisión de la demanda; *b)* tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero; *c)* tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho material español, y *d)* tesis de la desestimación de la demanda. Las dos primeras han sido seguidas en escasísimas ocasiones por los tribunales españoles y pueden considerarse radicalmente *contra legem*.

27. Quedan las otras dos tesis, enfrentadas en una auténtica *medieval joust*. El primer combatiente es la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, que, perfectamente escoltado por muy numerosos autores, defiende la regla que él mismo creó en 1864: en defecto de prueba del Derecho extranjero debe aplicarse el Derecho sustantivo español y no hay más que hablar. Si las partes argumentan, exclusivamente, sobre la base del Derecho español, y no alegan ni prueban el Derecho extranjero al que remite la norma de conflicto, es aplicable entonces, indica el TS, Sala 1.<sup>a</sup>, el Derecho material español. Bienvenidos a la *Back To Lex Fori Rule*. Esta tesis la siguen, en la actualidad, muchas Audiencias Provinciales españolas, sin duda para evitar recursos de casación ante el TS, por seguidismo judicial y por el *metus reverentialis* que experimentan ante la doctrina del TS, más que por convicción propia. Esta tesis fue forjada por el TS sobre la base de las *Partidas* alfonsinas del siglo XIV en su famosa STS de 21 de junio de 1864 (sucesión del Duque de Cadaval e inaplicación de las leyes portuguesas por falta de prueba) y reafirmada, ampliada y concretada, con puño de hierro, a partir de la STS de 3 de mayo de 1897<sup>41</sup>. La tesis provoca un efecto devastador en la aplicación práctica de las normas de conflicto, pues, en dicción de J. C. Fernández Rozas, las convierte en normas que solo son «formalmente imperativas», de modo que dejan de ser normas «realmente imperativas», lo que supone un desprecio total del art. 12.6 CC<sup>42</sup>. Es también una tesis apoyada por ciertos autores, que defienden que el sistema español de DIPr debe operar como un *Fakultatives Kollisionsrecht*<sup>43</sup>. Estos autores sostienen que la ley aplicable a una situación privada internacional es la ley sustantiva española, a menos que las partes prueben el Derecho extranjero al que remiten las normas de conflicto europeas o españolas. Estos autores

<sup>41</sup> Texto de la STS de 21 de junio de 1864 en PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Madrid, Ed.RDP, 1981, pp. 347-350, y, más extenso y con muy oportunos comentarios, en MIRALLES SANGRO, P. P., *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 64-73.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Art. 12.6 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1995, pp. 973-1082.

<sup>43</sup> VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 517-535; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2016, pp. 237-244.

afirman que el Derecho extranjero solo se aplica si las partes lo hacen valer y lo prueban, pero tales partes son libres de «prescindir» de las normas de conflicto españolas y de indicar al tribunal que desean que el litigio se rija por el Derecho sustantivo español. Es importante señalar que la Sala de lo Social del TS ha afirmado, en relación con esta tesis seguida por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, que «la Sala acata esta doctrina, aunque no la comparte». Se trata de una afirmación que encierra una gran verdad. Esa gran verdad es que la tesis sostenida por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS es una tesis equivocada porque es *contra legem*. También debe subrayarse que, pese a lo que erróneamente ha sostenido cierta jurisprudencia (STS, Social, 4 de noviembre de 2004<sup>44</sup>, STSJ País Vasco Social, 4 de octubre de 2005<sup>45</sup>), el TC nunca ha afirmado que la tesis de la aplicación sustitutiva del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero sea la única tesis que encaja con la tutela judicial efectiva constitucional (art. 24 CE).

28. En el otro extremo de la justa medieval se halla la tesis antagónica, la tesis de la desestimación de la demanda. Los defensores de esta postura sostienen que si una parte argumenta sus posiciones procesales, exclusivamente, sobre el Derecho español y no invoca ni prueba el Derecho extranjero, siendo tal Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, el tribunal debe dictar una sentencia desestimatoria de su pretensión. Esta tesis ha sido defendida, con una valentía rebelde digna de todo encomio, por algunos tribunales inferiores, antes y después del vigente art. 281.2 LEC, en una posición radical de doctrina minoritaria frente a la abrumadora posición dominante. También fue defendida por la Sala de lo Social del TS entre 2001 y 2004<sup>46</sup>. Fue apoyada por el Ministerio Fiscal en el caso resuelto por la STC 172/2004, de 18 de octubre, y entre la doctrina, con matices, es también una posición minoritaria. En otros países cuenta con crédito solvente: se sostiene en los Estados Unidos desde hace años (*Crosby vs. Cuba Railroad Co*, 1912; *Walton vs. Arabian American Oil Company*, 1956) y fue también seguida en el pasado, para ciertos litigios, en Francia (regla *Latour-Thinet*), Suecia y Japón.

29. Pues bien, entre estas dos grandes tesis enfrentadas, ve la luz el tantas veces citado art. 33.3 LCJIMC. Se suponía que esta ley, por una parte, iba a mantener y confirmar, en su caso, las líneas maestras del sistema instaurado por el art. 281.2 LEC y que, por otra parte, iba a acabar, por fin, con la incerteza judicial del «qué hacer» en caso de falta de prueba del Derecho extranjero. El primer propósito se cumplió. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil no solo ha mantenido el sistema de prueba del Derecho extranjero en España a instancia de parte, sino que lo ha reforzado, consolidado y robustecido de manera terminante,

<sup>44</sup> Id Cendoj: 28079140012004101202.

<sup>45</sup> Id Cendoj: 48020340012005101645.

<sup>46</sup> STS, Social, 22 de mayo de 2001 (Id Cendoj: 28079140012001100943), STS, Social, 25 de mayo de 2001. La STS, Social, 4 de noviembre de 2004 (Id Cendoj: 28079140012004101202), vuelve atrás, abandona dicha jurisprudencia, y se inclina a favor de la aplicación subsidiaria del Derecho español, debido a una equivocada lectura de la jurisprudencia del TC.

clara y rotunda. Así lo confirma el Preámbulo (V) de dicha ley: «En materia de prueba del Derecho extranjero, no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». Ahora bien, los problemas relativos al «qué hacer» en caso de falta de prueba del Derecho extranjero no solo no han desaparecido, sino que han aumentado. El segundo propósito no se ha cumplido. En realidad, el art. 33.3 de dicha ley no ha resuelto nada de nada. El precepto ha introducido más confusión de la que ya existía en la intelección del sistema en relación con la falta de prueba del Derecho extranjero por carencia de voluntad de las partes al efecto. En esta línea, el art. 33.3 LCJIMC constituye una norma plenamente desafortunada por diversos motivos.

30. En primer lugar, esta norma no colma las lagunas más importantes del sistema. La Ley 29/2015, de 20 de julio, quiso abordar el problema suscitado por la falta de prueba del Derecho extranjero cualquiera que fuese la causa de dicha falta de prueba: imposibilidad fáctica, desidia de las partes y/o de sus abogados, conducta estratégica de los litigantes, etc. Esta inicial voluntad del legislador español de regulación global de todos los casos en los que, por falta de voluntad de las partes o por imposibilidad fáctica, no se pueda probar el Derecho extranjero se puede apreciar en el Preámbulo de la LCJIMC. El texto se refiere a las dos grandes tesis que pugnan por prevalecer en los supuestos en los que las partes no han querido probar el Derecho extranjero: «[e]n la práctica forense se habían propuesto en esencia dos soluciones, la desestimación de la demanda y la aplicación de la *lex fori*. El presente texto se decanta por esta última solución, que es la tradicional en nuestro sistema y la mayoritaria en los sistemas de Derecho internacional privado de nuestro entorno...». Pues bien, sabido es que estas dos soluciones no se habían propuesto solamente para el caso de «prueba imposible del Derecho extranjero», sino más bien para el caso, mucho más frecuente, mucho más relevante y mucho más práctico, que surge cuando las partes no han querido probar el Derecho extranjero y no lo han hecho. El legislador español de 2015 quiso abordar todos esos supuestos, eso es cierto. Sin embargo, no lo hizo. Esa es la verdad. En efecto, tras diversos avatares, es evidente que el art. 33.3 LCJIMC solo se ocupa de la cuestión de la imposibilidad fáctica de prueba del Derecho extranjero. Los otros casos, esto es, los que se plantean cuando las partes argumentan directamente sobre el Derecho material español y no alegan y/o no prueban el Derecho extranjero y cuando el demandante presenta su demanda fundada en el Derecho español, y el demandado se limita a contestar que el Derecho español no es aplicable, sino que lo es el Derecho extranjero, Derecho que el demandado tampoco prueba, no han sido resueltos por la Ley 29/2015. Por tanto, la laguna legal persiste en estos dos casos. El art. 33.3 LCJIMC no ha colmado esas dos muy relevantes lagunas legales. Nótese que el precepto subraya que la aplicación del Derecho material español no procede cuando las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no han querido hacerlo. Todo lo contrario. Según el precepto, la aplicación del Derecho español solo procede «en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia

del Derecho extranjero» (= las partes no han «podido acreditar» el Derecho extranjero). El verbo empleado es «poder». Este enfoque resulta confirmado por el Preámbulo (V) LCJIMC en varias de sus frases: *a)* indica dicho texto que «se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español»; *b)* se vuelve a subrayar por el mismo texto que: «[n]o se especificaba hasta la fecha qué había que hacer en aquellos supuestos en los que el Derecho extranjero no haya podido probarse». De nuevo aparece en este texto el verbo de moda: «poder»: el Derecho español se aplica solo si el Derecho extranjero no ha *podido* probarse, y *c)* y aún hay más: «La falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido». Ahora se emplea el verbo «conseguir»: el Derecho español se aplica cuando las partes no han conseguido probar el Derecho extranjero, lo que equivale a «no han podido probar» el Derecho extranjero. En todos estos textos extraídos del Preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil queda claro que el legislador español solo ha declarado que se debe aplicar el Derecho material español cuando el Derecho extranjero no ha podido ser probado. En conclusión, puede afirmarse que el art. 33.3 LCJIMC solo ofrece solución a los casos en los que resulta imposible para las partes, incluso con la ayuda del tribunal, probar el Derecho extranjero. También es aplicable a los casos en los que el juez español debe probar el Derecho extranjero pero no puede hacerlo por imposibilidad fáctica. Es preciso volver a subrayar que la norma en cuestión no regula los supuestos, frecuentísimos, en los que las partes, pudiendo perfectamente hacerlo, no prueban el Derecho extranjero porque no quieren, bien sea porque no les conviene, porque no desean gastar recursos en probar un Derecho extranjero o por ambos motivos. Esta era la laguna legal más grave y la que había que colmar con mayor urgencia, y es esta la laguna que el art. 33.3 LCJIMC ha mantenido. La polémica ciclópea existente en doctrina y jurisprudencia —polémica que continúa tras la Ley 29/2015—, surge y persiste porque no existe una norma legal que indique la concreta solución jurídica que debe dispensarse al caso en el que las partes, pudiendo hacerlo, no quieren probar y no prueban el Derecho extranjero. Este caso continúa huérfano de regulación legal. La polémica continuará en jurisprudencia y doctrina. El legislador no colabora. No quiere colaborar. No ayuda. El peligro al que conduce la famosa ecuación denunciada por H. U. Walder no se ha conjurado<sup>47</sup>.

31. En segundo lugar, esta norma es, hay que subrayarlo, inútil desde el punto de vista práctico. En realidad, desde el punto de vista de la práctica forense, el art. 33.3 LCJIMC es una norma estéril, inefectiva e inane. En efecto, la norma solo regula un caso, la imposible prueba del Derecho extranjero,

<sup>47</sup> WALDER, H. U., «Passivität = lex fori?», *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1975, pp. 105-109.

que se verifica en ocasiones muy poco frecuentes ante los tribunales españoles. De hecho, apenas existen casos en la jurisprudencia española en los que los tribunales españoles se hayan tenido que enfrentar a la aplicación de un Derecho extranjero cuya prueba, tanto por las partes como por el juez, es fácticamente imposible. En el famoso caso fallado por la STC 10/2000, de 17 de enero (caso de los armenios), se abordó, en efecto, la precisión de la ley aplicable a la separación de dos cónyuges de nacionalidad armenia y el Derecho armenio, aplicable a la separación judicial de los mismos, no pudo ser probado por la actora. El TC indicó que el tribunal español debía colaborar con las partes para probar el Derecho de dicho país, pero ante la dificultad de prueba del Derecho armenio no ordenó aplicar el Derecho español. Ahora, con el art. 33.3 LCJIMC el juez deberá aplicar Derecho material español para salvaguardar la tutela judicial efectiva. Por otro lado, la justificación que ofrece el legislador se ancla en la tutela judicial efectiva: «Se considera prudente especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español, en evitación así de una denegación de justicia que podría ser injustificada si se desestimara la demanda, y en búsqueda de la efectiva tutela judicial» (Preámbulo V LCJIMC).

32. En tercer lugar, esta norma es *lege forista*. La doctrina había sugerido una solución parcialmente distinta a la que hoy se puede leer en el art. 33.3 LCJIMC. Se había sugerido, en esta línea: *a)* aplicar al Derecho estatal designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto española o europea, si es que existe dicho punto de conexión. Esta solución, plenamente respetuosa con el principio de proximidad y previsibilidad de soluciones conflictuales para las partes, fue seguida por la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2000 (Derecho iraní, si bien esta sentencia descarta la aplicación de tal Derecho por vulnerar el orden público internacional español y no por prueba imposible)<sup>48</sup>; *b)* en el caso de que la norma de conflicto solo disponga de un único punto de conexión, debe aplicarse el Derecho material español (*Lex Fori ut extrema ratio*), que es la solución única que hoy consta en el art. 33.3 LCJIMC. En este sentido, el precepto es *legeforista*, pues ignora los diversos puntos de conexión que la norma de conflicto puede contener. El art. 33.3 LCJIMC ignora la «justicia de las conexiones» contenida en la norma de conflicto, desatendida por el legislador español de 2015. Si el Derecho estatal designado por el primer punto de conexión no puede probarse, el art. 33.3 LCJIMC indica que podrá aplicarse, sin mayores matices, el Derecho material español. El precepto no ha contemplado la solución, conflictualmente más ajustada, consistente en aplicar el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de una norma de conflicto que dispone de diversos criterios de conexión. Detrás de esta elección de política jurídica, naturalmente, late el inconfesable pero verdadero deseo primario, e incluso primitivo del legislador español, de potenciar la aplicación del Derecho material español a casos que,

<sup>48</sup> Id Cendoj: 28079370022000100227.

inicialmente, deberían quedar sujetos a un Derecho extranjero. El legislador español no puede reprimir su instinto: está en su ADN aumentar el campo de aplicación del Derecho material español incluso en contra de las conexiones que recogen las normas de conflicto españolas y europeas.

33. En cuarto lugar, este precepto genera inseguridad jurídica. Los términos en los que parece redactado el art. 33.3 LCJIMC no son afortunados, ni para el juez ni para las partes, lo que aconseja realizar diversas observaciones.

*Primera.* En el caso de prueba imposible del Derecho extranjero, la norma expresa que «podrá aplicarse el Derecho español». La norma dice que «podrá» aplicarse el Derecho español, no que este «será aplicable» o que «deberá aplicarse el Derecho español». Por tanto, el juez no está obligado a aplicar el Derecho material español incluso si resulta imposible probar el Derecho extranjero. Está autorizado a ello, pero no obligado. En consecuencia, el juez español puede activar otras soluciones ante la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero. En especial, nada impide que el juez español aplique el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto, si es que existe. El juez español, en definitiva, no debe seguir una solución terminante basada en la aplicación del Derecho material español porque el art. 33.3 LCJIMC no le obliga a aplicar el Derecho material español. Simplemente le faculta a ello.

*Segunda.* Para las partes, el modo en el que aparece redactado el art. 33.3 LCJIMC no resulta en absoluto satisfactorio. Las partes no disponen de seguridad jurídica en relación con el Derecho estatal que aplicará el juez español en el caso de que el Derecho extranjero no pueda probarse. Las partes no conocen con antelación la solución real y efectiva que seguirá el juez. Este puede aplicar el Derecho material español (= única respuesta que ofrece el art. 33.3 LCJIMC), o bien puede aplicar el Derecho extranjero designado por el siguiente punto de conexión de la norma de conflicto (= respuesta no contenida pero implícitamente permitida por el art. 33.3 LCJIMC). Las posiciones jurídicas de las partes se vuelven inestables e inseguras, volátiles e impredecibles. El decisionismo judicial aparece en estado puro como aparecen las amapolas en primavera. Las partes no pueden saber, *ex ante*, qué hará el juez que decide su caso. Deben esperar para comprobar si el juez competente aplicará la ley designada por el siguiente punto de conexión o si aplicará el Derecho sustantivo español.

*Tercera.* El art. 33.3 LCJIMC no prohíbe ninguna concreta solución para el caso de que se verifique una prueba imposible del Derecho extranjero. Esto es cierto. Sin embargo, aunque las puertas de la creatividad judicial se dejan abiertas, no todo vale. Existen ciertas soluciones al problema que, aunque en teoría parecen permitidas por el tenor literal del art. 33.3 LCJIMC, no encajan en el sistema legal y deben rechazarse. Así, ciertas respuestas sugeridas por la doctrina para dar solución al problema no pueden sostenerse en el DIPr español porque vulneran el art. 281.2 LEC o el art. 12.6.II CC o incluso ciertos principios y valores constitucionales que deben inspirar el sistema de

prueba del Derecho extranjero en España. En esta línea cabe indicar lo siguiente: *a)* la inadmisión de la demanda constituye una solución imposible y *contra legem*. La falta de prueba del Derecho extranjero, aunque se produzca por imposibilidad fáctica de prueba del mismo, no es motivo de inadmisión de la demanda. Ello vulneraría la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad; *b)* *aplicar el Derecho que más se aproxime al Derecho extranjero inaplicable (Mutterrecht)*. Esta solución es excesivamente insegura. No se puede conocer *ex ante* el contenido del Derecho aplicable, lo que vulnera de modo flagrante la seguridad jurídica (art. 9.3 CE 1978); *c)* *aplicar un «Derecho uniforme» (Ersatzrecht) surgido de una síntesis entre los ordenamientos jurídicos en presencia o la «resolución judicial» del caso*. De nuevo puede afirmarse que esta constituye una solución muy insegura que impide que las partes conozcan con antelación el contenido de las soluciones legales aplicables.

34. En quinto lugar, debe ponerse de relieve que este art. 33.3 LCJIMC es una norma excepcional de imposible aplicación analógica. Como antes se ha indicado, sigue sin expresarse solución legal el supuesto que se suscita cuando las partes, pudiendo haber probado el Derecho extranjero, no han querido hacerlo. Pues bien, la solución consistente en aplicar, en dicha hipótesis, el Derecho material español, no parece correcta. En efecto, una aplicación analógica del art. 33.3 LCJIMC, que sí permitiría aplicar el Derecho español a los casos en los que las partes han podido pero no han querido probar el Derecho extranjero, no es procedente en ningún caso, y ello por diversos motivos.

*Primero.* La aplicación subsidiaria del Derecho español es una solución excepcional en el contexto del art. 33.3 LCJIMC. Es una solución prevista específica y exclusivamente solo para el caso de «prueba imposible del Derecho extranjero». Por tanto, visto que se trata de una solución excepcional prevista para un caso muy concreto, no procede su aplicación analógica para los supuestos en los que las partes podían probar el Derecho extranjero pero han preferido no hacerlo. El art. 33.3 LCJIMC indica con toda claridad que la aplicación del Derecho español es una solución que el juez «podrá» activar solo «con carácter excepcional».

*Segundo.* El Preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, confirma el carácter excepcional del art. 33.3 LCJIMC, solo previsto para y solo aplicable en casos de prueba imposible del Derecho extranjero. En efecto, dicho texto afirma que: «[d]ebe entenderse que la falta de prueba del Derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido».

## 5. REFLEXIÓN FINAL

35. Muchas eran las esperanzas depositadas en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil por lo que se refiere a las mejoras

que podía introducir en el régimen jurídico de la acreditación del Derecho extranjero. Sin embargo, esta es la crónica de una decepción. El art. 33 de la ley citada es un precepto reglamentista que refleja la sin par querencia del legislador español por el procedimiento con olvido de problemas de fondo mucho más relevantes. Con una preocupante tendencia a la grandilocuencia, el legislador español proclama grandes objetivos pero realmente hace poco. En efecto, la cuestión clave ha quedado, una vez más, sin respuesta. El precepto no indica qué hacer en el caso de que los litigantes, pudiendo hacerlo, no prueben el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto. Es posible que esta falta de solución sea consecuencia de las tensiones vividas durante la elaboración de la norma entre los partidarios de la tesis de la aplicación del Derecho material español y los defensores de la tesis de la desestimación de la demanda y del hecho. Al parecer, unos no convencieron a otros y viceversa. Triste y lamentable resulta que no se haya tenido en cuenta el parecer de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sobre la cuestión, lo que hubiera zanjado el problema de manera transparente.

36. Vuelve a cumplirse la máxima: cuando el legislador no se atreve a tomar una decisión clara, deja el problema a los tribunales y esto es lo que ha vuelto a suceder en relación con la falta voluntaria de prueba del Derecho extranjero. La situación es grave porque los tribunales españoles no mantienen una postura unívoca al respecto, por más que se imponga en la práctica, eso es indudable, la tesis de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, la tesis del caso del Duque de Cadaval, elaborada en 1864 y que consiste en la aplicación del Derecho material español. La dejadez del art. 33.3 LCJIMC, su desidia, su falta de criterio regulativo al respecto permite que las espadas queden en alto. Los perjudicados son los litigantes, los tribunales de justicia y el sistema jurídico en general, que mantiene alarmantes zonas de inseguridad jurídica. El decisionismo judicial mantiene la posición. Por otro lado, el legislador español de 2015 no acaba de asumir el carácter imperativo de las normas de conflicto proclamado por el art. 12.6 CC. El legislador español no cree en la imperatividad de las normas de conflicto. Si así fuera, habría resuelto el dilema en favor de la tesis de la desestimación de la demanda de la manera más sencilla. Tampoco se ha atrevido a eliminar el art. 12.6 CC, que también era otra opción. El legislador español es indeciso porque no tiene las ideas claras. Tampoco ayuda la lectura que se ha hecho por parte de cierta doctrina y de ciertos tribunales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la prueba del Derecho extranjero, que bien podría haber resuelto el problema. Sana envidia produce leer preceptos legales de otros sistemas estatales de Derecho internacional privado que han resuelto esta cuestión con criterios claros y definidos. Por el contrario, en España este problema sigue hundido en la oscuridad. Si es cierto que *post tenebras lux*, habrá que esperar a otra ocasión para que bien el Tribunal Supremo, bien el Tribunal Constitucional o, como sería deseable, el legislador, traigan, esta vez sí, la ansiada luz.

**RESUMEN****APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EXTRANJERO EN ESPAÑA.  
CONSIDERACIONES CRÍTICAS**

El presente trabajo analiza el art. 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Este precepto se ha ocupado del problema que surge cuando el Derecho extranjero aplicable al fondo del asunto no ha podido ser probado. Este trabajo muestra que el precepto no ha resuelto de modo alguno la cuestión de qué hacer cuando el Derecho extranjero, pudiendo ser probado por las partes, no ha querido ser probado por estas. Por tanto, la disparidad de criterios al respecto en la jurisprudencia se mantiene. El trabajo pone de relieve que el legislador no asume las consecuencias del carácter imperativo de las normas de conflicto españolas ni tampoco acepta las consecuencias naturales de la falta de prueba del Derecho extranjero en un sistema, como el español, en el que son las partes las que deben probar el Derecho extranjero.

**Palabras clave:** Derecho extranjero, prueba, cooperación internacional, norma de conflicto.

**ABSTRACT****APPLICATION OF FOREIGN LAW IN THE SPANISH COURTS. A CRITICAL STUDY**

This study analyses the art. 33.3 of the Spanish Act 29/2015 of 30th July 2015, on international legal cooperation in civil matters. This legal instrument has dealt with the problem that arises when foreign law is applicable to the merits of the case but this law cannot be proven. This work shows that the provision above has not solved in any way the question of what to do when the parties could prove the content of the foreign law but they refuse to do so. Therefore, the previous disparity of criteria in the Spanish case law on the problem is maintained. This study emphasizes that the Spanish law maker did not assume the necessary consequences of the mandatory nature of the Spanish conflict rules and the fact that, in the Spanish conflict of law system, the parties must prove the foreign law when applicable.

**Keywords:** international legal cooperation in civil matters, proof of foreign law mandatory nature of the conflict rules.

## LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN POR NATURALEZA: DE LA LEY NACIONAL A LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO

Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ\*

**SUMARIO:** 1. LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. LA ENCRUCIJADA VALORATIVA.—1.1. Introducción.—1.2. El art. 9.4, párr. 1.º del CC, en su redacción de 2015.—1.3. Ausencia de regulación conflictual de la filiación en el Derecho de la Unión Europea.—2. LAS CONEXIONES.—2.1. Primera conexión. Residencia habitual del hijo. Análisis valorativo.—2.2. Segunda conexión. La nacionalidad del hijo. Análisis valorativo.—2.3. Tercera conexión. Conexión judicial: ley española.—3. LA ORIENTACIÓN MATERIAL DEL ART. 9.4.I CC.—3.1. Contenido del Derecho aplicable y resultado de la aplicación del Derecho extranjero.—3.2. La «paradoja conflictual circular».—3.3. Motivos que impiden establecer la filiación.—3.4. Análisis crítico de la orientación material del art. 9.4.I CC.—4. REFLEXIÓN FINAL.

### 1. LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL. LA ENCRUCIJADA VALORATIVA

#### 1.1. Introducción

1. La precisión de la ley aplicable a la filiación por naturaleza en los casos internacionales ha sido siempre una cuestión particularmente complicada debido a varios factores<sup>1</sup>.

\* Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia ([carras@um.es](mailto:carras@um.es)). Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (1991). Profesor en la Academia de La Haya de Derecho internacional (julio 2015). Representante de España en la negociación del Reglamento «Roma III». Autor de ocho monografías relativas al Derecho internacional privado, y de un manual de Derecho internacional privado español en dos volúmenes (junto con el Prof. Dr. D. A.-L. CALVO CARAVACA) (16.ª ed.), Granada, 2016. Ha publicado trabajos de investigación jurídica en España, Alemania, Gran Bretaña, Italia, Portugal, Francia, Estados Unidos, Argentina, Méjico, Colombia, Chile y Uruguay.

<sup>1</sup> Véanse *inter alia*, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Filiación», en GONZÁLEZ CAMPOS *et al.*, *Derecho internacional privado, parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 355-376; *id.*, «Arts. 9.4 y 5 CC», *Comentarios al Código civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, pp. 84-90; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La filiación y los alimentos», en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. *et al.*, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 172-206; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Art. 9.4 CC», en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.

En primer lugar, se aprecia la tensión de un innegable y crudo «conflicto de civilizaciones» que se produce porque los distintos Derechos nacionales ordenan jurídicamente la filiación de modos muy diferentes, frecuentemente opuestos. El art. 9.4 del Código Civil<sup>2</sup> (en adelante, CC) debe ser estudiado desde el ángulo de su potencialidad para resolver, de un modo conciliador, como han sugerido A. Yokaris y M.-P. Weller, un conflicto de civilizaciones producto de la diversidad cultural que se refleja en las normas jurídicas que regulan la filiación en cada Estado y en cada sociedad<sup>3</sup>.

En segundo lugar, la inmensa mayoría de los Estados occidentales han acogido un enfoque intervencionista y publicista en la regulación de la filiación. En la actualidad, los poderes públicos entienden que la filiación es un sector en el que se hallan implicados no solo intereses particulares, sino intereses generales, de toda la sociedad. Esta diagonal fulgurante que penetra con fuerza en la solución de los conflictos de leyes, representada por los «intereses generales», supone que la determinación de la ley aplicable a la filiación debe tener presentes no solo los intereses de los particulares implicados, sino los intereses generales de la sociedad y en particular, de la infancia y de la adolescencia. En este sentido, expone M. Virgós Soriano que la evolución del Derecho sustantivo en el sector de la filiación ha sido, en los Estados europeos y en particular en España, extraordinariamente intensa desde el punto de vista axiológico. Nuevos valores han cambiado totalmente el régimen jurídico material de la filiación por naturaleza. Se han eliminado las diferencias hirientes y discriminatorias entre distintas «clases de hijos» —como los adulterinos, naturales, espurios, etc.—, se ha colocado el principio de verdad biológica de la filiación como punto central del sistema, se ha potenciado el derecho a una familia real y a una filiación verdadera, y se han dejado atrás ideas ya superadas como la protección del honor de la familia, la dominación de la familia por el padre-marido y otras similares, radicalmente incompatibles con la Constitución Española de 1978 y con la normativa internacional que regula los derechos humanos<sup>4</sup>. Esta evolución material y valorativa del Derecho de la filiación presenta un profundo impacto en la determinación de la ley aplicable a la filiación.

2. La anterior regulación relativa a la ley aplicable a la filiación, que databa de 1996, presentaba, en efecto, varias fallas tanto técnicas como valorativas, muy bien descritas por L. F. Carrillo Pozo<sup>5</sup>. Como denunciara con pleno acierto M. Guzmán Zapater, el art. 9.4 CC, versión de 1974 y versión de 1996, deter-

(dirs.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Revista de Derecho privado/Edersa, 1995, pp. 205-242; GUZMÁN ZAPATER, M., *El derecho a la investigación de la paternidad*, Civitas, 1996; RUIZ SUTIL, C., *Filiación Hispano-Marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, 2011.

<sup>2</sup> *Gaceta* de 25 de julio de 1889.

<sup>3</sup> YOKARIS, A., «Le droit international face au défi de la diversité culturelle», *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704; WELLER, M.-P., «Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht - Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie», *IPRax*, 2014-3, pp. 225-233.

<sup>4</sup> VIRGÓS SORIANO, M., «Nota a la DGRN de 10 de enero de 1984», *REDI*, 1984, pp. 670-674.

<sup>5</sup> CARRILLO POZO, L. F., «La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques», *RDIPP*, 1995, pp. 585-606.

minaban la ley aplicable a la filiación de un modo ciego, sin tener presente ni el contenido de la ley aplicable, ni el resultado al que conducía la aplicación de dicha ley al caso concreto, lo que constituía una carencia axiológica cuanto menos llamativa<sup>6</sup>. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>7</sup>, ha dado nueva redacción al art. 9.4 CC y ha introducido, de modo inconcuso, valores materiales (*favor filii*) en la selección del Derecho aplicable al establecimiento de la filiación.

3. El art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha dado nueva redacción al art. 9.4 CC. Este precepto determina la ley aplicable a la filiación por naturaleza en DIPr español. El art. 9.4 CC actual se presenta dividido en dos partes que se ocupan de cuestiones diferentes. En primer lugar, se fija la ley reguladora de la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza mediante una norma de conflicto con tres puntos de conexión estructurados de modo jerárquico o en cascada (art. 9.4.I CC). En segundo término, se precisa la ley reguladora del contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y también la ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental (art. 9.4.II CC) y ello se hace mediante una norma de remisión al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (responsabilidad parental y protección de niños). Son las normas de conflicto contenidas en este convenio las que determinan la ley reguladora de las instituciones jurídicas de protección de los menores y la ley reguladora del ejercicio de la responsabilidad parental que se ejercita a través de dichas instituciones.

4. En el presente trabajo se realizan unas breves consideraciones sobre la estructura del art. 9.4.I CC y sobre las conexiones empleadas por el precepto, de las que se realizará un análisis exclusivamente valorativo y no técnico. Quedarán al margen, igualmente, y por razones de espacio, otras cuestiones, como el ámbito de la ley reguladora de la filiación por naturaleza, los aspectos relativos a la filiación derivados de la llamada «gestación por sustitución», los perfiles de Derecho interregional, así como las instituciones de protección de menores y el régimen jurídico de la responsabilidad parental en casos internacionales y los problemas de aplicación propios de la norma de conflicto.

## 1.2. El art. 9.4, párr. 1.º del CC, en su redacción de 2015

5. El art. 9.4.I CC es una norma de conflicto multilateral que fija la ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación por naturaleza. Ese es el objeto regulado. A tal efecto, la norma emplea varios puntos de conexión. El primero de ellos es la «residencia habitual del hijo». De este modo, la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. El segundo punto de conexión es la nacionalidad del hijo. Así, se aplicará la ley nacional del hijo en el momento del establecimiento de la filia-

<sup>6</sup> GUZMÁN ZAPATER, M., *El derecho a la investigación de la paternidad*, Civitas, 1996, pp. 33-37.

<sup>7</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

ción en estos dos casos: *a)* si el hijo careciere de residencia habitual, y *b)* si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación. En tercer lugar, por último, precisa el art. 9.4.I *in fine* CC que se aplicará la ley sustantiva española en estos dos supuestos: *a)* si la ley nacional del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación, y *b)* si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad.

6. Dos ideas fuerza relativas al art. 9.4.I CC resultan ahora importantes para comprender el alcance de la nueva redacción de este precepto. En primer lugar, debe subrayarse que el art. 9.4.I CC recoge, como se ha visto, diversos puntos de conexión estructurados en modo subsidiario o en cascada que resultan aplicables unos en defecto de otros. En segundo término, el precepto citado es una norma de conflicto materialmente orientada que apunta a la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo pero que ordena también no aplicarla en el caso de que dicha ley no permita el establecimiento de la filiación del hijo en el caso concreto. En dicho supuesto, se aplicará la ley nacional del hijo y si esta tampoco permite el establecimiento de la filiación del hijo, se aplicará la ley sustantiva española.

### 1.3. Ausencia de regulación conflictual de la filiación en el Derecho de la Unión Europea

7. El Derecho internacional privado de la Unión Europea (UE) carece de normas de conflicto que señalen la ley aplicable a la filiación. Esta ausencia tiene una explicación clara que arranca de un dato bien conocido: con arreglo a normas consuetudinarias de Derecho internacional público, cada Estado dispone de la competencia exclusiva de concretar quiénes son sus nacionales. A partir de dicho dato, la UE ha activado dos líneas de política jurídica perfectamente definidas.

La primera línea de política jurídica consiste en admitir y respetar esa competencia exclusiva de los Estados miembros para determinar qué personas físicas ostentan la nacionalidad de cada Estado miembro. La jurisprudencia del TJUE ha seguido con total transparencia, a pesar de ciertos matices que imponen el respeto a los principios fundamentales del Derecho de la UE, esta primera línea [as. C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295, FFJJ 10-11 (doble nacional italo-argentino con residencia habitual en España); as. C-122/96, ECLI:EU:C:1997:458 (ciudadano norteamericano y británico); as. C-179/98, ECLI:EU:C:1999:549, FJ 29; as. C-168/08, ECLI:EU:C:2009:474 (dobles nacionales franco-húngaros); as. C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, FFJJ 39, 45 (sujeto austríaco que deviene alemán y pierde posteriormente la nacionalidad alemana y resulta apátrida); as. C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639; as. C-274/96, ECLI:EU:C:1998:563, FJ 17; as. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539, FJ 25; as. C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446, FJ 19; as. C-145/04, ECLI:EU:C:2006:543, FJ 78]<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Jurisprudencia analizada en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Persona física», en *Derecho internacional privado*, vol. 2, 16.<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2016, pp. 39-50.

La segunda línea de política jurídica seguida por la UE en este sector ha sido la activación del llamado «principio del mutuo reconocimiento». La competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar quiénes son sus nacionales constituye una plataforma teórica muy poderosa para afirmar que es ese mismo Estado el que debe definir quiénes son «personas» en su sistema legal y los atributos jurídicos esenciales de las mismas. Esa idea, anclada en argumentos de Soberanía, explica por qué el DIPr de la UE ha renunciado a elaborar Reglamentos que determinen la ley aplicable a las cuestiones que afectan directamente a la personalidad de la persona física, su nombre y apellidos, su capacidad, su estado civil, y su filiación, incluida la adoptiva. Tales materias, muy vinculadas a la persona, se dejan en manos de los Estados miembros. De ese modo, cada Estado miembro fija la ley reguladora de estos extremos de manera independiente los unos de los otros. La UE respeta así la soberanía de cada Estado miembro, la competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar qué personas ostentan su nacionalidad y también, por derivación, la competencia exclusiva de cada Estado miembro para especificar la ley estatal aplicable a las cualidades personales de cada individuo: su nombre, capacidad, estado civil y filiación. Por tanto, en relación con el estatuto personal, la UE ha preferido adoptar un «enfoque conflictual integrador» y no un «enfoque conflictual normativo». Es decir, la UE no ha elaborado normas de conflicto que señalan la ley aplicable a las materias integradas en el estatuto personal, entre ellas la filiación (= enfoque integrador normativo), sino que ha empleado la técnica del «mutuo reconocimiento» de situaciones jurídicas relativas a la persona (= enfoque integrador por reconocimiento). De ese modo, por ejemplo, cada Estado miembro fija, con arreglo a sus normas de conflicto nacionales, la ley aplicable al nombre de la persona física y los demás Estados miembros están obligados, por el Derecho de la UE, a aceptar las situaciones jurídicas creadas válidamente por otros Estados miembros con arreglo a tales normas de conflicto, sea cual fuere el punto de conexión empleado por estas. El nombre de un niño alemán impuesto por las autoridades danesas con arreglo a la ley del domicilio del niño, que es el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto danesa que fija la ley aplicable al nombre de la persona física, debe ser reconocido en Alemania y en los demás Estados miembros. De este modo, cada Estado miembro conserva sus propias normas de conflicto nacionales, con sus propios puntos de conexión, para determinar la ley reguladora de las cualidades de la persona, incluida la filiación natural y la adoptiva (véase en el ámbito del nombre de la persona física: as. C-168/91, ECLI:EU:C:1993:115; as. C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539; as. C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559; as. C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806; as. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291). Además, el mutuo reconocimiento en los Estados miembros de la UE de la filiación establecida en otro Estado miembro garantiza la libre circulación de personas (art. 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y asegura también el respeto de la familia, de la vida familiar y de la vida privada de los sujetos cuya filiación ha quedado acreditada en un concreto Estado miembro, en sintonía, precisan A. Dionisi-Peyrusse y C. F. Nordmeier, con el art. 8

del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>9</sup>. Lo anterior permite explicar la actual ausencia de normas de conflicto europeas en el sector de la filiación. Esta situación comporta que no exista un «punto de conexión europeo» relativo a la filiación por naturaleza, como tampoco existe un «punto de conexión europeo» en el sector de la capacidad civil, el nombre de la persona, la filiación adoptiva, o el estado civil en general. De ese modo, los Estados miembros conservan su competencia para elaborar las normas de conflicto que deseen en orden a concretar la ley reguladora de la filiación y demás materias integradas en el tradicional «estatuto personal». Se crea, así, un «Derecho internacional privado jerarquizado» compuesto por diferentes niveles regulativos, el europeo y el nacional-español, que funciona, apunta J.-S. Bergé, de modo armónico en la construcción del espacio judicial europeo<sup>10</sup>.

## 2. LAS CONEXIONES

### 2.1. Primera conexión. Residencia habitual del hijo. Análisis valorativo

8. En la actualidad, España es un país receptor de menores extranjeros. Los litigios internacionales sobre filiación son frecuentes y suelen afectar a menores extranjeros. La opción del legislador español ha sido realista. Hasta 2015, con el texto del art. 9.4 CC (versión de 1996) los tribunales españoles se veían obligados a aplicar leyes extranjeras sobre filiación si el hijo ostentaba una nacionalidad extranjera. El legislador español ha considerado que la residencia habitual es una conexión realista, que responde a la situación actual de España como país receptor de personas con nacionalidad extranjera, no solo «inmigrantes económicos». La opción tomada por el legislador español es acertada. La residencia habitual del hijo constituye la mejor conexión en el sector de la filiación y ello se explica por varias razones.

9. En primer lugar, la residencia habitual del hijo es una «conexión social». Refleja el vínculo de la persona con la sociedad en la que dicha persona se halla integrada a un nivel de «relaciones fácticas» (= es el ambiente relacional del hijo). El legislador español ha dado así un poderoso giro, casi más que copernicano, al sistema español de normas de conflicto en las materias relativas al tradicional estatuto personal y familiar. Como han señalado F. Rigaux y M. Fallon, la «conexión cultural» (= «proximité culturelle»), representada por la nacionalidad de la persona, deja paso, lenta pero inexorablemente, a la «conexión social» (= «proximité social»), representada por la residencia

<sup>9</sup> DIONISI-PEYRUSSE, A., «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international», en *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, pp. 157-177; NORDMEIER, C. F., «Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte», *IPRax*, 2012, núm. I, pp. 31-39.

<sup>10</sup> BERGÉ, J.-S., «De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé: figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux», *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 3-25.

habitual de la persona<sup>11</sup>. El punto de conexión «residencia habitual del hijo» se apoya sobre bases valorativas poderosas que explican por qué ocupa, en el art. 9.4.I CC, el escalón más alto de la escalera conflictual en el sector de la filiación por naturaleza. En condiciones normales, la residencia habitual del hijo siempre refleja una conexión auténtica, real, verdadera y sustancial con dicho país. El valor conflictual de la conexión «residencia habitual del hijo» es más sólido y firme que el valor conflictual de la conexión «nacionalidad». En efecto, la conexión «nacionalidad» puede quedar reducida a un vínculo meramente formal y aparente, mientras que la conexión «residencia habitual» constituye siempre una conexión sustancial de la persona con el país en cuya sociedad se halla integrado. Ello explica, advierte M.-P. Weller, la progresiva pero imparable sustitución de la nacionalidad en favor de la residencia habitual tanto en el DIPr europeo como en el DIPr español<sup>12</sup>.

10. En segundo lugar, esta conexión comporta costes conflictuales reducidos para las partes implicadas. El país donde el hijo tiene su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda es el país donde se encuentra el «centro social de vida» del hijo. Es el país donde dicho sujeto se relaciona habitualmente con terceros, es el país donde normalmente reside también el núcleo de su familia, donde el hijo suele estar integrado en un entorno laboral y patrimonial. Por ello, la residencia habitual del hijo es una «conexión social» (= el hijo está vinculado con un Estado porque participa en la sociedad de ese Estado). El legislador español entiende que la «conexión social» conduce a una ley que genera costes conflictuales menores que los que comporta la aplicación de la ley estatal a la que conduce una «conexión cultural», como es la nacionalidad del hijo. Es decir, el legislador español ha preferido la residencia habitual del hijo como punto de conexión porque arranca de la idea de que las partes en un proceso de filiación conocen mejor o se encuentran en una situación en la que pueden conocer mejor, y, por tanto, a un coste más reducido, la ley del país de la residencia habitual del hijo, que la ley de cualquier otro Estado, incluida la ley del país de la nacionalidad del hijo en el momento de presentación de la demanda. La ley del país de la residencia habitual del hijo en el momento de la interposición de la demanda es una ley de «aplicación previsible» para las partes. Puede presumirse que las partes en un litigio de filiación conocen o están en posición óptima para conocer el Derecho del país de la residencia habitual del hijo. Debe tenerse presente, además, que la residencia habitual del hijo constituye un factor externo (= un elemento fácilmente perceptible por terceros). Todos estos pueden averiguar, a un coste reducido y razonable, cuál es la ley del país de la residencia habitual del hijo. En definitiva, la ley del país donde se encuentra la residencia habitual del hijo es la ley estatal que permite resolver el litigio de filiación a un coste jurídico-conflictual más reducido para las partes.

En principio, y desde el punto de vista conflictual, la calidad de la vinculación que representa el punto de conexión «residencia habitual del hijo» es

<sup>11</sup> RIGAUX, F. y FALLON, M., *Droit international privé*, 3.<sup>a</sup> ed., Bruselas, 2005, pp. 572-578.

<sup>12</sup> WELLER, M.-P., *op. cit.*, nota 3, pp. 225-233.

superior a la calidad de la vinculación propia de la conexión «nacionalidad del hijo». Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en «contactos sustanciales» del hijo con un país (= es el país donde, efectivamente, el hijo vive y habita, el país en cuya sociedad se haya integrado el hijo), mientras que la «nacionalidad» es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente «formales» o «meramente aparentes» (= se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años). La residencia habitual representa, por ello, en los litigios de filiación, la conexión «más real y sustancial» de una situación con un concreto Estado, como ha subrayado la más acreditada doctrina<sup>13</sup>. La nacionalidad se ostenta, pero en la residencia habitual se vive.

El fundamento de la conexión «residencia habitual del hijo» reviste, por tanto, en esencia, un carácter económico y está alejada de elementos relacionados con la Soberanía del Estado. En efecto, la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo es una solución eficiente, porque, en términos generales, dicha ley comporta los costes conflictuales más reducidos para las partes (= solventa el litigio de filiación al coste más reducido para los litigantes). Desde este punto de vista, el art. 9.4.I CC (conexión primera) declara la aplicación de la ley del país de la residencia habitual del hijo pero no por motivos de soberanía. No se trata de aplicar la ley del país de la residencia habitual del hijo como homenaje a la soberanía del Estado en cuyo territorio el hijo reside habitualmente. Se trata de resolver la cuestión de la filiación al menor coste global para las partes (= es la solución conflictual más eficiente). La precisión de la filiación de un menor argelino con residencia habitual en Palencia no afecta a la soberanía española ni a los intereses del Estado español. Es una cuestión que afecta, por el contrario, a los intereses del hijo y de otros particulares (= personas físicas, sujetos individuales de Derecho). Por ello la cuestión debe resolverse con atención a tales intereses privados mediante la aplicación de la ley estatal que les comporta los costes más reducidos.

**11.** En tercer lugar, debe recordarse que la sociedad actual se caracteriza por su extrema movilidad y su marcado carácter líquido (= una sociedad líquida en la que las relaciones personales, territoriales y culturales son flexibles, temporales y efímeras). Las personas cambian, con extrema facilidad, de país de residencia habitual, de trabajo, de cultura y de familia. Este punto de conexión permite, en sintonía con lo anterior, la movilidad de la ley aplicable y la aplicación de la ley que responde al ambiente social actual del hijo (= es una «conexión de presente»). A una sociedad líquida como la actual

<sup>13</sup> HENRICH, D., «Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends», en LOWE, N. y DOUGLAS, G. (eds.), *Families Across Frontiers*, La Haya, 1996, pp. 41-51; DE BOER, Th. M., «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en BORCHERS y ZEKOLL (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers/Ard-sley, 2001, pp. 193-214; MCELEAVY, P., «The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law», *ICLQ*, vol. 51, octubre de 2002, pp. 883-908.

caracterizada por una movilidad estructural y creciente debe corresponder una conexión también líquida y movable. De ese modo, igual que es sencillo cambiar de país de residencia y trabajo debe ser también fácil cambiar de ley aplicable a la filiación. La residencia habitual, enfatiza M.-P. Weller, es una conexión que alcanza perfectamente dicho objetivo<sup>14</sup>. La nacionalidad, como es sabido, es un punto de conexión muy rígido. La pérdida y adquisición de la nacionalidad siguen procedimientos jurídicos muy estrictos, que requieren mucho tiempo y que no reflejan adecuadamente la movilidad de las personas, propia del momento presente en el contexto de una sociedad líquida.

**12.** En cuarto lugar, la ley del país de la residencia habitual del hijo proporciona una aceptable estabilidad jurídica al estado civil del hijo. En efecto, la ley aplicable no cambia por el hecho de que el hijo traslade a otro país su «residencia de hecho», ni por el hecho de que cambie de nacionalidad o realice un viaje o una estancia, más o menos prolongado, a otro país o de que se traslade temporalmente a otro país por motivos de trabajo, estudio, por cuestiones médicas, vacacionales o similares. Es cierto que este punto de conexión, debido precisamente a la extrema movilidad internacional actual que presentan las familias, puede amenazar, en ocasiones, la estabilidad de la ley aplicable. Ahora bien, el relieve de esta crítica no debe exagerarse. El cambio de país de residencia habitual del hijo significa que existe «otra sociedad» en la que el hijo se halla integrado, por lo que es justo que se aplique dicha ley (= que comportará menores costes conflictuales a todos los implicados). Un viaje a otro país no comportará un cambio de la ley aplicable porque la residencia habitual no se adquiere por la mera «presencia» o la mera «estancia» en un concreto país.

**13.** En quinto lugar, este punto de conexión garantiza el efecto útil de la función ordenadora del Derecho sobre la sociedad. Los Estados legislan para ordenar «su sociedad» de un modo concreto, también en los sectores más clásicos del Derecho privado, como la filiación por naturaleza. Como ha subrayado G. P. Romano, este punto de conexión permite al Estado realizar, en relación con la inmensa mayoría de la población que habita en su territorio, los objetivos que persigue su ordenamiento jurídico en lo relativo al Derecho de la persona y familia y, en concreto, en lo que afecta a la filiación<sup>15</sup>. Las leyes se hacen para los presentes, no para los ausentes. Aunque este punto de conexión ha sido criticado, en ocasiones, por suponer una asimilación a la fuerza de los inmigrantes que residen habitualmente en países occidentales, una suerte de «etnocentrismo legal», explica J. Schacherreiter, la crítica no debe exagerarse<sup>16</sup>. En realidad, la aplicación de la ley de la residencia

<sup>14</sup> WELLER, M.-P. «Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der "klassischen" IPR-Dogmatik?», *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436; *id.*, *op. cit.*, nota 3, pp. 225-233.

<sup>15</sup> ROMANO, G. P., «La bilateralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes», *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

<sup>16</sup> SCHACHERREITER, J., «Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung», *RabelsZ*, 2013, pp. 272-299.

habitual del hijo no pretende imponer por la fuerza un régimen legal a los extranjeros que residen en un concreto país. Se trata de reforzar la previsibilidad de la ley aplicable para los particulares y de garantizar la efectividad del régimen jurídico de la filiación en la sociedad del país donde los hijos residen. La regulación de la filiación no es un asunto meramente privado que las partes puedan regular a su libre albedrío. La regulación jurídica de la filiación constituye una legislación de profundo carácter social. Es Derecho privado institucional, en la famosa dicción de P. H. Neuhaus, y por eso es Derecho imperativo<sup>17</sup>. Ello explica que la precisión de la ley aplicable a la filiación no deba dejarse a la libre elección de ley por los particulares.

## 2.2. Segunda conexión. La nacionalidad del hijo. Análisis valorativo

**14.** La ley del país cuya nacionalidad ostenta el hijo encuentra aplicación en dos supuestos. En primer lugar, cuando el hijo carece de residencia habitual en un concreto Estado. En segundo lugar, cuando la ley del país donde este tiene su residencia habitual «no permitiere el establecimiento de la filiación».

**15.** El art. 9.4.I CC, segundo punto de conexión, opta por la aplicación de la ley «nacional» del hijo y no por la aplicación de la ley «personal» del hijo. Esta decisión de política legislativa es adecuada y refleja un clarísimo y muy relevante cambio de tendencia. En el sistema español de normas de conflicto diseñado en 1974, la «ley personal» de las personas físicas era la «ley nacional» de las mismas, como todavía hoy indica la letra del art. 9.1 CC y como había señalado la práctica registral en el sector de la filiación. Sin embargo, en la actualidad, y diga lo que diga el texto del art. 9.1 CC, que permanece inalterado desde 1974, esta equivalencia entre «ley personal» y «ley nacional» no está en absoluto clara y es, incluso, más que discutible. Numerosas situaciones privadas internacionales que afectan a la persona se rigen en la actualidad por una ley que no es la ley nacional de la persona. Así puede apreciarse en este mismo art. 9.4 CC y también en el art. 9.6 CC, que entienden que la ley de la residencia habitual de la persona prevalece sobre la ley de su nacionalidad en sectores relativos al tradicional «estatuto personal» del individuo. Por tanto, la ley personal de las personas físicas ya no es necesariamente su ley nacional. En consecuencia, el art. 9.4.I CC ha hecho bien en declarar la aplicación, como segundo punto de conexión de la norma, de la ley «nacional» y no de la ley «personal» del hijo. La aplicación a la filiación por naturaleza de la ley nacional del hijo como segundo punto de conexión en el art. 9.4.I CC suscita algunas reflexiones ahora desde el prisma axiológico que sirven para ponderar las ventajas operativas de dicha conexión y el significado profundo de la misma en el esquema conflictual del art. 9.4.I CC.

<sup>17</sup> NEUHAUS, P. H., «Prinzipien oder Interessen als Basis des internationalen Privatrechts?», en *Homenaje Petros G. Vallindas*, Thessaloniki, 1974, pp. 549-557.

**16.** En primer lugar, ciertas familias de emigrantes se encuentran en un país de manera no habitual y/o no estable pero tienen la intención de regresar, más pronto o más tarde, a sus países de origen o tienen la intención de cambiar de país de residencia habitual. En tales supuestos, en los que el hijo no tiene residencia habitual en un país concreto, la aplicación de la ley nacional del hijo suscita costes conflictuales reducidos para todos los implicados en los procesos de filiación. Con frecuencia, en defecto de residencia habitual del hijo, la nacionalidad del mismo es la mejor conexión posible. Estas familias se hallan fuertemente conectadas con sus países de origen, observan las costumbres de tales países y conocen sus leyes nacionales con una aceptable precisión. En tales supuestos, la ley nacional del hijo es, por ello, una ley conocida y familiar, cuya aplicación al caso provoca costes conflictuales reducidos a los miembros de la familia.

**17.** En segundo término, la aplicación de la ley nacional del hijo evita discriminaciones por razón de sexo entre los progenitores del hijo, ya que el art. 9.4.I CC no toma en consideración, en ningún caso, ni la ley nacional del padre ni la ley nacional de la madre.

**18.** En tercer lugar, algunas familias de emigrantes extranjeros suelen cambiar con frecuencia de país de residencia, pues acuden al país donde se encuentra trabajo o donde habitan otros miembros de su familia. Con la conexión «nacionalidad del hijo», las relaciones entre padres e hijos siguen siempre sujetas a la misma ley «por encima de las fronteras». De ese modo, la ley que rige la filiación no cambia aunque el hijo cambie de país de residencia. Las ventajas operativas de la conexión nacionalidad del hijo en los casos de cambio de «país de mera residencia» son evidentes.

**19.** Esta conexión, sin embargo, y a pesar de que ha sido relegada a un segundo lugar en el escenario del art. 9.4.I CC, presenta ciertos inconvenientes.

En primer término, debe indicarse, sin ambages, que la conexión «nacionalidad del hijo» está anticuada. Hay que admitirlo. Cualquier resistencia a esta idea es inútil. La conexión «nacionalidad» (del hijo) refleja el tradicional, clásico y sempiterno «vértigo de la ley nacional», es decir, un desmesurado e injustificado ámbito de aplicación de la ley nacional de la persona a las cuestiones jurídicas que tienen que ver con su estado civil o su posición en el sistema jurídico. Desde un punto de vista de Derecho privado, la conexión nacionalidad del hijo es, en la mayor parte de los supuestos, una conexión ineficiente, una conexión que provoca costes conflictuales muy elevados a los particulares<sup>18</sup>. En efecto, la ley nacional del hijo o menor no es, necesariamente, la ley del país más vinculado al supuesto (= la ley que el hijo y la ley que sus presuntos padres esperan ver aplicada al supuesto). No se trata de evitar la aplicación de la ley nacional del hijo para provocar la aplicación de la ley del foro y evitar la aplicación de «Derecho extranjeros» que hay que probar en estrados. Se trata, más bien, de evitar la aplicación de la ley nacional del

<sup>18</sup> RUIZ SUTIL, C., *Filiación Hispano-Marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 159.

hijo para aplicar, en su lugar, la ley de la residencia habitual del mismo. En ocasiones, la nacionalidad puede reflejar un vínculo meramente formal, aparente, puramente formulario. Hay personas que mantienen su nacionalidad pero hace años que no regresan a su país o nunca lo van a hacer y no tienen relación alguna con dicho país. Por ello, la aplicación de la ley nacional del hijo puede comportar costes conflictuales muy elevados y totalmente innecesarios para los particulares implicados. Esta crítica es acertada en la mayor parte de los casos, y muy en particular en relación con hijos de inmigrantes extranjeros que viven en España plenamente integrados en la sociedad española. Por ello resulta más que justo que la nacionalidad se haya visto relegada a un papel subsidiario, puramente secundario, de modo que solo se aplica la ley nacional del hijo cuando este carece de residencia habitual o cuando la ley del país de su residencia habitual no permite determinar su filiación. En tales casos secundarios, la conexión cultural representada por la filiación del hijo puede ser más eficiente, porque, a falta de residencia habitual del hijo, la conexión que conduce al Derecho de más previsible aplicación por los particulares en los litigios de filiación suele ser el de la nacionalidad del hijo.

En segundo lugar, debe admitirse que, en el fondo, dejar la regulación de las materias concernientes al estatuto personal, como la filiación, en manos de la ley nacional de la persona refleja una cierta «directriz de soberanía». En realidad, se trata de una conexión decimonónica pensada para asegurar la aplicación de la ley de un Estado a los integrantes de su población y afianzar, así, la soberanía del Estado sobre dicha población. Es una conexión que sirvió, en el siglo XIX, para crear Estados nacientes, como Italia y Alemania. «Nacionalidad» deriva de «nación». Para esta conexión, lo importante no es tanto la «persona» cuanto la «nación». En verdad, la idea de que la aplicación de la ley nacional responde a la preservación de la «cultura de la persona» es una idea muy reciente. Una idea que no estaba presente en el art. 9 CC ni en 1889 ni en 1974. En la mente del legislador español, la persona y sus cualidades definitorias se rigen por su ley nacional porque de ese modo, el Estado del que es nacional la persona mantiene un «control jurídico» sobre su población. Se asegura, así, la base subjetiva del Estado. Esta perspectiva está hoy día superada. La soberanía del Estado no se ve perjudicada por el hecho de que las cuestiones relativas al estatuto personal de los particulares queden reguladas por una ley que no sea su ley nacional. En consecuencia, someter la filiación de las personas a la ley nacional del hijo no asegura la soberanía del Estado. El hecho de que el art. 9.4.I CC haya colocado a la «nacionalidad del hijo» en el segundo peldaño de la escalera conflictual manifiesta que el legislador español ha comprendido que la regulación conflictual de la filiación debe alejarse de la «directriz de soberanía estatal» y acercarse a los intereses de los particulares.

### **2.3. Tercera conexión. Conexión judicial: ley española**

**20.** La ley sustantiva española se aplica en dos supuestos. En primer lugar, cuando el hijo carece de residencia habitual y carece también de nacio-

alidad. En este sentido, se trata de una «conexión de cierre», que permite concretar una ley estatal aplicable a la filiación cuando fallan las conexiones anteriores. En segundo lugar también encuentra aplicación cuando la ley del país de residencia habitual del hijo y la ley nacional del hijo no permitieran el establecimiento de la filiación de dicho hijo. En esta perspectiva se trata de una «conexión materialmente orientada», que persigue dar una nueva oportunidad conflictual al establecimiento de la filiación del hijo. Es la «conexión judicial». Se aplica la ley española porque es la ley del país al que pertenecen los tribunales españoles, los tribunales del país que conocen del asunto. La existencia de esta conexión debe explicarse desde tres puntos de vista.

**21.** En primer lugar, mediante una *justificación conflictual*. Cuando no existe un país en el que el hijo tiene su residencia habitual y dicho hijo no ostenta ninguna nacionalidad, resulta que falla la «conexión social» (= residencia habitual) y falla también la «conexión cultural» (= nacionalidad del hijo). El legislador activa entonces una «conexión judicial». Desde esta primera perspectiva, la conexión judicial es y opera como una auténtica «conexión de cierre». Es una conexión que se activa ante la imposibilidad de encontrar una conexión «social» o «cultural» que conduzca a una ley de aplicación suficientemente previsible para los sujetos implicados. Ello significa que esta conexión «*Lex Fori*» debe operar solo en relación con supuestos de filiación cuyos elementos se hallan espacialmente muy dispersos, supuestos frecuentemente anacionales: se trata de hijos sin nacionalidad que tampoco tienen residencia habitual en un concreto Estado. Son hipótesis de hijos que viven en contextos des-estatalizados. Será el caso, por ejemplo, de los refugiados o víctimas de guerras sin nacionalidad que vagan de un país a otro. Existe una conexión real y sustantiva entre el hijo y el litigio de filiación por un lado, y el Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= *Forum*), por hipótesis, España. En efecto, debe subrayarse que un tribunal español solo se declarará internacionalmente competente en el caso de que concurra alguno de los foros de competencia judicial internacional recogidos en el art. 22 quater Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>19</sup>. Por tanto, dicho foro debe haber justificado la competencia de los tribunales españoles para conocer del pleito de filiación. Visto que dicho foro aparece construido sobre el principio de «vinculación mínima suficiente» (art. 24 CE de 6 de diciembre de 1978<sup>20</sup>, art. 6 CEDH), entonces existe una «conexión espacial real» entre España (= país cuya ley es aplicable como *Lex Fori*) y el litigio de filiación.

**22.** En segundo lugar, mediante una *justificación materialmente orientada*. El legislador español opta por esta conexión, en ciertos supuestos, porque considera que la ley de la residencia habitual del hijo y/o la ley nacional del mismo no proporcionan una solución justa al caso de filiación suscitado porque no permiten establecer la filiación del hijo. En tal hipótesis, el art. 9.4.I CC ordena aplicar la ley sustantiva española. En los casos en que la ley de

<sup>19</sup> BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

<sup>20</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

la residencia habitual del hijo no es la ley española y en los que tampoco la ley nacional del mismo es la ley española, la conexión cobra sentido. La ley española puede ofrecer una «posibilidad de rescate», una *last chance* para acreditar la filiación del hijo. En los supuestos en los que la ley de la residencia habitual del hijo y/o la ley nacional del mismo sean la española pero dicha ley no permita establecer la filiación del hijo, la justificación de esta aplicación residual de la ley sustantiva española pierde fuerza valorativa. Se aplicará la ley española cuando antes ya se ha descartado aplicarla porque no permitía el establecimiento de la filiación. Puede afirmarse que, en estos últimos supuestos, la ley sustantiva española representa el último radical de justicia conflictual posible. Si no se ha podido establecer la filiación con arreglo a otras leyes de Estados más o menos vinculados con el caso, el legislador ofrece este último recurso para el establecimiento de la filiación que consiste en aplicar su propio Derecho, su *Lex Materialis Fori*.

**23.** En tercer lugar, a través de una *justificación de seguridad jurídica última*. El legislador español ordena la aplicación de la ley española y no de la ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos porque la conexión judicial ofrece estabilidad, una férrea seguridad jurídica de ordenación. No será preciso, ni para las partes ni para el juez, «contar y pesar los contactos espaciales del supuesto» con los distintos países para poder demostrar qué Estado presenta la vinculación más estrecha con el caso de filiación. La aplicación directa de la ley española es una solución directa, sencilla, y previsible que evita la laguna legal en el art. 9.4.I CC. Debe recordarse que también el legislador europeo ha optado, en otras materias, por esta «conexión judicial» como último peldaño de la escalera conflictual, por considerar que la misma ofrece un elevado grado de seguridad jurídica y evita especulaciones y litigios sobre los contactos del supuesto con los distintos países. Esta conexión de cierre y esta conexión materialmente orientada no exigen de los litigantes probar cuál es el país que presenta los vínculos más estrechos con la situación. Este enfoque es el que también ha seguido el art. 8.d) del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>21</sup> (RR-III), precepto que indica que la última conexión para fijar la ley aplicable al divorcio/separación judicial es la ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.

**24.** Visto que la última conexión del precepto lleva a la aplicación de la ley material española, existe el peligro, muy real, de que los interesados no prueben el contenido y la vigencia de la ley extranjera correspondiente a la residencia habitual del hijo y de la ley nacional del hijo. Con ello, el tribunal competente, si sigue, como es de temer, la tesis dominante de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo al respecto, siempre puede acudir a la ley material española. Este proceder es negativo: disminuye las posibilidades de reconocimiento de la sentencia española en el país de la residencia habitual y/o de la nacio-

<sup>21</sup> DO núm. 343, de 29 de diciembre de 2010.

nalidad del hijo y provoca un incremento de los costes conflictuales para el litigante que no tiene el deber jurídico de probar el Derecho extranjero, que será, con frecuencia, el demandado.

### 3. LA ORIENTACIÓN MATERIAL DEL ART. 9.4.I CC

#### 3.1. Contenido del Derecho aplicable y resultado de la aplicación del Derecho extranjero

25. El art. 9.4.I CC es una norma de conflicto materialmente orientada por lo que se refiere al establecimiento de la filiación, similar a la que en otros países existe. Significa ello, expresa E. Bergamini, que la determinación de la ley aplicable al establecimiento de la filiación se hace con atención al contenido material de la ley aplicable y al resultado material al que conduce la aplicación práctica de dicho contenido en el caso concreto<sup>22</sup>. En efecto, el art. 9.4.I CC indica que si la ley de la residencia habitual del hijo no permite el establecimiento de la filiación, se aplicará entonces la ley nacional del hijo y que si esta tampoco lo permite, se aplicará entonces la ley sustantiva española. La norma exige «levantar el velo de la ley aplicable» (= para explorar su contenido) y valorar el resultado de la aplicación de dicha ley aplicable al caso concreto. Debe, pues, explorarse la solución material a la que conduce la aplicación de la ley designada por el art. 9.4.I CC. La ley designada por el precepto en sus dos primeras conexiones solo puede aplicarse si permite el establecimiento de la filiación del hijo. En caso contrario, eso es, si la ley del país de la residencia habitual del hijo no permite el establecimiento de la filiación, se pasará a la siguiente conexión, nacionalidad del hijo, en busca de una ley aplicable que sí permita el establecimiento de la filiación del hijo. Y si esta ley tampoco lo permite, se activará la tercera conexión, esto es la aplicación de la ley material española. Como explica A. v. Overbeck, este enfoque valorativo a través de puntos de conexión subsidiarios comporta un resultado similar al que podría haberse logrado mediante una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos<sup>23</sup>. Esto es, habría sido similar el resultado si el art. 9.4.I CC hubiera indicado que el establecimiento de la filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo o por la ley nacional del mismo.

26. El art. 9.4.I CC no es una norma de conflicto puramente localizadora y ciega a los resultados materiales a los que conduce. Es una norma con una

<sup>22</sup> BERGAMINI, E., «Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte», *RDIPP*, 2015, pp. 315-348; LOPES PEGNA, O., «Riforma della filiazione e diritto internazionale privato», *RDI*, 2014, pp. 394-418; PICONE, P., «Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione», *RDI*, 1997, pp. 277-350; BUDZIKIEWICZ, C., *Materielle Statuseinheit und kollisionsrechtliche Statusverbesserung: zu der Rechtsstellung des ausserehelich geborenen Kindes unter Berücksichtigung der Folgen für das Kollisionsrecht der Legitimation*, Tubinga, 2007.

<sup>23</sup> V. OVERBECK, A., «L'intérêt de l'enfant et l'évolution de droit international privé de la filiation», *Libera amicorum A. F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380; *id.*, «Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé», en *Ius et Lex. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 325-349.

carga valorativa material muy clara inyectada en la estructura de puntos de conexión. La ley aplicable depende, pues, no solo de los contactos espaciales del caso con los distintos países (= no depende solamente de que el supuesto esté más o menos vinculado a un país o a otro), sino del contenido de las leyes estatales en presencia y del resultado que se produce al aplicar tales leyes al caso en cuestión. La justicia conflictual está presente, pero está a su vez corregida y guiada, remarca S. Maya Bouyahia, por un radical de justicia sustantiva o material<sup>24</sup>. El carácter materialmente orientado del precepto exige analizarlo con suma atención. En especial, resulta necesario explorar en profundidad el significado de la expresión legal «ley que no permitiere el establecimiento de la filiación». La letra del art. 9.4.I CC señala, en efecto, que se debe rechazar la aplicación de ley designada por dicho precepto si dicha ley «no permitiere el establecimiento de la filiación». Se trata de una expresión muy general. El legislador no ha sido preciso y esa falta de precisión se detecta en diversos elementos de la norma.

**27.** En primer lugar, debe indicarse que el art. 9.4.I CC emite un juicio demoleedor sobre la justicia de la ley aplicable designada por dicho precepto. El art. 9.4.I CC considera injusto, *juris et de jure*, que una ley, normalmente una ley extranjera, no permita establecer la filiación de un hijo. Por ello ordena descartar dicha ley y aplicar otra ley estatal distinta. Existe, pues una «competición entre leyes materiales», competición que gana la ley estatal que permita establecer la filiación del hijo. Las leyes que no permiten establecer la filiación del hijo son consideradas como leyes injustas, leyes odiosas. Es, sin duda, una herencia del pasado medieval, en el que los estatutarios consideraban que ciertas leyes (= «estatutos») de otras ciudades-Estado de la época no podían aplicarse fuera de su territorio debido a su contenido material radicalmente contrario al ideal de justicia vigente en aquel momento, representado, fundamentalmente, por el Derecho romano redescubierto en el norte de Italia en torno al año 1000. Esas leyes se denominaban «estatutos odiosos» (= *statuta odiosa*). Para el legislador español, un Derecho que no permite el establecimiento de la filiación del hijo es, sin más, un «estatuto odioso» y por ello no debe aplicarse en España aunque el mismo art. 9.4.I CC haya considerado justo que la filiación quede sujeta a dicha ley.

**28.** En la mayor parte de las ocasiones, esta norma de conflicto materialmente orientada produce una anticipación en la intervención del orden público internacional español. En efecto, el legislador español considera que una ley que no permite el establecimiento de la filiación del hijo es «injusta» desde el punto de vista jurídico español. Dicha ley produce consecuencias inaceptables para el Derecho español, es decir, consecuencias contrarias al orden público internacional español. Lo que este art. 9.4.I CC hace es adelantar, anticipar, anteponer la intervención del orden público internacional español en estos casos. De ese modo, no será preciso invocar el art. 12.3 CC

<sup>24</sup> MAYA BOUYAHIA, S., *La proximité en droit international privé de la famille*, París, L'harmattan, 2015, pp. 240-255.

para descartar la aplicación de una ley extranjera que no admite el establecimiento de la filiación. Basta con comprobar que sus normas no permiten, en el caso concreto, establecer la filiación del hijo. Ello es suficiente para rechazar la aplicación de tal ley y para pasar a la aplicación de la ley designada por el siguiente punto de conexión recogido en el art. 9.4.I CC.

**29.** Lo relevante es el resultado que se produce por la aplicación de la ley estatal reclamada por el art. 9.4.I CC en el caso concreto y no, simplemente, el contenido del Derecho aplicable designado por el precepto. En efecto, en otras ocasiones cuando el legislador ha querido evitar la aplicación de un Derecho estatal sin esperar a comprobar el resultado de la aplicación del mismo en el caso concreto, lo ha dejado bien claro. Es el caso, por ejemplo, del art. 10 del RR-III, que indica que « [c]uando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro». Esta norma se refiere directamente al contenido legal. El enfoque metodológico del art. 9.4.I CC es diferente. En el contexto de este precepto, lo relevante es que el Derecho designado por el mismo no permita el establecimiento de la filiación en el caso del que se trate. Por tanto, no es suficiente un mero examen del «material jurídico» del Derecho estatal del que se trate para descartar la aplicación de dicho ordenamiento jurídico. Es preciso ir más allá, comprobar el impacto real de la aplicación de tal Derecho en el caso de especie.

**30.** El art. 9.4.I CC señala que si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación, «se aplicará la ley nacional del hijo». La forma verbal empleada es claramente imperativa. En consecuencia, el juez español carece de todo margen de maniobra y/o de apreciación de oportunidad y tampoco puede modular la aplicación o no aplicación de la ley estatal designada con preferencia en virtud del art. 9.4.I CC. Por ello, si la ley de la residencia habitual no permite acreditar la filiación, el juez español está obligado por el texto legal a no aplicar tal ley y a aplicar, en su lugar, el Derecho del país de la nacionalidad del hijo. Y si la ley nacional del hijo tampoco permite acreditar la filiación, el juez español está obligado nuevamente a no aplicar tal ley y a dar aplicación al Derecho sustantivo español.

### **3.2. La «paradoja conflictual circular»**

**31.** El art. 9.4.I CC no indica frente a qué específicas leyes estatales puede operar esta cláusula de rechazo de la aplicación de la ley que no permite el establecimiento de la filiación. El rechazo es indiscriminado, global y total, sin misericordia ni diferencia. El texto del art. 9.4.I CC no distingue: el precepto se aplica, por tanto, frente a toda ley estatal que conduzca a dicho resultado.

Este enfoque lo siguen también por otras normas de conflicto materialmente orientadas, como el art. 6 del 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)<sup>25</sup> (ley aplicable a los contratos internacionales de consumidores). Dicho precepto obliga al juez español a no aplicar la ley elegida por las partes si la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor es más favorable a este de lo que le resulta la ley española. Pues bien, ello significa que el art. 9.4.I CC puede comportar la aplicación de la ley española como ley del país de la residencia habitual del hijo pero que si la ley española no permite el establecimiento de la filiación de dicho hijo, la ley española deberá descartarse y se procederá a aplicar la ley nacional del hijo. Si esta ley sí permite establecer su filiación, deberá aplicarse tal ley.

En estos casos, el resultado al que conduce el art. 9.4.I CC es, desde un punto de vista conflictual, paradójico: el legislador español que ha redactado este precepto considera que la ley sustantiva española es injusta y/o conduce a un resultado injusto. Por ello ordena descartarla y aplicar, en su lugar, la ley de otro país. Como es natural, el tribunal español competente siempre puede rizar el rizo y considerar que la ley nacional del hijo, que sí permite la determinación de la filiación del mismo, produce consecuencias contrarias a los principios fundamentales del Derecho español. En tal hipótesis, puede igualmente rechazar la aplicación de la ley nacional de hijo (= que en principio favorece la determinación de la filiación y por tanto, *ex hypothesi*, al hijo), mediante la excepción de orden público internacional (art. 12.3 CC). Este proceder le llevará a aplicar, en su lugar, la ley sustantiva española, que era lo que el legislador español trataba, precisamente, de evitar.

Se produce, pues, una «paradoja conflictual circular»: se ha rechazado la aplicación de la ley española porque no permite establecer la filiación, se aplica en su lugar otra ley estatal y visto que la aplicación de dicha ley conduce a resultados contrarios al orden público internacional español, se rechaza también la aplicación de esa ley estatal y se aplica, en su lugar, el Derecho español. Esta paradoja conflictual circular se produce porque el legislador no ha hilado fino al no precisar la causa, razón o motivo por la que la ley aplicable en primer término no permite establecer dicha filiación. Tampoco ha indicado el legislador español que no se aplicará la ley «extranjera» correspondiente a la residencia habitual del hijo o la ley extranjera correspondiente a la nacionalidad del mismo. El legislador español ha estimado, sin más, que debe rechazarse la aplicación de una ley estatal siempre que esta no permita establecer la filiación del hijo. La razón radica en que el legislador español ha considerado que el no establecimiento de la filiación siempre perjudica al hijo y que el establecimiento de dicha filiación siempre es un beneficio para el mismo. Pues bien, ello no es necesariamente así en todos los casos. La misma ley sustantiva española recoge ciertos supuestos en los que no debe establecerse la filiación del hijo porque ello le puede perjudicar. Frente a ello, el art. 9.4.I CC no ha tenido presente esta consideración y se presenta como un precepto redactado en términos excesivamente generales, terminantes y

<sup>25</sup> DO L núm. 177, de 4 de julio de 2008.

lapidarios: es un precepto que no ha cuidado los detalles. Esta complicación aplicativa generada por el texto del art. 9.4.I CC se hubiera evitado si el precepto hubiera puesto de manifiesto la razón última que debe presidir el descarte de una ley estatal, esto es, el *favor filii*. En este sentido, todo hubiera sido más lógico y sencillo si el precepto hubiera indicado que se aplicará la ley nacional del hijo y no la ley del país de la residencia del hijo cuando esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación pero siempre que dicho establecimiento de la filiación fuera beneficioso para el hijo (véase el art. 125.I CC). El caso se puede plantear en el supuesto de una filiación incestuosa. Si el hijo, nacional marroquí, reside habitualmente en España, la aplicable es la ley española, que, *in casu*, no permite el establecimiento de la filiación precisamente por ser incestuosa. De ese modo, el juez español estaría obligado a no aplicar el Derecho español y a aplicar, en su lugar, el Derecho marroquí. Si tal ordenamiento sí permite establecer la filiación incestuosa del hijo, el juez español podría estimar que ello vulnera el orden público internacional español (art. 12.3 CC), de modo que acabaría aplicando el Derecho material español, que no permite el establecimiento de la filiación. Y que era lo que el art. 9.4.I CC quería evitar. La vida está llena de paradojas y la norma de conflicto (materialmente orientada) no va a ser menos.

### 3.3. Motivos que impiden establecer la filiación

**32.** El art. 9.4.I CC no concreta cuál es el motivo, causa o razón recogido en una ley designada por tal norma y por el que no es posible, en el marco de dicha ley, establecer la filiación del hijo. Ante la duda, dos grandes líneas interpretativas surgen.

**33.** Una primera línea apuesta por una interpretación restrictiva del inciso legal. Puede sostenerse que el inciso legal que indica que «si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación» presenta un significado de «rescate para casos extremos». Se trataría de activar el inciso citado y la orientación material del art. 9.4.I CC solo si el hijo no tiene ninguna filiación ni puede tenerla con arreglo a la ley designada por el art. 9.4.I CC. Con dicha lectura, el inciso mencionado serviría para «dar un padre o madre» a quien no lo tiene con arreglo a dicha ley (= rescatar la filiación en casos en los que el hijo carece totalmente de ella). Esta interpretación parece muy razonable. No obstante, la dicción general, amplia, sin matices, la letra hierática del precepto no parece respaldar esta interpretación restrictiva, válida solo para casos límite. El legislador español, en efecto, ha querido descartar la aplicación de una ley que no permite, *in casu*, el establecimiento de una filiación cuya existencia legal se debate ante los tribunales españoles. Así, si se ejercita la acción de filiación extramatrimonial contra el padre biológico, español y con residencia habitual en España, de un bebé sirio nacido en Damasco de madre siria, y la ley siria, aplicable al caso *ex art.* 9.4.I CC (conexión primera), no permite acreditar el establecimiento de la filiación por el exclusivo motivo de que esta es extramatrimonial, el art. 9.4.I CC ordena reaccionar contra la

aplicación de la ley siria aunque el hijo tenga ya una madre legalmente acreditada con arreglo al Derecho sirio. El art. 9.4.I CC reacciona porque el ordenamiento jurídico sirio no permite, *in casu*, establecer la filiación paterna aunque el hijo tenga acreditada legalmente su filiación materna.

**34.** Una segunda lectura interpretativa conduce a una comprensión amplia del inciso controvertido. El art. 9.4.I CC presenta, es cierto, una redacción muy amplia. Contiene una afirmación general expresada sin restricciones. Por ello debe aplicarse sin recortar su alcance literal. La intención del legislador español es la de reaccionar, a través de una norma de conflicto materialmente orientada, contra la aplicación de una ley que, en un caso concreto y por la causa que fuere, no permite determinar legalmente una concreta filiación en relación con un hijo en particular.

**35.** Con arreglo a esta segunda lectura interpretativa del art. 9.4.I CC, conduce a activar la orientación material de esta norma de conflicto en los siguientes litigios:

1.º) Litigios en los que se trata de establecer una filiación, ya tenga el hijo acreditada una filiación anteriormente o no la tenga y ya se trate de establecer *ex novo* una filiación o de impugnar una filiación previamente existente para fijar una nueva filiación. No es aplicable, por tanto, este inciso, a los casos en los que se ejercita una acción de impugnación pura de filiación sin que se pretenda establecer ninguna otra filiación en concreto.

2.º) Litigios en los que queda probada la imposibilidad de establecer la filiación de un hijo en el contexto de la ley aplicable *ex art.* 9.4.I CC, sea cual sea la causa de dicha imposibilidad. Las causas, fundamentos, razones o motivos por los que puede no ser posible establecer la filiación según la ley estatal aplicable son de diversos tipos:

*a)* Causas ligadas a la prueba de la filiación. Ciertas leyes consideran ilegal o inadmisibles practicar ciertas pruebas de la filiación, como las pruebas biológicas.

*b)* Causas relativas al transcurso del tiempo y/o prescripción de acciones de filiación. Entre tales causas, cabe citar: *a)* rechazo de la filiación matrimonial por haber transcurrido el plazo legal para hacerla constar, y *b)* prescripción de la acción para determinar la filiación.

*c)* Causas relativas a la legitimación activa o pasiva para declarar la filiación. Estas causas concurren cuando la ley aplicable niega al presunto padre o madre la posibilidad de accionar para acreditar la filiación o impiden establecer la filiación en relación con un determinado hijo en particular.

*d)* Causas relativas al título de la filiación. Los títulos para acreditar la filiación varían de Estado a Estado. Una ley estatal concreta puede rechazar *in casu* el establecimiento de la filiación porque no admite un concreto título de filiación. En particular, pueden citarse: *a)* negativa legal a un reconocimiento de la filiación realizado en documento público, privado o ante funcionario registral por cualquier causa de fondo o de forma o porque no se admite el mismo reconocimiento de la filiación como título de la misma (= falta de

capacidad del progenitor, necesidad de consentimiento del hijo, el hijo ha fallecido, necesidad de intervención judicial o registral, etc.); *b*) negativa legal a admitir la filiación del hijo por declaración realizada por una persona en el momento de la inscripción registral del nacimiento del hijo; *c*) negativa legal a admitir la filiación del hijo por resolución recaída tras un expediente registral; *d*) negativa legal a admitir la filiación del hijo por sentencia judicial; *e*) negativa legal a admitir la filiación del hijo porque no existe, en la ley aplicable, un sistema de presunciones aplicable a la filiación matrimonial, y *f*) negación de la posesión de estado como título de filiación.

*e*) Causas relativas al tipo de filiación. Las distintas leyes estatales prohíben, dificultan o impiden establecer ciertos tipos de filiación por los motivos más diversos. Algunos Derechos, en efecto, indican que no es posible establecer ciertos tipos de filiación: *a*) negación total de la posibilidad de establecer un concreto tipo de filiación, como la extramatrimonial o la filiación en favor de padres comitentes en relación con un nacido de madre subrogada; *b*) imposibilidad total o parcial de establecer una filiación en casos específicos en los que puede perjudicar al hijo, como la filiación llamada incestuosa (art. 125 CC), y *c*) imposibilidad de establecer la filiación por motivos discriminatorios basados en condiciones de raza, religión o sexo de los padres o del hijo.

### 3.4. Análisis crítico de la orientación material del art. 9.4.I CC

**36.** La orientación material del art. 9.4.I CC exige un análisis crítico especialmente cuidado y ponderado en torno a diferentes aspectos de la norma.

**37.** En primer lugar, y aunque suene kantiano, debe subrayarse que la intención es buena. Se trata de introducir lo que antes no existía en el texto del art. 9.4.I CC: el *favor filii* en la determinación de la filiación. El legislador español ha diseñado una norma de conflicto materialmente orientada que persigue aumentar las posibilidades de acreditación de la filiación del hijo. Puede, por ello, afirmarse, que la intención del legislador es, como punto de partida y desde un punto de vista constitucional y apoyado también en la normativa legal internacional vigente para España que recoge, defiende y promociona los derechos humanos, una buena intención. Y lo es porque, en general, en la mayor parte de los casos, la determinación de la filiación de una persona es beneficiosa para la misma. En efecto, ello proporciona al hijo una identidad, un nombre y apellidos, la posibilidad de tener derechos sucesorios, de adquirir una nacionalidad estatal determinada y le concede también un derecho de alimentos en relación con sus parientes. Del mismo modo, también ello permite que el hijo, si es menor, disponga de mecanismos legales de protección específicos para los hijos menores, como la patria potestad del Derecho español. Por tanto, potenciar la posibilidad de acreditación de la filiación de un hijo parece correcto desde un punto de vista de la posición del hijo en el sistema legal y de la protección jurídica del hijo, pues en la inmensa mayoría de las ocasiones, es mejor para el hijo, por los motivos examinados, tener unos padres por naturaleza determinados legalmente, que no tenerlos.

En este sentido, el «hecho» de contar con una norma de conflicto materialmente orientada en el art. 9.4.I CC queda superado por el «significado de tal hecho». Desde una perspectiva estrictamente fenomenológica, resulta muy importante poner de relieve que, en ciertos sectores jurídicos y en especial en el relativo a la protección de los hijos y de los menores, el legislador español toma partido. No es neutral. Se posiciona. Resulta conveniente captar esta idea, porque se trata de la esencia misma del art. 9.4.I CC. Los aspectos técnicos del art. 9.4.I CC relativos a la puesta en marcha de esa esencia valorativa constituyen, en verdad, realidades puramente contingentes. El legislador español puede haber errado en la traducción técnico-jurídica de esa idea esencial, puede no haber sido todo lo preciso que era deseable. Sin embargo, eso no es tan importante como es el núcleo valorativo del art. 9.4.I CC, su intención axiológica. Esa esencia misma del precepto (= la realidad necesaria del mismo) radica, como se ha señalado, en la idea de que, a la hora de precisar la ley aplicable a la filiación, no basta con «contar y pesar» los contactos del supuesto con los distintos Estados. Es imprescindible, por el contrario, tener presentes, con la mayor intensidad posible, los intereses del hijo y por tanto, seleccionar la ley estatal aplicable que más convenga al hijo a la hora de establecer su filiación legal. El jurista debe activar su «intuición eidética» para percibir la realidad última, esto es, lo esencial, el significado profundo del art. 9.4.I CC. Ello resulta extraordinariamente conveniente, provechoso y apropiado para interpretar de modo correcto el entero art. 9.4.I CC. Por otro lado, observa S. Vrellis, ello coadyuva a profundizar en la justicia material realizada por las normas de conflicto en defensa del *favor filii*<sup>26</sup>.

**38.** En segundo lugar, también es verdad que *the road to hell is paved with good intentions*. En efecto, el modo que ha elegido el legislador para realizar dicha política de *favor filii* en la determinación de la filiación no es ya tan positivo. Por ello, la orientación material del art. 9.4.I CC puede y debe ser objeto de ciertas críticas a desarrollar no desde un punto de vista valorativo, sino desde una perspectiva exclusivamente técnica y ajustadamente conflictual.

**39.** En este plano crítico, debe indicarse, en primer término, que, para comenzar, la determinación de la filiación del hijo no es siempre un beneficio para este. No siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un concreto padre constituye un beneficio para dicho hijo incluso desde la perspectiva del Derecho español. Dos ejemplos serán suficientes: i) en el caso de que una ley extranjera permita la acreditación de la filiación de un hijo respecto de su abuelo (= filiación respecto de pariente en línea recta), dicha filiación puede perjudicar al hijo (art. 125 CC). El mismo legislador español entiende que la acreditación de dicha filiación no es conveniente para el hijo y por eso mismo niega dicha posibilidad con carácter general, y solo la permite «previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio

<sup>26</sup> VRELLIS, S., «Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice», *RCADI*, vol. 328, 2007, pp. 175-486.

Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz» y admite, también, que el hijo, alcanzada su plena capacidad, pueda mediante declaración auténtica invalidar la determinación de su filiación si no la hubiere consentido; ii) la filiación del nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución corresponde a la mujer que ha dado a luz y no a los sujetos que han contratado a dicha mujer para que geste al hijo. Ciertas leyes extranjeras establecen que la filiación corresponde a tales sujetos (= padres comitentes/*intended parents*), mientras que el Derecho español considera que no es conveniente que se establezca una filiación del hijo en relación con dichos partes comitentes (art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)<sup>27</sup>. En suma, hay numerosos supuestos en los que la ley española no permite el establecimiento de la filiación, incluso en favor de los progenitores biológicos.

Frente a lo anterior, la dicción literal del art. 9.4.I CC es excesivamente genérica y no distingue. Para el legislador español que ha redactado el art. 9.4.I CC, si la ley de la residencia habitual del hijo, incluso cuando sea la española, no permite el establecimiento de la filiación, dicha ley se descartará y en su lugar se aplicará la ley nacional del hijo. El precepto no diferencia matices y ahí, en su carácter rígido y lapidario, radica su debilidad: no se especifica la causa por la que la ley del país de residencia habitual del hijo no permite el establecimiento de la filiación. El precepto no está atento a los detalles. En consecuencia la paradoja está servida. Así, por ejemplo, si la ley de la residencia habitual del hijo ucraniano, por ejemplo la ley española, no permite establecer la filiación de este respecto de sus padres contratantes porque, por ejemplo, ha nacido de «madre contratada», se aplicará la ley nacional del hijo y si el hijo es, como se ha indicado, ucraniano, entonces se aplicará la ley ucraniana porque esta sí permite establecer la filiación en favor de los padres comitentes. Con ello se alcanza un resultado que la ley imperativa española estima contrario a Derecho. En otros supuestos puede ser incluso peor. Si la ley de la residencia habitual del hijo, por ejemplo la ley española, no permite establecer la filiación de este respecto de sus progenitores porque estos son hermanos, se aplicará la ley nacional del hijo y si el hijo es iraní, y la ley de este país permitiera establecer esta filiación incestuosa, entonces se debería aplicar la ley iraní. Con ello, de nuevo, se alcanza un resultado que la ley española considera radicalmente contrario a Derecho y que puede objetivamente perjudicar al menor. Ello obligará, como antes se ha adelantado, a activar el orden público internacional español (art. 12.3 CC) para descartar la aplicación de la ley iraní, de modo que deberá aplicarse la ley sustantiva española (= tercera y última conexión del art. 9.4.I CC), cuya aplicación ya fue descartada por el mismo art. 9.4.I CC. Esto sucede porque el precepto no opera como debe operar un buen jurista, esto es, diferenciando y coloreando matices y no da poder al juez para decidir si el no establecimiento de la filiación derivado de la aplicación de una concreta ley estatal es o no es beneficiosa para el hijo. Es un precepto que cree más en la ley que en los jueces,

<sup>27</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

crea más en la rigidez de la norma legal escrita que en los detalles de los casos concretos y en las cláusulas de flexibilización. Por eso es criticable. Porque este enfoque puede llevar a paradojas legales que pueden perjudicar al mismo menor al que se desea beneficiar.

**40.** Todavía en este plano crítico, debe indicarse, en segundo término, que el punto de partida del art. 9.4.I CC es muy claro. Para el precepto existen Derechos estatales justos (= los que permiten establecer la filiación del hijo) y Derechos estatales injustos (= los que no lo permiten). Como es natural, este juicio sobre la justicia de las leyes extranjeras depende del punto de vista que se adopte. Desde la perspectiva del legislador español, es evidente, las leyes favorables al establecimiento de la filiación son «justas» y las que no posibilitan dicho establecimiento son «injustas». Ahora bien, desde la perspectiva de un legislador extranjero cuya ley no permite el establecimiento de la filiación, resultará que la ley española, al permitir el establecimiento de la filiación, es «injusta». Para un jurista iraquí, es muy posible que el establecimiento de la filiación por naturaleza de un bebé en relación con dos mujeres sea una solución aberrante, anti-natura y profundamente injusta, mientras que para el legislador español constituye una solución adecuada, proporcional, conveniente y, en suma, justa. En realidad, si se adopta un punto de vista abstracto y general, alejado de un concreto ordenamiento jurídico, no existen Derechos estatales «más justos» que otros. Desde este enfoque, comenta H. Gaudemet-Tallon, todos los Derechos estatales están situados en una «posición de igualdad», de modo que aplicar un Derecho estatal porque es «más justo» que otro no es adecuado ni conveniente<sup>28</sup>. Cada legislador estatal elabora las normas que considera justas para su sociedad. Todo Estado considera y cree que sus leyes son «justas». Lo que resulta, en realidad, injusto, es aplicar un Derecho estatal a situaciones privadas internacionales no conectadas con dicho país. Y es injusto porque genera elevados costes para los particulares y porque conduce a aplicar la ley de un Estado a supuestos no vinculados con la sociedad de dicho Estado.

**41.** También desde una perspectiva crítica, en tercer lugar debe subrayarse que el art. 9.4.I CC, como norma de conflicto materialmente orientada que es, traduce la línea política de un concreto Estado, en este caso, la línea española de política jurídica en el sector de la filiación. Desde ese momento, esta norma dificulta la internacionalización de las normas de DIPr, es decir, la elaboración de normas de conflicto comunes a distintos países. Si la determinación de la filiación del hijo constituye una política firme del legislador español pero no de otros Estados, la unificación de las normas de conflicto en el sector de la filiación entre ambos Estados resulta prácticamente imposible.

**42.** Desde un punto de vista crítico, en cuarto término, no puede ignorarse que el art. 9.4.I CC aumenta el riesgo de *Forum Shopping* y el nivel de inseguridad jurídica. No será extraño que las partes jueguen al *Forum*

---

<sup>28</sup> GAUDEMÉT-TALLON, H., «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel), cours général», *RCADI*, 2006, pp. 1-488, esp. p. 297.

*Shopping* y corran con entusiasmo a litigar ante la jurisdicción que mejores ventajas ofrezca a sus intereses desde el punto de vista de la ley reguladora del fondo de la filiación.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

**43.** El nuevo texto del art. 9.4.I CC contiene numerosos elementos positivos que conviene resaltar:

1.º) La preferencia aplicativa dada a la conexión residencia habitual sobre la conexión nacionalidad, plenamente acertada, coloca al sistema español en perfecta sintonía con la tendencia más moderna seguida por el DIPr de la UE. En los tiempos actuales, esta conexión es la adecuada visto el carácter líquido de la sociedad actual y los movimientos internacionales de las personas. Conduce a una ley previsible y eficiente para las partes y para terceros y permite a los Estados llevar a cabo una organización efectiva y eficiente de su sociedad en lo relativo a la filiación.

2.º) La nacionalidad ha entrado en su definitiva fase crepuscular como punto de conexión principal incluso en las materias relativas al tradicional «estatuto personal» y es justo que así sea. El reinado de la ley nacional toca a su fin y demasiado largo ha sido.

3.º) La ausencia de autonomía de la voluntad conflictual en el precepto es lógica. Se trata de una materia de Derecho imperativo, de Derecho privado institucional, esencial para el buen funcionamiento de la sociedad. Por esa razón, no debe permitirse que las partes elijan el Derecho aplicable a la filiación.

4.º) Por otra parte, y a pesar de ciertos defectos técnicos del art. 9.4.I CC, el carácter materialmente orientado de las conexiones en lo que afecta a la determinación de la filiación constituye un acierto axiológico del legislador. En una materia particularmente sensible como la filiación, atrás quedan puntos de conexión ciegos que concretaban el Derecho aplicable sin tener en cuenta valores materiales. Un Derecho internacional privado del siglo XXI exige contar con normas, como el actual art. 9.4.I CC, comprometidas con valores sustantivos constitucionales y con los derechos humanos. Bienvenido, pues, este nuevo art. 9.4.I CC.

#### RESUMEN

##### LEY APLICABLE A LA FILIACIÓN POR NATURALEZA: DE LA LEY NACIONAL A LA LEY DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO

Este trabajo examina varios aspectos del art. 9.4.I CC en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. El análisis permite descubrir que esta norma de conflicto ha optado por dar preferencia a la residencia habitual sobre la nacionalidad del hijo y que dicha opción de política jurídica es correcta desde un punto de vista constitucional y desde una perspectiva de eficiencia. La residencia habitual conduce a aplicar una ley que asegura una buena ad-

ministración de la justicia y unos costes conflictuales reducidos para las partes. El trabajo también explora el carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC a la hora de fijar la ley aplicable a la determinación de la filiación.

**Palabras clave:** filiación, norma de conflicto materialmente orientada, prueba de la filiación, residencia habitual, nacionalidad.

### ABSTRACT

#### ON THE LAW APPLICABLE TO BIOLOGICAL PARENTAGE: FROM THE LAW OF THE CHILD'S NATIONALITY TO THE LAW OF THE HABITUAL RESIDENCE

This study deals with different aspects of Article 9.4 first paragraph of the Spanish civil Code after the new wording given by Act 26/2015, of July 28th, modifying the system of protection of children and adolescence. The analysis allows to discover that this conflict rule has given preference to the habitual residence of the son on his nationality as a connecting factor. This criterion is correct from a constitutional standpoint and from an efficiency perspective. Habitual residence leads to apply a law that ensures the sound administration of justice and reduced costs for the parties involved. The work also explores the materially oriented character of the above mentioned Article 9.4 when setting the law applicable to the determination of parentage.

**Keywords:** filiation, materially oriented conflict rule, habitual residence of the son, nationality of the son.

## LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN LOS ESPACIOS MARINOS RECONOCIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

Rafael CASADO RAIGÓN

Catedrático de Derecho internacional público  
Universidad de Córdoba

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. MAR TERRITORIAL, AGUAS INTERIORES Y AGUAS ARCHIPELÁGICAS.—3. ZONA CONTIGUA.—4. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y PLATAFORMA CONTINENTAL.—5. ALTA MAR Y ZONA.—6. LA CUESTIÓN DE LA DEFINICIÓN DE «INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA» Y LA APLICACIÓN DE LA PARTE XIII DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR.—7. COOPERACIÓN INTERNACIONAL.—8. PRÁCTICA ESPAÑOLA Y DE OTROS ESTADOS Y DERECHO INTERNACIONAL GENERAL.—9. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM, Convención) dedica su Parte XIII a la (con este título) *investigación científica marina*. Sus 28 artículos (238 a 265, ambos inclusive) constituyen las disposiciones fundamentales en la materia, pero el régimen jurídico de la misma, como veremos, hay que completarlo con otras disposiciones pertinentes o específicas de la Convención, todas ellas interpretadas en su contexto. En particular, las contenidas en la Parte XII de este instrumento, que es la relativa a la protección y preservación del medio marino, se aplican a la realización de la investigación científica marina (ICM)<sup>1</sup>. La relevancia y actualidad de la misma, en todo caso, es indudable, ya que, como ha puesto de manifiesto recientemente el secretario general de Naciones Unidas «las ciencias del mar pueden contribuir de forma considerable a erradicar la pobreza, garantizar la seguridad alimentaria, apoyar la gestión sostenible de las actividades en

<sup>1</sup> En este sentido, véase División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar de Naciones Unidas. Oficina de Asuntos Jurídicos, *El Derecho del Mar. Investigación científica marina. Guía revisada para la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, Nueva York, Naciones Unidas, 2011, p. 22.

el mar, proteger el medio marino y predecir y mitigar los efectos de los fenómenos y los desastres naturales y darles la debida respuesta»<sup>2</sup>. Ahora bien, la ICM *no siempre* se lleva a cabo con unos fines altruistas o con expectativas de resultados que beneficien a toda la humanidad, estando sujeta, por otra parte, al *permiso* del Estado ribereño si se proyecta en zonas marítimas bajo jurisdicción nacional y a otras muchas reglas que la CNUDM establece, tanto para esas zonas como para las situadas más allá de ellas. Treinta y cuatro años después de su adopción, esta *constitución de los océanos*, como hija de su tiempo que es, nos hace preguntarnos si es adecuada para hacer frente a las necesidades y problemas presentes y emergentes.

## 2. MAR TERRITORIAL, AGUAS INTERIORES Y AGUAS ARCHIPELÁGICAS

En el mar territorial, la soberanía del Estado ribereño se extiende, además de a la columna de agua y al espacio aéreo sobre la misma, al lecho y al subsuelo del mar<sup>3</sup>. En lo que afecta a la ICM, ninguna limitación a esta soberanía se contempla en las disposiciones de la CNUDM dedicadas a este espacio marítimo, de ahí que, en relación al derecho de paso inocente a través del mar territorial del que gozan los buques de todos los Estados, prevea expresamente que el Estado ribereño puede dictar *leyes y reglamentos* en materia de *investigación científica marina y levantamientos hidrográficos*<sup>4</sup>. Consecuentemente, en la Parte XIII de este instrumento se dispone (art. 245) que los Estados ribereños, «en el ejercicio de su soberanía, tienen el derecho exclusivo de regular, autorizar y realizar actividades de investigación científica marina en su mar territorial», añadiendo que dichas actividades *solamente* pueden llevarse a cabo «con el consentimiento *expreso* del Estado ribereño y en las condiciones establecidas por él»<sup>5</sup>.

Aunque no se mencionen expresamente en esa Parte XIII<sup>6</sup>, la misma regla se aplica tanto a las aguas interiores (lógicamente) como a las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico, aguas estas últimas a las que también se extiende la soberanía de dicho Estado<sup>7</sup>. El art. 54 de la CNUDM, que se remite *mutatis mutandis* al art. 40 (relativo al paso en tránsito por estrechos utilizados para la navegación internacional, cuyas aguas tienen la condición jurídica de mar territorial), establece que, durante el paso por las vías marítimas archipelágicas, los buques extranjeros, incluso los destinados a la inves-

<sup>2</sup> Naciones Unidas. Asamblea General, *Los océanos y el derecho del mar. Informe del Secretario General*, A/70/4, de 30 de marzo de 2015, p. 35.

<sup>3</sup> Art. 2 de la CNUDM.

<sup>4</sup> Art. 21.1.g) de la CNUDM. Por su parte, el art. 19.2.j) de la CNUDM considera que el paso de un buque extranjero es *perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño* si realiza en el mar territorial actividades de investigación o levantamientos hidrográficos.

<sup>5</sup> La cursiva es mía.

<sup>6</sup> SOONS, A. H. A., *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, La Haya, Kluwer, 1982, pp. 139-154.

<sup>7</sup> Art. 49 de la CNUDM.

tigación científica marina y a levantamientos hidrográficos, no podrán realizar ninguna actividad de investigación o levantamiento sin la autorización previa del Estado archipelágico.

Como en el resto de espacios marinos, en todas estas aguas bajo soberanía del Estado ribereño la ICM no solo se realiza desde embarcaciones sino que también se lleva a cabo mediante la utilización de instalaciones o equipos ubicados en el medio marino. Pues bien, su emplazamiento y utilización en el mar territorial (y espacios asimilados) están sujetos igualmente al consentimiento expreso del Estado ribereño<sup>8</sup>. La Parte XIII (Sección 4.<sup>a</sup>) de la CNUDM somete estas instalaciones a un determinado régimen jurídico, aplicable, *mutatis mutandis*, a todos los espacios marítimos. Interesa ahora destacar su art. 259, en virtud del cual dichas instalaciones (o el propio equipo de investigación científica) no poseen la condición jurídica de islas y no tienen mar territorial propio, no afectando su presencia a la delimitación del mar territorial.

Esta disposición, no obstante, parece innecesaria y, en todo caso, ha de interpretarse en su contexto. Por un lado, el art. 121 de la Convención, que regula el régimen de las islas, las define como «una extensión natural de tierra», definición que, en virtud de las disposiciones de este artículo, tiene como consecuencia que las islas artificiales no tienen mar territorial propio. De todas formas, un previo artículo de la Parte V (art. 60.8), al que se remite otro de la Parte VI (art. 80), dispone más específicamente que las «islas artificiales, instalaciones y estructuras no poseen la condición jurídica de islas» y «no tienen mar territorial propio». Por otro lado, el art. 7 del mismo instrumento, que recoge las condiciones para el trazado de líneas de base rectas desde las que se mide (o delimita) el mar territorial, establece que dichas líneas no podrán trazarse «hacia ni desde elevaciones que emerjan en bajamar, a menos que se hayan construido sobre ellas faros o instalaciones análogas que se encuentren constantemente sobre el nivel del agua»<sup>9</sup>, lo que quiere decir que si la instalación o equipo ha sido construido sobre un bajío su presencia podría, en su caso, ser relevante a los efectos de la delimitación del mar territorial<sup>10</sup>.

### 3. ZONA CONTIGUA

En la zona contigua, el Estado ribereño posee unas competencias limitadas a ciertos fines. En ella, concretamente, puede adoptar las medidas de fiscalización necesarias para *prevenir y sancionar* las infracciones de su normativa interna en materia aduanera, fiscal, de inmigración o sanitaria que se cometan en su territorio o en su mar territorial<sup>11</sup>. Es lógico, por tanto, que la

<sup>8</sup> Art. 258 de la CNUDM.

<sup>9</sup> Art. 7.4 de la CNUDM. La cursiva es mía.

<sup>10</sup> Véase, en todo caso, NANDAN, S. N. y ROSENNE, S. (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. 2, Dordrecht-Boston-Londres, Nijhoff, 2013, pp. 102-103.

<sup>11</sup> Art. 33 de la CNUDM. Súmense a estas competencias las previstas en el art. 303.2 de la CNUDM en relación a los objetos arqueológicos e históricos hallados en el mar.

Parte XIII no dedique disposición alguna a este espacio. El régimen jurídico aplicable a la ICM desde el límite exterior del mar territorial hasta el límite exterior de la zona contigua es el previsto para la zona económica exclusiva, siempre que esta sea declarada por el Estado ribereño; en otro caso, ese régimen, en lo que a la columna de agua se refiere, es el de la alta mar y, en lo que afecta al suelo y subsuelo, el de la plataforma continental, ya que en ella los derechos del Estado ribereño son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa<sup>12</sup>.

#### 4. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y PLATAFORMA CONTINENTAL

En la zona económica exclusiva (ZEE) declarada por un Estado ribereño, el art. 56 de la CNUDM reconoce a este Estado, por un lado, derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos renovables, no renovables y potencialmente renovables tanto de las aguas suprayacentes al lecho como del lecho y el subsuelo del mar (sin perjuicio de que los derechos sobre los recursos del lecho y subsuelo se ejerzan de conformidad con la parte que la CNUDM dedica a la plataforma continental), y, por otro, *jurisdicción*, en particular, con respecto a la investigación científica marina. Por su parte, el art. 77 del mismo instrumento, al definir los derechos del Estado ribereño en la plataforma continental, se limita a decir que en ella dicho Estado ejerce derechos de soberanía «a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales», sin perjuicio de que, en relación a las *perforaciones* que con cualquier fin se realicen en la plataforma, el art. 81 disponga que el Estado ribereño tiene un derecho exclusivo para autorizarlas y regularlas. También tiene un derecho exclusivo para autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental<sup>13</sup>.

En todo caso, de las Partes V (ZEE) y VI (plataforma continental) de la Convención ha de interpretarse que, con respecto a la ICM, el Estado ribereño también tiene *jurisdicción* en el suelo y subsuelo del mar que corresponda a su plataforma continental, pero en el entendido de que, en el ejercicio de esa jurisdicción, dicho Estado tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las disposiciones de la CNUDM<sup>14</sup>. Precisamente, esta es la conclusión a la que se llega con la lectura de su Parte XIII, que ilustra la tentativa de un equilibrio entre las aspiraciones de terceros Estados a la libertad de ICM en beneficio de la humanidad y los derechos soberanos y la jurisdicción de los Estados ribereños, aunque finalmente está más próxima a un desequilibrio en favor de estos últimos<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 77.3 de la CNUDM.

<sup>13</sup> Art. 80 (plataforma) y art. 60 (ZEE) de la CNUDM.

<sup>14</sup> Art. 56.2 de la CNUDM.

<sup>15</sup> En este sentido, JARMACHE, E., «Sur quelques difficultés de la recherche scientifique marine», en *La Mer et son Droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003,

En efecto, en virtud del art. 246.1, los «Estados ribereños, en el ejercicio de su jurisdicción, tienen derecho a regular, autorizar y realizar actividades» de ICM en su ZEE y en su plataforma continental, pero «de conformidad con las disposiciones pertinentes de esta Convención», reenvío o referencia esta última que no hace el art. 245 a propósito del mar territorial. Esas disposiciones pertinentes parten de la regla del consentimiento del Estado ribereño<sup>16</sup>, pero sin la rotundidad con la que se describe en ese art. 245, ya que desaparecen las expresiones (o vocablos) *derecho exclusivo, solamente, consentimiento expreso o en las condiciones establecidas por el Estado ribereño*.

Desaparecen, en primer lugar, porque<sup>17</sup>, *en circunstancias normales* (y podrán considerarse normales *aun cuando no existan relaciones diplomáticas*)<sup>18</sup>, los Estados ribereños otorgarán su consentimiento para que otros Estados (los *investigadores*) o las organizaciones internacionales competentes realicen proyectos de ICM exclusivamente con fines pacíficos<sup>19</sup> y con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad. Con este fin, los Estados ribereños deben establecer reglas y procedimientos para garantizar que no se demore o deniegue sin razón ese consentimiento, lo que supone una obligación precisa para estos Estados. Y en segundo lugar porque se prevé un consentimiento implícito del Estado ribereño si este, en un determinado plazo, no rehúsa su consentimiento o no hace saber al Estado (u organización) solicitante que la información que le ha de suministrar con arreglo a la Convención sobre el proyecto debe ser completada o «no corresponde a los hechos manifiestamente evidentes»<sup>20</sup>.

La información a la que se hace referencia<sup>21</sup> incluye una *descripción completa* de la índole y objetivos del proyecto, del método y los medios que vayan a emplearse, las áreas geográficas precisas, las fechas previstas, el nombre de la institución patrocinadora, el de su director y el de la persona encargada del proyecto y la medida en que se considere que el Estado ribereño podría participar o estar representado en el mismo.

Los matices y atenuaciones a la regla del consentimiento a los que nos hemos referido más arriba ilustran la tentativa de un equilibrio entre los inte-

---

pp. 303-314, p. 306; y MARFFY, A. DE, «La recherche scientifique marine», en DUPUY, R.-J. y VIGNES, D., *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, París-Bruselas, Economica-Bruylant, 1985, p. 968.

<sup>16</sup> Art. 246.2 de la CNUDM.

<sup>17</sup> Art. 246.3 de la CNUDM.

<sup>18</sup> Art. 246.4 de la CNUDM. Obviamente, con esta disposición, la Convención no resuelve satisfactoriamente la cuestión de qué circunstancias deben ser consideradas como *normales*. Se ha indicado que un ejemplo de circunstancias anormales sería el de una situación de inminente peligro de conflicto armado. Otro ejemplo que se señala se refiere a cuando exista una controversia acerca de la jurisdicción a la que corresponde la zona para la que se efectúa la solicitud: véase *Guía revisada* citada en nota 1, pp. 41-42.

<sup>19</sup> Véase el art. 240 de la CNUDM: Principios generales para la realización de la investigación científica marina. En todo caso, la expresión «exclusivamente con fines pacíficos» no recibe por todos la misma interpretación. Al respecto, TREVES, T., «La notion d'utilisation des espaces marins à des fins pacifiques dans le nouveau droit de la mer», *Annuaire français de droit international*, 1980, pp. 687-689.

<sup>20</sup> Art. 252 de la CNUDM.

<sup>21</sup> Art. 248 de la CNUDM.

reses en presencia, aunque el resultado sea finalmente el de un desequilibrio a favor del Estado ribereño, como lo demuestra el poder discrecional con el que la Convención lo dota<sup>22</sup>. Según su art. 246.5, los Estados ribereños podrán rehusar discrecionalmente su consentimiento cuando el proyecto que se le presenta, entre otros supuestos, tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos o entranhe perforaciones, perjuicios para el medio marino o la construcción de islas artificiales<sup>23</sup>. Con estos supuestos, algunos ciertamente *expansivos*, se refuerza la facultad discrecional del Estado ribereño, facultad que, además, queda al margen del control judicial o arbitral internacional previsto en la CNUDM. Así, en virtud de su art. 297.2, respecto de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la Convención en materia de ICM y que se susciten con motivo del ejercicio por el Estado ribereño de un derecho o facultad discrecional de conformidad con el art. 246, este Estado no estará obligado a aceptar que las mismas se sometan a los *procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias* previstos en la Parte XV (*solución de controversias*)<sup>24</sup>.

También están sustraídas a estos procedimientos, en virtud del mismo art. 297.2, las controversias que se susciten con motivo de la decisión del Estado ribereño de ordenar la suspensión o la cesación de un proyecto de investigación<sup>25</sup>. Esta suspensión o cese de las actividades de ICM que el Estado ribereño tiene derecho a exigir por determinados incumplimientos previstos en el art. 253, representa un signo más de la erosión del principio de libertad y del correlativo reforzamiento de la posición dominante de ese Estado<sup>26</sup>, posición dominante que también se manifiesta en otras disposiciones de la Parte XIII de la Convención<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> SCALIERIS, E., *L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État côtier en droit de la mer*, París, Pedone, 2011, pp. 59 y ss.

<sup>23</sup> En relación al primer supuesto (esto es, cuando el proyecto tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos), el Estado ribereño no podrá ejercer esa facultad discrecional respecto de proyectos que se vayan a realizar en la plataforma continental más allá de las 200 millas fuera de aquellas áreas específicas que dicho Estado pueda designar como áreas en las que se están realizando, o se van a realizar en un plazo razonable, actividades de explotación (art. 246.6 y 7 de la CNUDM). La posibilidad de que el Estado ribereño pueda designar esas áreas hace que esta *atenuación* al principio del consentimiento constituya, antes que una concesión a los intereses de la libertad de ICM, una afirmación de dicho principio. En este sentido, véase TREVES, T., «Principe du consentement et nouveau régime juridique de la recherche scientifique marine», en BARDONNET, D. y VIRALLY, M. (dirs.), *Le nouveau droit international de la mer*, París, Pedone, 1983, pp. 278-279.

<sup>24</sup> Véase GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2015, pp. 80-83.

<sup>25</sup> Véase la letra b) de ese art. 297.2 de la CNUDM (conciliación obligatoria).

<sup>26</sup> En este sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Investigación científica marina y nuevo derecho del mar», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (ed.), *Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 314.

<sup>27</sup> Por ejemplo en el art. 249 de la CNUDM, en virtud del cual los Estados investigadores y las organizaciones internacionales competentes, al realizar ICM en la ZEE o en la plataforma, garantizarán el derecho del Estado ribereño a participar o estar representado en el proyecto, si así lo desea, sin que este tenga obligación de contribuir a sufragar los gastos del mismo, y, entre otras, le proporcionarán, si así lo solicita, los resultados y conclusiones finales una vez terminada la investigación. Por otra parte, esos Estados y organizaciones internacionales también tienen ciertas obligaciones respecto de los Estados

Como decíamos a propósito del mar territorial (y espacios asimilados), la ICM se realiza no solo desde embarcaciones sino también mediante la utilización de instalaciones o equipos ubicados en el medio marino. Pues bien, en lo que afecta a la ZEE y plataforma continental, el emplazamiento y utilización de todo tipo de instalación o equipo de investigación científica están sujetos a las mismas condiciones que se establecen para la realización de actividades de ICM en dichos espacios marinos<sup>28</sup>, es decir, al consentimiento del Estado ribereño. El régimen de estas instalaciones y equipos, por otra parte, es similar al previsto en el art. 60 de la Convención para las islas artificiales, instalaciones y estructuras en la ZEE (o sobre la plataforma: art. 80): podrán establecerse zonas de seguridad en torno a ellas<sup>29</sup>, no supondrán un obstáculo en las rutas de navegación internacional<sup>30</sup> y tendrán signos de identificación y señales de advertencia para garantizar la seguridad marítima y la seguridad de la navegación aérea<sup>31</sup>. Adviértase que, conforme a ese mismo art. 60, el Estado ribereño tiene una jurisdicción exclusiva sobre esas islas, instalaciones y estructuras (también, lógicamente, sobre las utilizadas para la ICM), incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

## 5. ALTA MAR Y ZONA

En los espacios marítimos sustraídos a la soberanía, derechos soberanos o jurisdicción de los Estados ribereños, la ICM se plantea, lógicamente, de distinta forma. En la alta mar, como se sabe, rige el principio de libertad, una libertad que comprende, entre otras, la libertad de investigación científica, pero, como advierte el art. 87.1 de la CNUDM, «con sujeción a las disposiciones de las Partes VI y XIII»<sup>32</sup>. Esta última parte contiene una disposición específica para la ICM *en la columna de agua más allá de los límites de la zona económica exclusiva* (art. 257), columna en la cual todos «los Estados, cualquiera que sea su situación geográfica, así como las organizaciones internacionales competentes, tienen derecho, de conformidad con la Convención, a realizar actividades de investigación científica marina».

De esta manera, al no mencionar el lecho y subsuelos marinos, las disposiciones en cuestión son conscientes tanto de los derechos del Estado ribereño

---

vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa ya que, en particular, se les da la oportunidad de participar, cuando sea factible, en el proyecto de investigación y se les proporcionará, si así lo solicitan, una evaluación de los resultados: véase el art. 254 de la CNUDM.

<sup>28</sup> Art. 258 de la CNUDM, antes citado.

<sup>29</sup> Art. 260 de la CNUDM.

<sup>30</sup> Art. 261 de la CNUDM.

<sup>31</sup> Art. 262 de la CNUDM.

<sup>32</sup> La libertad de investigación científica marina no fue citada expresamente, en el marco de la libertad de la alta mar, en el art. 2 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la alta mar. La Comisión de Derecho Internacional, en cambio, en el comentario a su proyecto de artículos, reconoció (1956) que entre las libertades no mencionadas se encontraba la de la investigación científica: véase NORDQUIST, M. H. (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. 4, Dordrecht-Boston-Londres, Nijhoff, 2002, p. 440.

en la plataforma continental que se extienda más allá de las 200 millas marinas como del régimen específico, al que después aludiremos, de la ICM en la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (Zona). Téngase en cuenta, además, que (*in plus stat minus*) un Estado ribereño puede no declarar ZEE o establecerla con una anchura inferior a 200 millas (con independencia de la delimitación de este espacio en los supuestos de Estados con costas situadas frente a frente). Recuérdese que España, por ejemplo, no tiene declarada ZEE entre el estrecho de Gibraltar y el cabo de Gata (mar de Alborán). En estos casos, la libertad (o el derecho) de todos los Estados (y organizaciones internacionales) a propósito de la ICM en la *columna de agua* (alta mar) comienza o en el límite exterior del mar territorial o en el de la ZEE inferior a 200 millas que se haya declarado. Esto quiere decir que la libertad de ICM en alta mar (columna de agua) puede coincidir en el espacio con los derechos de un Estado ribereño en su plataforma continental (lecho y subsuelo), de ahí que esa libertad deba ser ejercida *de conformidad con* la CNUDM, esto es, en el respeto de los derechos del Estado ribereño en su plataforma continental.

La libertad de la alta mar, en todo caso, no tiene un carácter absoluto, ya que, en su ejercicio, los Estados deben tener en cuenta otros principios que, en virtud de la Parte VII (*alta mar*) de la CNUDM, también son aplicables a este espacio marino. En materia de ICM, la Parte XIII no ha establecido principios y normas que, al margen de lo dispuesto en el art. 257 antes citado, rijan específicamente para la alta mar, pero algunos de los que recoge con carácter general tienen una particular pertinencia para este espacio: la realización de la ICM con fines exclusivamente pacíficos y con métodos y medios adecuados<sup>33</sup>, su no interferencia injustificada en otros usos legítimos del mar<sup>34</sup>, el respeto a las normas en materia de protección y preservación del medio marino<sup>35</sup>, el no reconocimiento de la ICM como fundamento jurídico de reivindicación alguna sobre parte del medio marino o sus recursos<sup>36</sup>, el fomento de la cooperación internacional<sup>37</sup> o la publicación y difusión de los conocimientos resultantes<sup>38</sup>. Quiero subrayar que este último principio o norma es aplicable a la ICM realizada en cualquier espacio marino.

A diferencia de lo señalado con respecto a los distintos espacios en los que el Estado ribereño ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, el emplazamiento y utilización en alta mar (también en la Zona, sin perjuicio de

<sup>33</sup> Art. 240.a) y b) de la CNUDM.

<sup>34</sup> Art. 240.c) y arts. 260-262 de la CNUDM.

<sup>35</sup> Art. 240.d) y art. 263.3 de la CNUDM: véase VERLAAN, Ph., «Marine Scientific Research: Its Potential Contribution to Achieving Responsible High Seas Governance», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 27, 2012, núm. 4, pp. 805-812.

<sup>36</sup> Art. 241 de la CNUDM.

<sup>37</sup> Arts. 242 y 243 de la CNUDM.

<sup>38</sup> Art. 244 de la CNUDM. Véase a este respecto el art. 14.3 del Acuerdo de 1995 sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (BOE núm. 175, de 21 de julio de 2004).

lo dispuesto en la Parte XI de la CNUDM) de todo tipo de instalación o equipo de investigación científica pueden llevarse a cabo libremente, aunque con el debido respeto al ejercicio de las otras libertades del alta mar y, en su caso, a los derechos del Estado ribereño en su plataforma continental<sup>39</sup>.

En la Zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, en efecto, la ICM está sometida a un régimen específico, aunque, de manera similar al previsto para la alta mar, la Parte XIII (art. 256) establece que todos «los Estados, cualquiera que sea su situación geográfica, así como las organizaciones internacionales competentes, tienen derecho, de conformidad con las disposiciones de la Parte XI, a realizar actividades de investigación científica marina en la Zona»<sup>40</sup>.

De esa Parte XI, la disposición básica en la materia es la contenida en el art. 143<sup>41</sup>. Con independencia de que la ICM en la Zona se deba realizar exclusivamente con fines pacíficos y en beneficio de toda la humanidad<sup>42</sup>, dicha disposición faculta, por un lado, a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (Autoridad) para que pueda *realizar investigaciones científicas marinas relativas a la Zona y sus recursos y celebrar contratos a ese efecto*, y, por otro, a los Estados partes (sin perjuicio de que tengan la obligación de promover la cooperación con ellos mismos y con la Autoridad) para que puedan *realizar investigaciones científicas marinas en la Zona*. Para la Autoridad, el Acuerdo de 1994 relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención incluye el mandato de que promueva y estimule la realización de ICM «con respecto a las actividades realizadas en la Zona»<sup>43</sup>, *actividades*<sup>44</sup> por las que

<sup>39</sup> Art. 258 de la CNUDM. Los arts. 259-262 de la CNUDM, antes citados, también son aplicables a la alta mar.

<sup>40</sup> Respecto de las controversias sobre la interpretación o la aplicación de las disposiciones de la CNUDM relativas a la ICM, su art. 264 establece que «serán solucionadas de conformidad con las secciones 2 y 3 de la Parte XV». La Sección 2.<sup>a</sup>, como se sabe, prevé cuatro diferentes procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias (Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Corte Internacional de Justicia, Tribunal Arbitral Anexo VII y Tribunal Arbitral Especial Anexo VIII). La Sección 3.<sup>a</sup> y, en particular, su art. 297, por su parte, recoge una serie de limitaciones a la aplicabilidad de la Sección 2.<sup>a</sup>, limitaciones que, en lo que a la ICM se refiere, afectan, como vimos más arriba, a la ZEE y a la plataforma continental. Por tanto, las controversias en materia de ICM que se susciten en alta mar o en la Zona entran en el ámbito de la jurisdicción obligatoria de la corte o tribunal que sea competente en virtud de la Convención. Uno de ellos, el tribunal arbitral especial, está previsto en el Anexo VIII, con sujeción a lo dispuesto en la Parte XV, para las controversias relativas, en particular, a la investigación científica marina. Este tribunal arbitral especial se constituirá (de preferencia) sobre la base de una lista de expertos designados por los Estados partes en la CNUDM y su establecimiento y mantenimiento corresponderá, en materia de ICM, a la Comisión Oceanográfica Intergubernamental.

<sup>41</sup> Véase NANDAN, S. N. (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, vol. 6, La Haya, Nijhoff, 2002, pp. 160 y ss.

<sup>42</sup> Art. 143.1 de la CNUDM, que añade «de conformidad con la Parte XIII».

<sup>43</sup> El Anexo del Acuerdo de 1994 (Sección 1.<sup>a</sup>, apdo. 5) dispone que «entre la entrada en vigor de la Convención y la aprobación del primer plan de trabajo para explotación, la Autoridad se ocupará principalmente de [...] h) la promoción y el estímulo de la realización de investigaciones científicas marinas con respecto a las actividades realizadas en la Zona y la compilación y difusión de los resultados de estas investigaciones y análisis, cuando se disponga de ellos, haciendo especial hincapié en las investigaciones relativas a los efectos ambientales de las actividades realizadas en la Zona».

<sup>44</sup> Véase el Dictamen (opinión consultiva) de la Sala para el Arreglo de Controversias relativas a los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) de 1 de febrero de 2011

se entiende, en virtud del art. 1.1 de la Convención, «todas las actividades de exploración y explotación de los recursos de la Zona»<sup>45</sup>.

Pues bien, todas estas disposiciones, interpretadas en su contexto, pueden llevar a la conclusión de que el papel de la Autoridad respecto de la ICM dependerá de la finalidad que esta persiga<sup>46</sup>, en el sentido de que cualquier actividad con vistas a la exploración y/o explotación de la Zona entra en el ámbito de la *jurisdicción* de la Autoridad mientras que cualquier otra conducta investigadora (*¿prospección* incluida?)<sup>47</sup> está cubierta por un principio de libertad predicable respecto de todos los Estados. ¿Esto quiere decir que, en la Zona, la investigación científica *aplicada* está sometida al control de la Autoridad y que la investigación científica *pura* lo está a un régimen de libertad?

## 6. LA CUESTIÓN DE LA DEFINICIÓN DE «INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA» Y LA APLICACIÓN DE LA PARTE XIII DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR

Pese a las diversas propuestas que se presentaron durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>48</sup>, la CNUDM no define lo que ella entiende por *investigación científica marina*. Se ha señalado, no obstante, que la noción de ICM que resulta de la (*as envisaged in the*) Convención parece incluir cualquier estudio o trabajo experimental conexo diseñado para incrementar el conocimiento del medio marino y cuyas principales ramas o manifestaciones son la oceanografía física, la biología marina, la geología marina y la geofísica, añadiendo que no están comprendidas en esta noción la arqueología marina ni actividades tales como la prospección y la exploración de recursos marinos, si bien la línea divisoria (entre esos diferentes estudios o actividades) puede ser difícil de trazar en la práctica, sobre todo si se tiene en cuenta que la investigación puede ser *pura* (o *fundamental*) y *aplicada*<sup>49</sup>.

(*Responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan a personas y entidades en el marco de actividades llevadas a cabo en la Zona*), párrs. 82 a 98.

<sup>45</sup> Como ha señalado José Antonio de Yturriaga, esta definición es poco afortunada, resultando más precisa la contenida en el TIOFN, que se refería a «las actividades de exploración de la Zona y de explotación de sus recursos»: véase YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. DE, *Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Una perspectiva española*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1996, p. 659.

<sup>46</sup> En este sentido, WEGELEIN, F. H. Th., *Marine Scientific Research. The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2005, pp. 212-213. Véase, igualmente, CONDE PÉREZ, E., *La investigación científica marina. Régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 67 y ss.

<sup>47</sup> Véase el párr. 98 del dictamen de la Sala del TIDM citado.

<sup>48</sup> Véase un resumen de esas propuestas en *Guía revisada* citada en nota 1, pp. 4-6.

<sup>49</sup> TREVES, T., «Marine Scientific Research», en WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck Enciclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, párr. 1. Véase, en todo caso, WALKER, G. K. (ed.), *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2012, pp. 241 y ss.

En efecto, es común distinguir entre investigación científica *pura* o *fundamental* (sin fines de lucro) e investigación científica *aplicada* o *industrial*. En lo que al mar se refiere, esta última, que incluye obviamente la que tiene unos fines militares, es la que está orientada, en particular, hacia la exploración y explotación de sus recursos (tanto del fondo y el subsuelo como de la columna de agua suprayacente). Por la razón indicada, es decir, por las dificultades para distinguir nítidamente en la práctica entre uno y otro tipo de investigación, la CNUDM no establece un régimen jurídico separado para cada una de ellas. Frente a la pretensión de algunos Estados industrializados (o *investigadores*) de aplicar regímenes diferentes, los Estados ribereños en vías de desarrollo propugnaron en la Tercera Conferencia un concepto unitario de ICM debido a que las actividades *puramente* científicas pueden cubrir otras que tengan unos fines militares o que estén dirigidas a explorar recursos naturales<sup>50</sup>. Este concepto unitario es, precisamente, el que inspira la Parte XIII de la Convención, de ahí que sus disposiciones se apliquen tanto a la investigación científica fundamental como a la aplicada. Ahora bien, aunque no distinga expresamente (*eo nomine*) entre *fundamental* y *aplicada*, la finalidad o las consecuencias que pudiera tener la investigación proyectada sí son tenidas en cuenta a la hora de reglamentarla.

La Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental, en cambio, sí contempló explícitamente la investigación *fundamental* o *pura*. En su art. 5 se refirió, por una parte, a «las investigaciones oceanográficas fundamentales u otras investigaciones científicas que se realicen con intención de publicar los resultados» (párr. 1) y, por otra (párr. 8), a las «investigaciones de naturaleza puramente científica referentes a las características físicas o biológicas de la plataforma continental». Según dicho artículo (párr. 8), para «toda investigación que se relacione con la plataforma continental y que se realice allí, deberá obtenerse el consentimiento del Estado ribereño», pero cuando se presente una petición en orden a efectuar las aludidas investigaciones (las de naturaleza puramente científica) «el Estado ribereño no negará normalmente su consentimiento». Esto es, la Convención de 1958 distinguía dos tipos de ICM, la fundamental o pura (para la que se dará *normalmente* el consentimiento) y la que no tiene ese carácter (para la que se puede o no dar el consentimiento).

En esta misma línea<sup>51</sup>, la Convención de 1982, como señalábamos más arriba, establece, en lo que toca a la ZEE y plataforma, que *en circunstancias normales* el Estado ribereño otorgará su consentimiento para que se realicen proyectos de ICM con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad<sup>52</sup>, añadiendo, sin embargo,

<sup>50</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 26, pp. 302-303.

<sup>51</sup> El art. 246 de la CNUDM tiene su origen en el art. 5.8 de la Convención de 1958: véase NORDQUIST, M. H., *op. cit.*, nota 32, pp. 501 y ss.

<sup>52</sup> Para el Profesor Tullio Treves, aunque la expresión contenida en el art. 246.3 de la CNUDM es usualmente leída como refiriéndose a la ICM *pura*, la misma, por su vaguedad, puede dar lugar a dificultades de interpretación: véase TREVES, T., *op. cit.*, nota 49, párr. 11.

que podrá rehusar discrecionalmente ese consentimiento cuando el proyecto de investigación presentado, en particular, tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales o consecuencias perjudiciales para el medio marino. De esta manera, la Parte XIII de la Convención, aunque no distinga *eo nomine* entre *fundamental* y *aplicada*, regula de distinta forma (privilegiada o no) el consentimiento del Estado ribereño en función de las consecuencias (o finalidad) que pudiera tener la investigación proyectada, es decir, en función de que se haga en beneficio de la humanidad (¿sin ánimo de lucro?) o de que tenga, bien repercusiones económicas (industriales o comerciales) en relación a unos recursos respecto de los que el Estado ribereño tiene derechos de soberanía, bien consecuencias para un medio marino sobre cuya protección y preservación ese Estado tiene jurisdicción.

Como también señalábamos más arriba, esa misma Parte XIII se remite a la Parte XI de la Convención para concretar el derecho de los Estados y de las organizaciones internacionales competentes a realizar actividades de ICM en la Zona, pudiéndose llegar a la conclusión, tras el análisis de las disposiciones pertinentes, de que la realización de ICM con vistas a la exploración y/o explotación de la Zona entra en el ámbito de la *jurisdicción* de la Autoridad, mientras que cualquier otra conducta investigadora está cubierta por un principio de libertad. ¿Se distingue implícitamente, como nos interrogábamos, entre ICM *aplicada* e ICM *pura* a los efectos de los poderes de la Autoridad?

Además de unitario, o como consecuencia de que lo sea, el concepto de ICM que inspira la Parte XIII es amplio, ya que no se encuentran en ella argumentos para sostener un concepto restrictivo que limite la ICM a las actividades que no tengan por finalidad una ganancia económica, que no impliquen la prospección y exploración del medio marino o que estén expresamente contempladas en sus disposiciones. En particular, las de prospección y exploración, que tampoco son definidas en la Convención, aunque tengan un régimen jurídico propio en la misma, son actividades de *investigación científica* en el significado ordinario de la expresión. Lo mismo cabe decir de los levantamientos hidrográficos, no mencionados expresamente en la Parte XIII, y de actividades tales como las observaciones meteorológicas y oceanográficas realizadas desde buques o las más modernas actividades de investigación y desarrollo relacionadas con los recursos genéticos marinos, no contempladas expresamente en parte alguna de la CNUDM, como *hija de su tiempo* que es.

Los levantamientos hidrográficos, sin embargo, sí aparecen citados en las disposiciones que ese instrumento dedica al paso inocente (Parte II), al paso en tránsito por estrechos utilizados para la navegación internacional (Parte III) y al paso por las vías marítimas archipelágicas (Parte IV), es decir, en disposiciones aplicables al mar territorial y a las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico. Es evidente que, en estos espacios, la realización de dichos levantamientos requiere la previa autorización expresa del Estado ribereño o del Estado archipelágico. Esas disposiciones se refieren, en un

caso, a «actividades de investigación o levantamientos hidrográficos»<sup>53</sup> y, en otros, a «actividades de investigación y levantamientos hidrográficos»<sup>54</sup>. Para el *Diccionario Hidrográfico* de la Organización Hidrográfica Internacional<sup>55</sup>, el levantamiento hidrográfico «tiene por finalidad principal la determinación de datos relativos a los cuerpos del agua»: profundidades, configuración y naturaleza del fondo, direcciones e intensidades de corrientes, altura y tiempo de mareas y estado del agua o determinación de posición de accidentes topográficos y de objetos fijos para fines del levantamiento y la navegación. Es decir, esta determinación de datos relativos a los cuerpos del agua implica lógicamente una actividad de investigación científica marina.

En el marco de una concepción restrictiva de la ICM, sin embargo, algunos Estados, principalmente Estados Unidos y Reino Unido, argumentando que la Convención no se refiere a los levantamientos hidrográficos en su Parte XIII (con la consecuencia, según ellos, de que no podrían ser catalogados como actividades de investigación científica), consideran que los levantamientos (incluidos los *military surveys*) realizados más allá del mar territorial no requieren el permiso del Estado ribereño<sup>56</sup>. Para estos Estados, invocando el art. 58 de la Convención, se trata de otros usos del mar internacionalmente legítimos relacionados con la libertad de navegación en la ZEE. Esta posición, en cambio, es muy minoritaria. La práctica estatal refleja de manera general que la legislación interna no considera las prospecciones hidrográficas, cualesquiera que sean su naturaleza y finalidad, como actividades no vinculadas a la investigación científica marina<sup>57</sup>. Es el caso de China y la India o de Australia y Canadá, quienes, interpretando de diferente forma la Parte XIII, exigen el previo consentimiento para que dichos levantamientos puedan ser llevados a cabo en la ZEE.

En efecto, estamos en presencia de actividades de ICM que tienen por finalidad principal la mejora de la seguridad de la navegación en general. Por esta razón, deberían tener cabida en el art. 246.3 de la Convención, que atenua la regla del consentimiento para los proyectos con fines pacíficos y con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de la humanidad. No, en cambio, los levantamientos de carácter militar, que tienen por finalidad específica la mejora del desplazamiento de fuerzas armadas, aunque será el Estado ribereño quien decida la aplicación de esa disposición o, en su caso, la de la que lo faculta para rehusar discrecionalmente su consentimiento.

Las mismas consideraciones valen, *mutatis mutandis*, para la recopilación de observaciones meteorológicas y oceanográficas realizadas desde buques.

<sup>53</sup> Art. 19.2.j) de la CNUDM.

<sup>54</sup> Art. 21.1.g) y art. 40 de la CNUDM.

<sup>55</sup> Organización Hidrográfica Internacional, *Diccionario Hidrográfico*, versión española de la quinta edición, Mónaco, 1996.

<sup>56</sup> GRAGL, P., «Marine Scientific Research», en ATTARD, D. J. (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*. Vol. 1: *The Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 404-405.

<sup>57</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 26, pp. 324-325.

El problema, no obstante, se planteó en el curso de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a través del secretario general de la Organización Meteorológica Mundial (OMM), quien expresó su preocupación de que ciertas disposiciones en materia de ICM pudieran producir un efecto restrictivo sobre las actividades operacionales y de investigación de la OMM en los océanos. El Presidente de la Tercera Comisión de la Conferencia, el profesor búlgaro Alexander Yankov, le respondió que, a su juicio, esas disposiciones «no plantearían ninguna dificultad ni crearían ningún obstáculo que impidiera las actividades meteorológicas relacionadas con las zonas oceánicas, inclusive las áreas dentro de la zona económica exclusiva, ya que se había reconocido que tales actividades [...] representaban interés para todos los países y revestían una importancia universal indudable»<sup>58</sup>. Esta declaración, ¿situaba dichas observaciones fuera del campo de aplicación de la Parte XIII de la Convención?<sup>59</sup>. Con independencia del valor jurídico que deba atribuirse a una declaración como esta, la escasa concreción de la misma me induce a pensar que no.

En alta mar, estas observaciones desde buques pueden ser realizadas libremente, pero siempre con el debido respeto al ejercicio de las otras libertades predicables de este espacio. En la ZEE, en cambio, requieren el consentimiento del Estado ribereño. En relación al programa ARGO (*Red de Oceanografía Geostrofica en Tiempo Real*), impulsado principalmente por la OMM y la Comisión Oceanográfica Intergubernamental (COI)<sup>60</sup>, se ha planteado, no obstante, un debate en torno a la necesidad de ese consentimiento. De gran importancia para comprender el papel del océano en el clima de la Tierra y poder prever la evolución del mismo, dicho programa ha instalado una completa red de más de 3.000 boyas perfiladoras derivantes en todos los océanos del mundo. El debate al que nos referimos se ha suscitado particularmente en relación a las boyas desplegadas en alta mar que son arrastradas por las corrientes a la ZEE de uno o diferentes Estados. La respuesta del Comité Ejecutivo de la COI en unas directrices adoptadas en 2008, objeto de discusión en su seno, ha sido que se debe informar con antelación al Estado o Estados afectados (*interesados*), «por conducto de los canales apropiados,

<sup>58</sup> Naciones Unidas, Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales, vol. 14, p. 155 (Documento A/CONF.62/L.61, de 25 de agosto de 1980).

<sup>59</sup> Previamente, el 20 de agosto de 1980, el Presidente Yankov dijo que, a su juicio, las disposiciones en cuestión no obstaculizarían las actividades meteorológicas marinas «que se desarrollen en el marco de los programas internacionales existentes o que efectúe cualquier buque en las zonas oceánicas, incluidas las que forman parte de la zona económica exclusiva, porque ya se ha reconocido que se trata de observaciones y de recopilación de datos de rutina a las que no se refiere la Parte XIII del texto de negociación» (Naciones Unidas, Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales, vol. 14, p. 119; la cursiva es mía). Nótese que en el informe citado en la nota anterior el Presidente Yankov omitió indicar que se trata de actividades «a las que no se refiere la Parte XIII».

<sup>60</sup> La COI, a la que se refiere el Anexo VIII de la CNUDM y que es una institución autónoma dentro de la UNESCO, cuenta (2016) con 148 Estados miembros. Como informe actual sobre esta institución, véase Comisión Nacional del Reino Unido para la UNESCO, *Una evaluación del papel de la Comisión Oceanográfica Intergubernamental en la ciencia marina y la oceanografía mundiales*, Londres, junio de 2015.

sobre toda instalación de boyas de elaboración de perfiles que pudieran llegar a aguas sometidas a su jurisdicción, comunicándoseles la posición exacta de dichas instalaciones»<sup>61</sup>. No obstante, y con independencia de que sean explícitamente respetuosas con los derechos soberanos y la jurisdicción del Estado ribereño en su ZEE<sup>62</sup>, estas directrices se refieren a equipos de investigación (boyas) que se instalan o despliegan en alta mar, no en ZEE, aunque por el efecto de las corrientes puedan ser arrastradas a ella. Debe tenerse en cuenta, además, que las mismas se adoptan en el marco de una de las organizaciones internacionales *competentes* a las que se refiere la Parte XIII de la Convención, que, como veremos, también insiste en el fomento de la cooperación internacional por los Estados y esas organizaciones sobre la base del beneficio mutuo.

Respecto de la *bioprospección*, por último (*last but not least*), no existe una definición internacionalmente convenida, pero con este vocablo (compuesto) se suele hacer referencia a las actividades de investigación y desarrollo relacionadas con los recursos genéticos marinos. Se ha señalado que dicho término se utiliza frecuentemente para abarcar gran número de actividades que tienen por objeto la exploración de la diversidad biológica en busca de recursos genéticos y bioquímicos con valor comercial y para referirse al proceso de reunión de datos de la biosfera sobre la composición molecular de los recursos genéticos para el desarrollo de nuevos productos comerciales, de ahí que se haya sugerido el término *biodescubrimiento*, que comprendería la etapa inicial de investigación y no la idea de explotación futura, mientras que el de *bioprospección* se reservaría a las etapas posteriores en las que se recogen recursos para seguir investigando y para su eventual utilización con fines comerciales<sup>63</sup>.

Tanto a esa etapa inicial como a las posteriores les es de aplicación la Parte XIII de la Convención. Para las posteriores (*bioprospección*), si las actividades se llevan a cabo en la ZEE o plataforma continental, sería consecuente que el consentimiento del Estado ribereño pueda regirse por el art. 246.5 (consentimiento discrecional). Con matices al respecto, sin embargo, el Protocolo de Nagoya de 2010 sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización, que entró en vigor en 2014 y que da cumplimiento a un buen número de disposi-

<sup>61</sup> UNESCO. Comisión Oceanográfica Intergubernamental. Informes de los órganos rectores y de los órganos subsidiarios principales, 41.ª reunión del Consejo Ejecutivo, París, 24 de junio-1 de julio de 2008 (IOC/EC-XLI/3). Resolución EC-XLI.4: Directrices para la aplicación de la Resolución XX-6 de la Asamblea de la COI relativas a la instalación de boyas en alta mar en el marco del programa ARGO (Anexo II, pp. 6 y ss.).

<sup>62</sup> Para estas directrices, se pondrán «a libre disposición todos los datos obtenidos mediante las boyas del Programa Argo una vez que hayan penetrado en una ZEE, a excepción de los datos directamente relacionados con la exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos que el Estado miembro de la COI en cuya ZEE ha penetrado la boya, para proteger sus derechos soberanos y su jurisdicción sobre la ZEE, solicite oficialmente [...] no divulgar».

<sup>63</sup> Véase Naciones Unidas, Asamblea General, *Los océanos y el derecho del mar*, Informe del Secretario General: A/60/63/Add.1, de 15 de julio de 2005, párrs. 202 y ss., y A/62/66, de 12 de marzo de 2007, párrs. 145 y ss.

ciones del Convenio de Río sobre Biodiversidad, reconoce que el acceso a los recursos genéticos para su utilización está sujeto, «en el ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos naturales», al *consentimiento fundamentado previo* del país de origen de dichos recursos<sup>64</sup>. Más allá de esos espacios, debe citarse que, en 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha decidido «elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco» de la CNUDM relativo a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina (recursos genéticos marinos, en particular) de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional<sup>65</sup>.

## 7. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Por su misma naturaleza, el aspecto más relevante de la ICM es el de la cooperación internacional<sup>66</sup>, cuyo fomento constituye una obligación para los Estados, para los Estados y las organizaciones internacionales competentes y para estas últimas<sup>67</sup>. La creación de condiciones favorables para la realización de la ICM mediante la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales<sup>68</sup>, la difusión tanto de la información pertinente sobre los programas propuestos y sus objetivos como de los conocimientos resultantes de la investigación<sup>69</sup>, especialmente a los Estados en desarrollo, el fortalecimiento de la capacidad autónoma de ICM de estos últimos Estados<sup>70</sup>, el establecimiento de criterios y directrices generales para ayudar a los Estados a determinar la índole y las consecuencias de la ICM<sup>71</sup>, la coordinación de las políticas de ICM y el emprendimiento de programas conjuntos entre los Estados ribereños de mares cerrados o semicerrados<sup>72</sup>, entre otras, constituyen acciones que son fruto de la cooperación internacional<sup>73</sup>.

Junto al de los Estados, el art. 238 de la Convención proclama (con sujeción a lo dispuesto en este instrumento) el derecho de las *organizaciones internacionales competentes* a realizar ICM. No definidas en la misma, se ha sugerido que esta expresión incluye cualquier organización interguberna-

<sup>64</sup> Art. 6 del Protocolo de Nagoya. Sobre este Protocolo, véase HINOJO ROJAS, M. y GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *La protección del medio ambiente en el Derecho internacional y en el Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos (en prensa).

<sup>65</sup> A/RES/69/292, aprobada el 19 de junio de 2015.

<sup>66</sup> WEGELEIN, F. H. Th., *op. cit.*, nota 46, pp. 308 y ss.

<sup>67</sup> Art. 242 y art. 278 de la CNUDM.

<sup>68</sup> Art. 243 de la CNUDM.

<sup>69</sup> Art. 244.1 de la CNUDM.

<sup>70</sup> Art. 244.2 de la CNUDM.

<sup>71</sup> Art. 251 de la CNUDM. Sobre esta disposición, véase JARMACHE, E., *op. cit.*, nota 15, pp. 310-311.

<sup>72</sup> Art. 123 de la CNUDM. Al respecto, véase LEANZA, U., «La cooperazione mediterranea e comunitaria in materia di ricerca scientifica», en DEL VECCHIO, A., *La politica marittima comunitaria*, Roma, Università Luiss Guido Carli, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2009, pp. 37 y ss.

<sup>73</sup> Como se ha señalado, la Parte XIV de la Convención, dedicada al desarrollo y transmisión de tecnología marina y que no puede ser disociada de la Parte XIII, constituye una especificación de las normas referentes a la cooperación internacional en materia de ICM: véase CONDE PÉREZ, E., *op. cit.*, nota 46, p. 249.

mental que, de acuerdo con su instrumento constitutivo o su derecho derivado, tiene competencia para emprender, coordinar, promover o facilitar el desarrollo de investigación científica marina<sup>74</sup>.

La constante referencia que se hace en la Parte XIII de la Convención a las organizaciones internacionales competentes es una clara manifestación de la vinculación existente entre la cooperación internacional y la ICM<sup>75</sup>. El art. 247, que tiene su razón de ser en el deseo de facilitar mediante un *régimen especial* la realización de proyectos de ICM por una organización internacional o bajo sus auspicios<sup>76</sup>, ilustra bien esta relación. En virtud de esta disposición, respecto del proyecto que se desee realizar en una ZEE o plataforma continental de un Estado que sea miembro de la organización o que tenga un acuerdo bilateral con ella, se considerará que este Estado ha autorizado su realización si lo aprobó en el momento de adoptarse la decisión por la organización o si estuvo dispuesto a participar él y no formuló después, en un determinado plazo, objeción alguna<sup>77</sup>. Aunque no se trate de un verdadero consentimiento implícito, ya que el Estado ribereño debe haber aprobado el proyecto o estar dispuesto a participar en él, una disposición como esta, está claro, favorece la ICM. Como se ha señalado, las discusiones multilaterales a nivel técnico en el seno de las organizaciones internacionales hacen difícil que se rechace el consentimiento de manera arbitraria o por razones políticas<sup>78</sup>. En 2005 fue adoptado un detallado procedimiento para la aplicación del art. 247 de la CNUDM por la Comisión Oceanográfica Intergubernamental de la UNESCO<sup>79</sup>.

Una de las acciones o tareas que considero prioritarias de la cooperación internacional en materia de ICM en zonas en las que el Estado ribereño ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción es la de la armonización de las legislaciones y procedimientos nacionales, ya que, como veremos, la práctica estatal al respecto no es uniforme. Esta armonización tiene aún más sentido en un ámbito como el de la Unión Europea (UE), única organización internacional que, como hemos indicado, es parte en la CNUDM, con independencia de que también lo sean sus 28 Estados miembros.

<sup>74</sup> Véase GRAGL, P., *op. cit.*, nota 56, p. 413. Véase, en todo caso, WALKER, G. K., *op. cit.*, nota 49, pp. 146-147.

<sup>75</sup> En este sentido, JARMACHE, E., *op. cit.*, nota 15, p. 308.

<sup>76</sup> Naciones Unidas, Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Documentos Oficiales, vol. 8, p. 74. Documento A/CONF.62/WP.10/Add.1.

<sup>77</sup> Señala este precepto que «se considerará que un Estado ribereño que sea miembro de una organización o tenga un acuerdo bilateral con tal organización internacional, y en cuya zona económica exclusiva o plataforma continental, la organización desee realizar, directamente o bajo sus auspicios, un proyecto de investigación científica marina, ha autorizado la realización del proyecto de conformidad con las especificaciones convenidas, si dicho Estado aprobó el proyecto detallado cuando la organización adoptó la decisión de realizarlo o está dispuesto a participar en él y no ha formulado objeción alguna dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que la organización haya notificado el proyecto al Estado ribereño».

<sup>78</sup> TREVES, T., *op. cit.*, nota 23, p. 277.

<sup>79</sup> Intergovernmental Oceanographic Commission. *Procedure for the Application of Article 247 of UNCLOS by the Intergovernmental Oceanographic Commission of UNESCO. Marine Scientific Research: A Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of UNCLOS*, París, 2007.

En el ámbito de la investigación, la UE, en virtud del art. 4.3 de su Tratado de Funcionamiento (TFUE), dispone «de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya». En este marco jurídico, y especialmente en el del Título XIX del TFUE, la UE está demostrando recientemente un gran interés por el conocimiento científico del medio marino<sup>80</sup>. Ahora bien, quizás por el carácter de sus competencias en materia de investigación científica y por la dialéctica que en todos los ámbitos enfrenta a la Comisión y al Consejo<sup>81</sup>, se puede echar en falta, en lo que a este trabajo más afecta, una iniciativa que armonice y simplifique los procedimientos nacionales para la planificación y ejecución de proyectos de ICM que puedan ser llevados a cabo por buques con pabellón de un Estado miembro en áreas marítimas bajo la jurisdicción de otro Estado miembro de la UE<sup>82</sup>.

## 8. PRÁCTICA ESPAÑOLA Y DE OTROS ESTADOS Y DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

El Real Decreto 799/1981, de 27 de febrero, sobre normas aplicables a la realización de actividades de investigación científico-marina en zonas sometidas a la jurisdicción española<sup>83</sup>, se ajusta en lo esencial a las disposiciones

<sup>80</sup> Cítense entre otros, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia europea de investigación marina y marítima. Un marco coherente en el Espacio Europeo de Investigación en pro del uso sostenible de océanos y mares* [COM(2008) 534 final], la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, *Conocimiento del medio marino 2020. Observación y recogida de datos sobre el medio marino con miras a un crecimiento sostenible* [COM(2010) 461 final] o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Innovación en la economía azul: aprovechar el potencial de crecimiento y de creación de empleo que encierran nuestros mares y océanos* [COM(2014) 254 final/2]. Como acto legislativo que cubre la ICM, Reglamento (UE) núm. 1291/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) (DO L núm. 347, de 20 de diciembre de 2013).

<sup>81</sup> En la Declaración de competencias de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) respecto de las materias de que trata la CNUDM (en vigor desde la confirmación formal de 1998) se establece que, en lo que afecta a las disposiciones de las Partes XIII y XIV de la Convención, «la competencia de la Comunidad se refiere al fomento de la cooperación en materia de investigación y de desarrollo tecnológicos con los países terceros y las organizaciones internacionales. Las actividades de la Comunidad en este sector *completan* las de los Estados miembros. En este caso, esta competencia se aplica mediante la aprobación de los programas que figuran en el apéndice» (programas sobre ciencia y tecnología marinas, medio ambiente y clima y de cooperación científica y tecnológica con países en desarrollo) (la cursiva es mía). Véase esta Declaración en DO L núm. 179, de 23 de junio de 1998. Al no haberse producido hasta la fecha una actualización de esta declaración, la UE debe plantearse si no está incumpliendo la obligación contraída de notificar sin demora al depositario del tratado las modificaciones o cambios en la distribución de competencias con sus Estados miembros (art. 5.4 del Anexo IX de la Convención).

<sup>82</sup> En este sentido, LONG, R., «Regulating Marine Scientific Research in the European Union: It Takes More Than Two to Tango», en NORDQUIST, M. N. *et al.* (ed.), *The Law of the Sea Convention. US Accession and Globalization*, Leiden-Boston, Nijhoff, 2012, pp. 478 y ss.

<sup>83</sup> BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1981 (Legislación consolidada, última modificación: 4 de junio de 2011).

de la CNUDM en la materia. En la línea de este instrumento, la norma interna española distingue entre la *autorización expresa* que se requiere para el mar territorial y la *autorización* que se precisa para la ZEE y plataforma continental, espacios estos últimos para los que se prevé, por un lado, un consentimiento o autorización implícita por el transcurso de un determinado plazo sin respuesta (denegando o pidiendo mayor información) al Estado solicitante, y, por otro, el régimen especial recogido en el art. 247 de la Convención (aunque no en su integridad)<sup>84</sup> para la realización de proyectos de ICM por una organización internacional o bajo sus auspicios. Previéndose igualmente la suspensión o cesación de las actividades de ICM, se echan en falta, en cambio, algunas previsiones, como, por ejemplo, la del art. 246.3 de la Convención (otorgamiento del consentimiento *en circunstancias normales*). En fin, ha sido especialmente criticada<sup>85</sup> la disposición de este Real Decreto relativa a la escala en puertos españoles de buques extranjeros dedicados a la ICM, que contrasta con el art. 255 de la Convención (medidas para facilitar la ICM y prestar asistencia a los buques de investigación)<sup>86</sup>. Debe añadirse que, en virtud de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima<sup>87</sup>, la realización de actividades de ICM *desde* buques extranjeros en los espacios marítimos españoles (también las efectuadas por entidades extranjeras a bordo de buques con pabellón español) queda sujeta a un régimen de autorización que la condiciona a «que la investigación se realice con fines exclusivamente pacíficos e informe sobre sus resultados, contribuya al progreso de los conocimientos sobre el medio marino y no comporte peligro para la seguridad de la navegación o del medio ambiente ni obstaculice el ejercicio de los derechos soberanos y de la jurisdicción del Estado»<sup>88</sup>.

Un análisis de las normas internas en materia de ICM preparado por la COI<sup>89</sup> pone de manifiesto que, mayoritariamente, los Estados ribereños simplemente establecen que tienen competencia para regular las actividades de ICM en los espacios marítimos bajo su jurisdicción; algunos, en cambio, sí requieren expresamente el consentimiento para la realización de esas actividades, pero sin indicar claramente las circunstancias bajo las cuales lo otorgarían. Unos y otros Estados no distinguen a los efectos pertinentes entre mar territorial, ZEE y plataforma continental. Son menos Estados, por el contrario, los que, siguiendo o no de manera cercana las disposiciones de la Convención, regulan explícitamente las condiciones que deben satisfacerse, la información que ha de ser suministrada y los procedimientos a seguir por el Estado investigador al solicitar el consentimiento. Es evidente, en todo

<sup>84</sup> Véase el art. 13 del Real Decreto.

<sup>85</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M., *op. cit.*, nota 26, p. 335.

<sup>86</sup> Poco *obligatoria* es, sin embargo, esta disposición: «Los Estados procurarán...».

<sup>87</sup> BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

<sup>88</sup> Art. 25 de la Ley. Este mismo artículo advierte que la investigación no autorizada no podrá considerarse incluida en el derecho de paso inocente por mar territorial. Por su parte, el art. 26 de la misma Ley contempla la suspensión o cese de las actividades de investigación por incumplimiento de las condiciones establecidas.

<sup>89</sup> Véase al respecto GRAGL, P., *op. cit.*, nota 56, pp. 424-425.

caso, que, sobre la base de este análisis de la COI, puede llegarse a la conclusión de que, de una forma o de otra, todas las legislaciones insisten en el consentimiento del Estado ribereño.

Por otra parte, los datos disponibles de la práctica indican que es muy elevada la proporción de autorizaciones de las solicitudes presentadas por los Estados, solicitudes que son aprobadas por regla general antes de la fecha propuesta para que comience la investigación. Esos datos también ponen de manifiesto que los casos de suspensión o cesación de las actividades por el Estado ribereño ocurren muy raramente<sup>90</sup>. Todo esto quiere decir que la aplicación de la Parte XIII de la Convención no ha tenido como resultado que, durante estas últimas décadas, se haya impedido la realización de ICM «con objeto de aumentar el conocimiento del medio marino en beneficio de la humanidad».

Tiene un particular interés el caso de los Estados Unidos de América, que, como se sabe, no se ha adherido aún a la Convención. Mar territorial aparte, este Estado no reclama jurisdicción sobre las actividades de ICM emprendidas por extranjeros en su ZEE (debido al interés de este país en promover la ICM «*and avoiding any unnecessary burdens*»), de modo que los buques extranjeros no necesitan una autorización; sin embargo, Estados Unidos reconoce desde 1983 el derecho de otros Estados ribereños para ejercer jurisdicción en materia de ICM dentro de las 200 millas marinas, siempre que esta «*jurisdiction is exercised reasonably in a manner consistent with international law*»<sup>91</sup>.

Esta precisión norteamericana acerca del derecho de otros Estados ribereños en sus 200 millas constituye un claro ejemplo de que el ejercicio de jurisdicción por el Estado ribereño en su ZEE en materia de ICM forma parte del Derecho internacional general (DI general). Tampoco se puede poner en duda que es derecho consuetudinario el principio del consentimiento previsto en la Parte XIII de la Convención, hablemos del mar territorial o de cualquier otro espacio en el que ese Estado ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción<sup>92</sup>. Ese consentimiento, como sabemos, tiene una distinta regulación para el mar territorial y espacios asimilados y para la ZEE y plataforma continental. El art. 245 de la Convención, referido a la ICM en mar territorial, declara íntegramente la norma aplicable del DI general. Por su parte, los arts. 246 y ss., referidos a la ICM en ZEE y plataforma, cristalizan la norma del DI general que se traduce básicamente en la exigencia de un consenti-

<sup>90</sup> *Guía revisada* citada en nota 1, pp. 29 y ss. Como añade esta guía, pese a las disposiciones del art. 254 de la Convención, hay escasos datos acerca de que algún Estado sin litoral o en situación geográfica desventajosa haya solicitado información sobre una determinada actividad de ICM.

<sup>91</sup> United States Oceans Policy. Statement by the President. March 10, 1983. Administration of Ronald Reagan, 1983. Véase HAIMBAUGH, G. D. Jr., «Impact of the Reagan Administration on the Law of the Sea», *Washington and Lee Law Review*, vol. 46, 1989, pp. 151-200, pp. 177-179.

<sup>92</sup> Junto a Estados Unidos, no son partes en la CNUDM, como países más significativos, Colombia, Perú, Irán, Libia, Corea del Norte, Turquía e Israel. Con independencia de que algunos de ellos hayan adoptado normas internas al respecto, no consta que se opongan a ese principio. Por otra parte, el consentimiento y, en general, los poderes del Estado ribereño son consecuencia no solo de la Parte XIII de la Convención sino también del régimen de los espacios establecido en ella, que declara derecho consuetudinario.

miento del Estado ribereño que no ha de ser necesariamente expreso, lo que es consecuencia de los poderes más limitados que al mismo se reconocen en estos espacios.

Se señala por la doctrina que las disposiciones detalladas de la Parte XIII (como, por ejemplo, las referidas a la concreta información que se ha de proporcionar al Estado ribereño o a las concretas condiciones a cumplir por los *investigadores* en ZEE y plataforma continental) no traducen normas generales; es más, a causa precisamente de su exceso de detalle es muy improbable que lleguen a hacerlo. Algo distinto, en mi opinión, es que la esencia y sentido de esas disposiciones traduzcan, o puedan llegar a traducir, DI general, ya que, como también se indica, las mismas han ejercido una gran influencia sobre la legislación interna adoptada por algunos Estados, si bien exigiéndose en algunos casos requerimientos más detallados o ignorándose en otros normas de la Convención que atenúan el consentimiento<sup>93</sup>, como es el caso del Real Decreto español de 1981 antes citado en lo que respecta a su otorgamiento *en circunstancias normales*.

En todo caso, España, junto a otros 165 Estados más la Unión Europea, es parte en la CNUDM, por lo que todas sus disposiciones, sin excepción, le obligan. El hecho de que algunos Estados fomenten la ICM en sus aguas y *renuncien* a algunos derechos que la Convención les reconoce no es incompatible con este instrumento. Sí podría serlo, en cambio, el hecho de que adopten normas internas rigurosas, incluso caprichosas (más allá de lo previsto en la Convención), que la impidan o dificulten en la práctica.

## 9. CONCLUSIONES

La distinción entre investigación pura y aplicada estuvo muy presente en las negociaciones habidas en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Hubiera sido consecuente (tanto con el interés que la ICM presenta para la comunidad internacional en su conjunto como con los derechos que se reconocían al Estado ribereño en la ZEE) que para la investigación aplicada o comercial se hubiese previsto un régimen basado en el consentimiento, mientras que para la pura o fundamental un régimen de notificación o de consentimiento atenuado, pero ello chocaba con las lógicas y fundadas desconfianzas de los Estados en desarrollo de que la investigación fundamental no escondiera unos fines lucrativos o militares. Las posturas radicalizadas que se pusieron de manifiesto en la Conferencia dieron lugar a que la ICM se incorporara al *paquete* negociador sobre la ZEE. En el compromiso finalmente alcanzado, la ICM fue una de las monedas de cambio por medio de la cual los Estados desarrollados obtuvieron una afirmación de las libertades de la alta mar aplicables a la ZEE<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Véase, por todos, TREVES, T., *op. cit.*, nota 49, párrs. 16 y 17.

<sup>94</sup> Véanse YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. DE, *op. cit.*, nota 45, pp. 623 y ss.; y TREVES, T., *op. cit.*, nota 23, pp. 272-273.

El régimen adoptado para la ICM, fruto por tanto del *package deal* que presidió la elaboración de la CNUDM, no logró materializar plenamente el *justo equilibrio* «entre la necesidad de aumentar al máximo el conocimiento científico de los mares en favor de toda la humanidad y la exigencia de salvaguardar debidamente los intereses económicos y de seguridad del Estado ribereño» al que se refirió el delegado español José Antonio de Yturriaga casi al comienzo de la Tercera Conferencia<sup>95</sup>, ya que la balanza terminó por inclinarse a favor de los derechos del Estado ribereño en su ZEE y plataforma continental. Este desequilibrio se compensa con ciertas concesiones a los *Estados investigadores* o, más concretamente, «a la necesidad de aumentar al máximo el conocimiento científico de los mares en favor de la humanidad»: fomento de la cooperación internacional, creación de las condiciones favorables para la realización de la ICM u obligación de difundir los conocimientos de ella resultantes. Es verdad que se introducen algunos matices y atenuaciones al principio del consentimiento del Estado ribereño, pero este está dotado de un gran poder discrecional, poder que, además, queda al margen del control judicial o arbitral previsto en la Convención para las controversias resultantes de su interpretación o aplicación.

Sobre la base del régimen previsto en la CNUDM para los espacios marítimos sometidos al Estado ribereño, podría llegarse a la conclusión de que, si bien este instrumento no define lo que es para ella la investigación científica marina, es el consentimiento, la aprobación por ese Estado de un determinado proyecto, lo que en la práctica determina su naturaleza. Como dijimos en su momento, la Parte XIII de la Convención, aunque no distinga *eo nomine* entre *fundamental* y *aplicada*, regula de distinta forma (privilegiada o no) el consentimiento del Estado ribereño en función de las consecuencias (o finalidad) que pudiera tener la investigación proyectada. Como consecuencia de ello, el concepto de ICM que inspira la Parte XIII es amplio, ya que no se encuentran en ella argumentos para sostener un concepto restrictivo que limite la ICM a las actividades que no tengan por finalidad una ganancia económica, que no impliquen la prospección y exploración del medio marino o que estén expresamente contempladas en sus disposiciones.

Uno de los mayores expertos en la materia, el Profesor Tullio Treves, se ha interrogado sobre si las disposiciones de la CNUDM son adecuadas para hacer frente a necesidades o problemas presentes y emergentes, como los relacionados con la bioprospección o con las otras actividades a las que hemos hecho referencia en las páginas que preceden<sup>96</sup>. Como sucede con otras partes de la Convención, que necesitan o han necesitado de mayores precisiones

<sup>95</sup> Segundo periodo de sesiones de la Conferencia (Caracas, 1974). Naciones Unidas. Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, *Documentos oficiales*, vol. 2, p. 388.

<sup>96</sup> Señala, por otra parte, el Profesor Tullio Treves que el régimen de la Convención parece estar pensando en actividades mayormente realizadas en el mar y en la mayoría de los casos con la presencia de científicos en el mar, mientras que los actuales desarrollos indican que la mayor parte de las actividades se llevan a cabo fuera del mar (en laboratorios o desde observaciones en el espacio) o, si se realizan en el mar, sin la presencia de los científicos, como es el caso del programa Argo: véase TREVES, T., *op. cit.*, nota 49, párr. 29.

para hacer frente a los problemas o necesidades emergentes (*v. gr.* pesca en alta mar, Acuerdo de 1995), la Parte XIII no está exenta de que pueda requerir un desarrollo por insuficiencias y lagunas. Ahora bien, no encuentro razones para desligar esas actividades (esos problemas presentes y emergentes) de la regulación que en materia de ICM establece la *constitución de los océanos*.

Es importante subrayar, en todo caso, que la aplicación de la Parte XIII no ha impedido durante estas últimas décadas la realización de ICM con objeto de aumentar el conocimiento del medio marino en beneficio de la humanidad. Como dijimos en su momento, los datos disponibles de la práctica indican que es muy elevada la proporción de autorizaciones de las solicitudes presentadas y que los casos de suspensión o cesación de las actividades por el Estado ribereño ocurren muy raramente. No abunda la información, por otra parte, acerca de la práctica de los Estados con respecto a la ICM fuera de las zonas bajo jurisdicción nacional, una investigación que, al realizarse en áreas remotas, implica limitaciones por su elevado coste económico. Los datos y resultados que se obtienen, sin embargo, son difundidos a través de los cauces científicos adecuados, alentándose por la propia Autoridad Internacional de los Fondos Marinos la colaboración y el intercambio de información entre las diversas entidades científicas<sup>97</sup>. Ahora bien, cuando el *mercado* pueda sacar buen provecho de esta investigación fundamental (o en beneficio de la humanidad), un *potencial polvorín*<sup>98</sup> podrá temerse si la comunidad internacional no se organiza para la adopción y entrada en vigor de un instrumento jurídicamente vinculante sobre la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

## RESUMEN

### LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN LOS ESPACIOS MARINOS RECONOCIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

El presente trabajo estudia el régimen jurídico de la investigación científica marina aplicable a los distintos espacios marinos reconocidos por el Derecho internacional declarado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La Convención no define lo que ella entiende por investigación científica marina, pero de su Parte XIII, que contiene las disposiciones fundamentales en la materia, se deduce un concepto unitario y amplio de la misma, de ahí que sean aplicables, en principio, a las actividades no expresamente contempladas y a las que tengan una finalidad industrial o comercial o impliquen la prospección y exploración del medio marino. La práctica internacional, por lo demás, confirma el principio del consentimiento del Estado ribereño, que no ha de ser necesariamente expreso, para la realización de actividades de ICM por otros Estados o por las organizaciones internacionales competentes. Esto no quiere decir que todas las disposiciones de la Parte XIII declaren o cristalicen Derecho internacional general y que no estén exentas

<sup>97</sup> *Guía revisada* citada en nota 1, p. 33.

<sup>98</sup> Expresión que tomo de FREESTONE, D., «The Law of the Sea Convention at 30: Successes, Challenges and New Agendas», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 27, 2012, núm. 4, p. 680.

de requerir un desarrollo por sus insuficiencias o lagunas, particularmente las referidas a las investigaciones científicas en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional.

**Palabras claves:** investigación científica marina, Derecho del Mar, Parte XIII de la CNUDM, espacios marítimos, consentimiento del Estado ribereño, cooperación internacional.

### ABSTRACT

#### SCIENTIFIC RESEARCH IN MARITIME SPACES RECOGNIZED BY INTERNATIONAL LAW

This paper examines the legal regime of marine scientific research applicable to the variety of maritime spaces that are recognized by the international law declared in the United Nations Convention on the Law of the Sea. The Convention does not define marine scientific research, although from its Part XIII, which contains the fundamental provisions on this topic, a wide and unitary conception can be ascertained, making those provisions (in principle) applicable to activities not expressly provided in that treaty and to those having an industrial or commercial purpose or implying the survey and exploration of the marine environment. International practice, for its part, confirms the principle of the coastal State's consent, although it has not necessarily to be express, for carrying out marine scientific research activities by other States or competent international organizations. This doesn't mean that all provisions of Part XIII declare or crystallize general international law, nor it says that they are precluded from requiring further development in view of their inadequacies and gaps, in particular those referred to scientific research activities in areas beyond national jurisdiction.

**Keywords:** marine scientific research, law of the sea, UNCLOS Part XIII, maritime spaces, coastal States' consent, international cooperation.

## LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* Y SU CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA \*

Esperanza ORIHUELA CALATAYUD

Catedrática de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Murcia

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* EN EL DERECHO INTERNACIONAL.—2.1. Su incorporación en tratados internacionales.—2.2. La obligación *aut dedere aut iudicare* y el Derecho internacional general.—3. LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* Y EL DERECHO ESPAÑOL.—3.1. Las obligaciones derivadas de la regla *aut dedere aut iudicare* y la regulación prevista en la LOPJ.—3.2. Propuestas de mejora que eviten el incumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare*.—4. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

La obligación de entregar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*) constituye uno de los pilares en los que se apoya la lucha contra la impunidad de quienes cometen crímenes internacionales<sup>1</sup>. Su finalidad consiste en garantizar la persecución universal de los presuntos responsables de la comisión de crímenes internacionales o de delitos de trascendencia internacional y, por ello, ha sido incorporada sistemáticamente en los tratados multilaterales auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con la finalidad de hacer efectiva la prevención y sanción de los citados crímenes y delitos.

La trascendencia e importancia del tema es tal que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) le ha dedicado su atención en la última década<sup>2</sup>. En

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER-2012-34913 «Crímenes internacionales y justicia penal: principales desafíos», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>1</sup> La importancia de esta obligación en la cooperación internacional destinada a hacer efectiva la lucha contra la impunidad ya quedó reconocida en la época de Hugo Grocio quien enunció el principio *aut dedere aut punire*. Su formulación actual, *aut dedere aut iudicare*, resulta más adecuada y conforme con los estándares derivados del Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

<sup>2</sup> El tratamiento de la regla *aut dedere aut iudicare* no era nuevo para la CDI ya que cabe considerar, como indica la propia Comisión, que la obligación de extraditar o juzgar estuvo englobada dentro

su quincuagésimo séptimo periodo de sesiones (2005), la CDI decidió incluir «la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial a Zdzislaw Galicki, quien presentó cuatro informes<sup>3</sup> a la Comisión. Su examen concluyó en su sexagésimo sexto periodo de sesiones (2014) con la aprobación del informe final sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)» que pretende servir de guía útil para los Estados<sup>4</sup>.

Aunque su genérica formulación parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen de enjuiciar a los presuntos responsables que se encuentran en el territorio de otro Estado al que solicita la extradición<sup>5</sup>, la redacción de las cláusulas convencionales resulta heterogénea y estas no siempre condicionan la obligación de enjuiciar a la existencia de una previa solicitud de extradición.

La sistemática omisión que los ordenamientos internos de los Estados, en particular del español, hacen de la competencia de los tribunales estatales para actuar en la condición de *iudex apprehensionis* ha provocado que su cumplimiento se haya canalizado generalmente a través del *principio de universalidad*<sup>6</sup>. Ahora bien, no se debe confundir el cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* con el ejercicio de la jurisdicción universal como si se tratara de la misma cosa, ni considerar que esta se reduzca al enjuiciamiento cuando el presunto responsable se encuentre en España.

El objeto de este trabajo consiste en analizar el contenido y carácter de la obligación internacional que se deriva de la regla *aut dedere aut iudicare*; determinar si nuestro ordenamiento interno, en particular nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), contiene una regulación adecuada para garantizar su cumplimiento, y, de ser necesario, hacer propuestas de mejora de la legislación española para hacer posible el cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Para ello analizaré en primer lugar los tratados internacionales que la han incorporado y de los que España es parte; su contenido, y la posibilidad de que la misma haya adquirido el carácter

---

de la «Jurisdicción con respecto a delitos cometidos fuera del territorio nacional», que figuraba en la lista provisional de catorce temas seleccionados en el primer periodo de sesiones de la Comisión en 1949 y fue abordado al hilo de la elaboración del Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1996, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones, del 5 de mayo al 6 de junio y del 7 de julio al 8 de agosto de 2014*, Asamblea General. Documentos oficiales. 66.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10, (A/69/10), Capítulo VI: La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*), p. 153.

<sup>3</sup> Véase *Informe preliminar*, de 7 de junio de 2006 (A/CN.4/571); *Segundo informe*, de 11 de junio de 2007 (A/CN.4/585); *Tercer informe*, de 10 de junio de 2008 (A/CN.4/603), y *Cuarto informe*, de 31 de mayo de 2011 (A/CN.4/648).

<sup>4</sup> Véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones* (A/69/10), cit., nota 2, párrs. 57-64.

<sup>5</sup> Véase REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 824.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión véase ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España. Discurso leído el 27 de enero de 2016 en el acto de recepción como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia*, Murcia, 2016, p. 126.

de norma consuetudinaria. Detalladas estas cuestiones, identificaré aquellos delitos que nuestro país se ha obligado a enjuiciar si el presunto culpable se encuentra en España y examinaré la regulación establecida en la LOPJ con la finalidad de determinar si la misma es coherente con dichas obligaciones o si presenta deficiencias y, en este caso, cómo podrían superarse.

## 2. LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

### 2.1. Su incorporación en tratados internacionales

Desde que el Convenio de Ginebra, de 20 de abril de 1929, sobre la represión de la falsificación de moneda<sup>7</sup> incluyera dos disposiciones que combinen la extradición y el enjuiciamiento<sup>8</sup>, la inmensa mayoría de los tratados internacionales de alcance universal destinados a la prevención y sanción de crímenes internacionales y de delitos de trascendencia internacional<sup>9</sup> contienen disposiciones en las que se recoge la obligación de extraditar o juzgar. La excepción nos la brindan la Convención de Nueva York, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito del genocidio<sup>10</sup>, que confía el enjuiciamiento a los tribunales del Estado en cuyo territorio se cometiera el crimen o a un tribunal penal competente<sup>11</sup>, y el Convenio de Tokio, de 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves<sup>12</sup>, cuyo texto no incorpora la obligación de establecer la jurisdicción respecto de aquellos supuestos en los que el presunto delincuente se encuentre en su

<sup>7</sup> *Gaceta de Madrid*, de 8 de abril de 1931.

<sup>8</sup> Véanse arts. 8 y 9.

<sup>9</sup> Sobre las diferentes posiciones en torno al término crimen internacional y la posible clasificación de estos, véase *ad. ex.*, BASSIOUNI, M. Ch., «International Crimes: The Ratione materiae of International Criminal Law», en BASSIOUNI, M. Ch., *International Criminal Law*, vol. 1, 3.ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 129-203; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 57-65; TERJE, E., *The concept of universal crimes in international law*, Oslo, EPublisher, 2012. También es posible encontrar referencias a las distintas posiciones sobre el alcance del término crimen internacional o a la forma en que lo entienden los autores en algunas obras generales relacionadas con el Derecho internacional penal. En este sentido, véase BOISTER, N., *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 3-8; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 23-25; CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 3-8; WERLE, G., *Principles of International Criminal Law*, La Haya, Asser Press, 2005, pp. 25-27.

<sup>10</sup> BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

<sup>11</sup> En el asunto de la *Aplicación del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la CIJ puso de manifiesto que la obligación de enjuiciar este crimen solo afecta al Estado en cuyo territorio se hubiera cometido, CIJ, *Reports*, 2007, párr. 442.

<sup>12</sup> BOE núm. 308, de 25 de diciembre de 1969. Este convenio ha sido modificado por el Protocolo de 4 de abril de 2014 que todavía no ha entrado en vigor y al que nuestro país aún no ha manifestado el consentimiento. Véase [http://www.icao.int/secretariat/legal/Status%20of%20individual%20States/spain\\_es.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/Status%20of%20individual%20States/spain_es.pdf) (consultada el 13 de junio de 2016).

territorio y no se conceda la extradición ni la derivada de la regla *aut dedere aut iudicare*<sup>13</sup>.

Tomando como referencia los tratados adoptados después de la creación de las Naciones Unidas, de vocación universal y en los que España es parte, la primera incorporación de esta obligación la encontramos en los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, núcleo esencial del Derecho internacional humanitario, que imponen a las partes la obligación de enjuiciar a las personas responsables de haber cometido infracciones graves de los mismos y en los que se ofrece a estos Estados la posibilidad de entregarlas a otra parte interesada en la persecución siempre que esta haya formulado contra las mismas cargos suficientes<sup>14</sup>; obligación que resulta aplicable a las infracciones del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales<sup>15</sup>.

Con posterioridad a estos, la Convención, de 16 de diciembre de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves<sup>16</sup> incorporó una disposición en la que se prevé que el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a la extradición, someterá el caso a sus autoridades a efectos de enjuiciamiento (art. 7) y, para garantizar su cumplimiento, impone a las partes el deber de establecer su jurisdicción en aquellos casos en los que el delincuente se encuentre en su territorio y no conceda la extradición (art. 4.2). Posiblemente los negociadores de la Convención de La Haya no fueran conscientes de su capacidad persuasiva, pero el art. 7 se convirtió en inspiración para los negociadores de otros tratados que copiaron, con pequeñas diferencias, la denominada *fórmula de La Haya*.

Estos avances convencionales no se limitaron a cuestiones relacionadas con la seguridad de la aviación civil<sup>17</sup>, sino que se dirigieron también a las

---

<sup>13</sup> El convenio faculta al Estado en cuyo territorio se encuentre el delincuente a su detención a los efectos del inicio del procedimiento penal o de la extradición, si las circunstancias lo justifican y se dan las condiciones requeridas para ello (art. 13), por lo que no existe una obligación de enjuiciar en todo caso. El enjuiciamiento y la extradición parecen constituir opciones alternativas de carácter facultativo que el Estado puede barajar y, además, puede estimular la solicitud de extradición ya que el convenio obliga al Estado que procede a la detención a comunicar esta circunstancia a los Estados interesados, entre los que se encuentran el de la matrícula de la aeronave y el de la nacionalidad de la persona detenida.

<sup>14</sup> Véase art. 49 del Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, *BOE* de 23 de agosto de 1952; art. 50 del Convenio (II) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, *BOE* de 26 de agosto de 1952; art. 129 del Convenio (III) relativo al trato de los prisioneros de guerra, *BOE* de 5 de septiembre de 1952, y art. 146 del Convenio (IV) relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, *BOE* de 2 de septiembre de 1952.

<sup>15</sup> En virtud de lo establecido en su art. 85.1, *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1989. Este tratado, al regular las cuestiones relativas a la asistencia judicial en materia penal, insta a las partes a tomar debidamente en consideración la solicitud presentada por el Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada (art. 88.2).

<sup>16</sup> *BOE* núm. 13, de 15 de enero de 1973.

<sup>17</sup> Convenio de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación (art. 7), *BOE* núm. 9, de 10 de enero de 1974, complementado por el Protocolo

vinculadas con la represión de ilícitos relacionados con la seguridad de la navegación marítima y la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental<sup>18</sup>; la seguridad de los materiales nucleares<sup>19</sup>; los cometidos contra las personas internacionalmente protegidas y el personal de las Naciones Unidas<sup>20</sup>, los de terrorismo<sup>21</sup> o, incluso, relacionados con la prevención y sanción de conductas que suponen un atentado contra los derechos humanos, como la tortura y la desaparición forzada de personas<sup>22</sup>, o los crímenes de guerra<sup>23</sup>.

Ahora bien, no todos los convenios relacionados con la delincuencia internacional han incorporado la obligación de extraditar o juzgar bajo la denominada *fórmula de La Haya*, sino que han seguido un modelo diferente<sup>24</sup>. Tomando como ejemplo el Convenio de Ginebra, de 20 de abril de 1929, sobre represión de la falsificación de moneda<sup>25</sup>, cuyo art. 9 advertía que la obligación de persecución se subordinará a la condición de que la extradición haya sido solicitada y se haya denegado, los convenios de Naciones Unidas

---

de Montreal, de 24 de febrero de 1988, para la represión de actos de violencia ilícitos cometidos en aeropuertos que presten servicios a la aviación civil, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, *BOE* núm. 56, de 5 de marzo de 1992; Convenio, de 10 de septiembre de 2010, para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, llamado a sustituir al Convenio de Montreal de 1971 y al Protocolo de 1988 (art. 10). Este convenio aún no ha entrado en vigor ni ha sido ratificado. Véase [http://www.icao.int/secretariat/legal/Status%20of%20individual%20States/spain\\_es.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/Status%20of%20individual%20States/spain_es.pdf) (consultada el 13 de junio de 2016).

<sup>18</sup> Convención de Roma, de 10 de marzo de 1988, para la represión de los ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 10.1), *BOE* núm. 99, de 24 de abril de 1992, y Protocolo de Roma, de 10 de marzo de 1988, para la represión de ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, *BOE* núm. 99, de 24 de abril de 1992. Estos textos han sido modificados por sendos Protocolos de 14 de octubre de 2005 (*BOE* núm. 170, de 14 de julio de 2010, en el que se puede consultar el texto refundido del convenio). En virtud de lo establecido en el art. 1, al Protocolo relacionado con la seguridad de las plataformas se le aplica lo dispuesto en el art. 10 de la Convención de Roma citada anteriormente que es el que recoge la obligación *aut dedere aut iudicare*.

<sup>19</sup> Convención de Viena, de 3 de marzo de 1980, sobre protección física de los materiales nucleares (art. 10), *BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 1991.

<sup>20</sup> Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973, sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (art. 7), *BOE* núm. 33, de 7 de febrero de 1986; Convención de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1994, sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado (art. 14), *BOE* núm. 124, de 25 de mayo de 1999.

<sup>21</sup> Convención de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1997, para la represión de los atentados terroristas con bombas (art. 8.1), *BOE* núm. 140, de 12 de junio de 2001; Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1999, para la represión de la financiación del terrorismo (art. 10.1), *BOE* núm. 123, de 23 de mayo de 2002; Convención, de 13 de abril de 2005, para la supresión de actos de terrorismo nuclear (art. 11.1), *BOE* núm. 172, de 19 de julio de 2007.

<sup>22</sup> Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes (art. 7.1), *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987; Convención, de 20 de diciembre de 2006, sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011, a los que cabe añadir la Convención de Nueva York, de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes (art. 8), *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 1984.

<sup>23</sup> A esta fórmula se adaptaron los negociadores del Protocolo II, de 26 de marzo de 1999, de la Convención de La Haya, de 12 de agosto de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (art. 17.1), *BOE* núm. 77, de 30 de marzo de 2004.

<sup>24</sup> Sobre las diferencias de estas cláusulas véase ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 6, pp. 59-72.

<sup>25</sup> *Cit.*, nota 7.

relacionados con el tráfico de drogas, la delincuencia organizada de carácter transnacional y la corrupción incluyeron una disposición en la que la obligación de enjuiciar solo surge cuando se deniega la extradición<sup>26</sup>. Una fórmula que también utilizaron los negociadores del Protocolo, de 25 de mayo de 2000, facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía<sup>27</sup>.

Al igual que hiciera la Convención de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, todos estos convenios han acompañado esta obligación de las que imponen a los Estados parte tipificar y sancionar en su ordenamiento interno los comportamientos prohibidos por el convenio y reconocer la competencia de sus tribunales para conocer de estos delitos cuando el presunto culpable se encuentre en su territorio, en coherencia con la fórmula adoptada para referirse a la obligación *aut dedere aut iudicare*<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Véase el art. 36.2.a) iv) del Convenio, de 30 de marzo de 1961, único sobre estupefacientes, *BOE* núm. 96, de 22 de abril de 1966, modificado por el Protocolo, de 26 de marzo de 1972, *BOE* núm. 39, de 15 de febrero de 1977; el art. 22.2.a) iv) del Convenio, de 21 de febrero de 1971, sobre sustancias sicotrópicas, *BOE* núm. 218, de 10 de septiembre de 1976, y el art. 6.9 de la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, *BOE* núm. 270, de 10 de noviembre de 1990; los arts. 15.3 y 16.10 de la Convención de las Naciones Unidas, de 15 de noviembre de 2000, contra la delincuencia organizada transnacional, *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, aplicable a sus Protocolos en virtud de lo establecido en sus arts. 1 (Protocolo, de 15 de noviembre de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003; Protocolo, de 15 de noviembre de 2000, contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003, y Protocolo de Nueva York, de 31 de mayo de 2001, contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones que completa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2007), y el art. 44.11 de la Convención de las Naciones Unidas, de 31 de octubre de 2003, contra la corrupción, *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 2006.

<sup>27</sup> *BOE* núm. 27, de 31 de enero de 2002. En su art. 5.5 se dispone que: «Si se presenta una solicitud de extradición respecto de uno de los delitos a que se refiere el párrafo 1 del art. 3 y el Estado requerido no la concede o no desea concederla en razón de la nacionalidad del autor del delito, ese Estado adoptará las medidas que correspondan para someter el caso a sus autoridades competentes a los efectos del enjuiciamiento».

<sup>28</sup> Véanse los arts. 22.1 y 22.2.a) iv) del Convenio, de 21 de febrero de 1971, sobre sustancias sicotrópicas, cit., nota 26; arts. 3 y 5.2 del Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación, cit., nota 17; arts. 2 y 3.2 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, cit., nota 20; arts. 2 y 5.2 de la Convención contra la toma de rehenes, cit., nota 22; arts. 7.2 y 8.2 de la Convención sobre protección física de los materiales nucleares, cit., nota 19; arts. 4 y 5.2 de la Convención contra la tortura, cit., nota 22; arts. 5 y 6.4 de la Convención para la represión de los ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y arts. 1 y 3.4 del Protocolo para la represión de ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, cit., nota 18; arts. 3 y 4.2 de la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, cit., nota 26; arts. 9.2 y 10.4 de la Convención sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado, cit., nota 20; arts. 4 y 6.4 de la Convención para la represión de los atentados terroristas con bombas, cit., nota 21; art. 15.2 del Protocolo II sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, cit., nota 22, al igual que los Convenios de Ginebra la competencia de los tribunales de los Estados partes viene conferida por el propio tratado; arts. 4 y 7.4 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, cit., nota 21; arts. 3 y 4.3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la

Nos encontramos, por tanto, ante cláusulas que intentan asegurar el enjuiciamiento de los criminales imponiendo a las partes una obligación que puede cumplirse mediante el enjuiciamiento por los tribunales del Estado en cuyo territorio se encuentra el presunto culpable, la extradición o, como ha previsto la Convención, de 20 de diciembre de 2006, sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas<sup>29</sup>, mediante su transferencia a una instancia penal internacional; una tercera vía<sup>30</sup> que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer el contenido de futuras disposiciones convencionales relacionadas con la represión de crímenes sobre los que tengan competencia los tribunales penales internacionales<sup>31</sup>.

Resulta evidente que los convenios relacionados con el narcotráfico, la delincuencia organizada de carácter transnacional, la corrupción o la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía han optado por condicionar la obligación de enjuiciar a la previa solicitud de extradición y su posterior denegación. Sin embargo, cuando la cláusula se redacta de la forma en que lo hicieron los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, o utilizando la denominada *fórmula de La Haya*, su aplicación puede generar dudas sobre cuál es el momento en el que surge la obligación y/o si esta está condicionada a la solicitud y denegación de la extradición. Una duda que se suscitó en relación con la Convención de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes<sup>32</sup>.

venta de niños, prostitución infantil y utilización de los niños en la pornografía, cit., nota 27; arts. 5, 6, 8 y 15.3 de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, cit., nota 26; arts. 3 y 4.3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, cit., nota 25; arts. 1 y 6 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, cit., nota 25; arts. 1 y 5 del Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, cit., nota 26; arts. 15-27, 42.3 y 4 de la Convención contra la corrupción, cit., nota 25; arts. 5 y 9.4 de la Convención para la supresión de actos de terrorismo nuclear, cit., nota 21; arts. 4, 7 y 9.2 de la Convención sobre protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, cit., nota 22; arts. 1.5, 3 y 8.3 del Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional, cit., nota 17.

<sup>29</sup> BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011.

<sup>30</sup> De tercera alternativa habla la CDI, véase *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones (A/69/10)*, cit., nota 2, p. 166.

<sup>31</sup> Esta es la postura que mantiene el Relator Especial para el tema de los crímenes de lesa humanidad, Sean D. Murphy, pues en su *Segundo Informe sobre los crímenes de lesa humanidad*, de 21 de enero de 2016 (A/CN.4/690) ha incluido un proyecto de art. 9 que bajo la rúbrica *aut dedere aut iudicare* ha redactado de la siguiente forma: «1. Si una persona que presuntamente haya cometido uno de los delitos a los que se hace referencia en el proyecto de artículo 5, párrafos 1 y 2, es hallada en cualquier territorio bajo la jurisdicción o el control de un Estado, ese Estado someterá el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, salvo que extradite o entregue a la persona a otro Estado o tribunal penal internacional competente. 2. Si el Estado somete el asunto a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, esas autoridades decidirán si proceden al enjuiciamiento y el modo de enjuiciar de la misma manera en que lo harían por cualquier delito común de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado».

<sup>32</sup> BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1987. Su art. 7.1 establece: «El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el art. 4, en los supuestos previstos en el art. 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento».

La queja formulada ante el Comité contra la Tortura (CAT) por algunas víctimas de las torturas efectuadas por agentes del Estado chadiano y de las que se consideraba responsable a Hissène Habré, antiguo Presidente del Chad que se refugió en Senegal tras su derrocamiento en diciembre de 1990, y la controversia surgida entre Bélgica y Senegal a raíz de la negativa del Estado africano a extraditar al presunto culpable al Estado requirente, han permitido clarificar el alcance y carácter de la obligación contenida en el art. 7 de la Convención contra la tortura y, por extensión, de las disposiciones que siguen este modelo<sup>33</sup>.

En su decisión, de 17 de mayo de 2006, el Comité contra la Tortura puso de relieve que la obligación de enjuiciamiento recogida en el art. 7.1 de la Convención no queda a expensas de la existencia de una solicitud de extradición<sup>34</sup>, posición reiterada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su Sentencia, de 20 de julio de 2012, en la que advirtió, además, que la extradición, limitada según la propia Convención a los Estados que según sus disposiciones tengan competencia para enjuiciar, es la vía que permite eludir el cumplimiento de la obligación de juzgar<sup>35</sup>.

Si tenemos en cuenta que la finalidad perseguida por estas disposiciones es la de conseguir la persecución universal de los responsables de la comisión de crímenes internacionales o delitos de trascendencia internacional, es necesario advertir que la eficacia de estas disposiciones no es idéntica. Mientras que los Convenios de Ginebra y los tratados que siguen la *fórmula de la Haya* aseguran la persecución universal al primar la obligación de enjuiciar sobre la de la entrega, la eficacia de las que hacen lo propio con la extradición está condicionada a lo que podemos denominar un *dedere frustrado*.

<sup>33</sup> Sobre la extensión de la interpretación efectuada respecto de la Convención contra la tortura a otros convenios internacionales que contienen cláusulas de este tipo se decanta también el Estudio de la Secretaría de la CDI titulado *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)»*, de 18 de julio de 2010 (A/CN.4/630), pp. 69-70, párr. 131.

<sup>34</sup> En su decisión, el CAT puso de manifiesto que «la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición del mismo. Esta alternativa que se ofrece al Estado parte en virtud del art. 7 de la Convención existe solo si se ha formulado efectivamente dicha demanda de extradición, y puesto, por ende, al Estado parte, en la situación de escoger entre a) proceder a esa extradición o b) someter el caso a sus propias autoridades judiciales para iniciar la acción penal, ya que la disposición tiene por finalidad evitar la impunidad de todo acto de tortura».

<sup>35</sup> En palabras de la Corte: «Le paragraphe 1 de l'article 7 impose à l'État concerné l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment de l'existence, au préalable, d'une demande d'extradition à l'encontre du suspect [...] En revanche, si l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition. Il en résulte que le choix entre l'extradition et l'engagement des poursuites, en vertu de la convention, ne revient pas à mettre les deux éléments de l'alternative sur le même plan. En effet, l'extradition est une option offerte par la convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention». Véase asunto relativo a las Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (*Bélgica c. Senegal*), CIJ, *Recueil*, 2012, párrs. 94-95.

## 2.2. La obligación *aut dedere aut iudicare* y el Derecho internacional general

La generalizada incorporación de la obligación *aut dedere aut iudicare* en convenios internacionales ha permitido plantear la cuestión relacionada con el carácter de la norma; esto es, si nos encontramos ante una simple norma convencional cuyo alcance subjetivo queda limitado a los Estados parte en cada uno de los convenios o si cabe considerar que la misma ha trascendido dicho carácter para convertirse en norma consuetudinaria<sup>36</sup> que obliga a quienes son terceros respecto de los tratados.

La doctrina no mantiene una posición unánime al respecto<sup>37</sup>. Para algunos autores, aunque esta regla se encuentra incluida en numerosos convenios internacionales, resulta todavía prematuro considerar que forme parte del Derecho internacional general y, por tanto, solo ampara actuaciones de los Estados parte en los convenios y respecto de los crímenes a los que acompaña<sup>38</sup>. En el polo opuesto existen voces que afirman que la máxima *aut dedere aut iudicare* forma parte del Derecho internacional de carácter consuetudinario<sup>39</sup> y aún cabe advertir la existencia de una posición intermedia que es la

<sup>36</sup> Sobre la posible formación de una norma consuetudinaria que contenga la obligación de extraditar o juzgar, véase el exhaustivo trabajo de SOSA NAVARRO, M., *Aut dedere aut iudicare, crimen de lesa humanidad y Corte Penal Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Colección electrónica, núm. 7, 2016.

<sup>37</sup> Véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*, nota 9, pp. 254-255, y BASSIOUNI, M. Ch. y WISE, E. M., *Aut dedere aut iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 20-69, en las que se hace un análisis de las posiciones doctrinales existentes al respecto. Sobre las distintas posiciones doctrinales, véase MITCHELL, C., *Aut dedere, Aut iudicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*, eCahiers, 2009, núm. 2, párrs. 20-85.

<sup>38</sup> Posición que en la doctrina española defienden ABAD CASTELOS, M., *La toma de rehenes como manifestación de terrorismo y el Derecho internacional*, Madrid, Ministerio del interior, Secretaría General Técnica, 1997, pp. 153-154 y p. 376, nota 187; ABELLÁN HONRUBIA, V., «La responsabilité internationale de l'individu», *R. des C.*, t. 280, 1999, pp. 249 y 362, y PUEYO LOSA, J., «Un nuevo modelo de cooperación internacional en materia penal: entre la justicia universal y la jurisdicción internacional», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. y REMACHA Y TEJADA, J. R., *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2001, núm. 5, p. 193. Por lo que respecta a la doctrina extranjera, esta es la posición mantenida por CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 301; CRYER, R., *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 110-116; MAISON, R., «Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes», *EJIL*, vol. 6, 1995, p. 270, nota 32; PLACHTA, M., «Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle *aut dedere aut iudicare*», 114<sup>th</sup> International Training Course, Visiting experts papers, Resource material series, 2001, núm. 27, pp. 64-86, en p. 73; RANDALL, K., «Universal Jurisdiction under International Law», *Texas Law Review*, 1988, p. 833; ROBERTSON, G., *Crimes against Humanity*, Nueva York, Penguin, 1999, p. 366; SUNGA, L., *The Emerging System of International Criminal Law*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 254-255 y 272; TOMUSCHAT, Ch., «La Crystallisation Coutumière», en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET (eds.), *Droit International Penal* (2.<sup>a</sup> ed.), París, Pedone, 2012, p. 29; WELLER, M., «On hazards of foreign travel for dictators and other international criminals», *International Affairs*, vol. 75, 1999, pp. 608-609.

<sup>39</sup> Posiblemente sea BASSIOUNI, M. Ch., el máximo exponente de esta posición doctrinal. Véase en este sentido, *International Extradition: United States Law and Practice*, 1987, p. 22, y *Crimes against Humanity*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff, 1992, pp. 499-510. La misma posición mantienen DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruselas, Bruylant, 1994, pp. 667-668; ROHT-ARRIA-

mantenida por quienes consideran que el carácter de Derecho internacional general cabe predicarlo de la misma cuando de represión de crímenes prohibidos por una norma de *ius cogens* se trate<sup>40</sup>. Divergencias que también alcanzaron a los propios jueces de la CIJ y que quedaron patentes en las opiniones que acompañaron a las decisiones, de 14 de abril de 1992, en las que se pronunciaron sobre la solicitud de medidas cautelares efectuada por Libia en el asunto *Lockerbie* que enfrentó a dicho país con Estados Unidos y el Reino Unido<sup>41</sup>.

Los tribunales internacionales tampoco ayudan a despejar la incógnita. Mientras la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), en su Sentencia de 29 de octubre de 1997, afirmó que los Estados están obligados por el Derecho consuetudinario a juzgar o extraditar<sup>42</sup>, la CIJ ha evitado pronunciarse sobre esta cuestión. En 2012, cuando dictó sentencia en el asunto denominado precisamente *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar* que enfrentó a Bélgica contra Senegal, la Corte eludió pronunciarse sobre la existencia de la obligación de persecución universal que incumbiría a Senegal sobre la base del Derecho internacional general y que habría comportado pronunciarse sobre el estatus de Derecho consuetudinario de la máxima *aut dedere aut iudicare*<sup>43</sup>.

ZA, N., «Nontreaty Sources of an Obligation to Investigate and Prosecute», en ROHT-ARRIAZA, N. (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 41. En España esta posición es la mantenida por ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 134-136, en relación con el terrorismo.

<sup>40</sup> En este sentido, véase JURDI, N. N., *The International Criminal Court and National Courts. A Contentious Relationship*, Farnham, Ashgate, 2011, pp. 24-31, para quien la regla es costumbre, aunque advierte que no hay acuerdo sobre si su cristalización alcanza a todos los crímenes o solo a los más graves. En su opinión existe consenso respecto de los crímenes prohibidos por normas de *ius cogens*. El carácter obligatorio de la regla *aut dedere aut iudicare* respecto de estos crímenes de *ius cogens* también ha sido afirmado por Bassiouni, véase BASSIOUNI, M. Ch., «Universal jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», en BASSIOUNI, M. Ch., *International Criminal Law. Vol. II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, 3.ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 153-199.

<sup>41</sup> Una posición contraria a la existencia de esta norma consuetudinaria fue la mantenida por cuatro de los jueces que formaron la mayoría que rechazó la solicitud libia de adopción de medidas cautelares en el asunto *Lockerbie*. Véase la declaración conjunta de los jueces Evensen, Tarassov, Guillaume y Aguilar Mawdsley en el asunto *Cuestiones de interpretación y de aplicación de la convención de Montréal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe Libia c. Estados Unidos)* y *Cuestiones de interpretación y de aplicación de la convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe Libia c. Reino Unido) (medidas provisionales)*, CIJ, *Recueil*, 1992, párr. 2. Frente a ellos, los jueces Weeramantry y Ranjeva, disidentes en la decisión de la Corte que rechazó las medidas cautelares solicitadas por Libia en el asunto *Lockerbie*, mantuvieron la posición contraria, véase CIJ, *Recueil*, 1992, pp. 179 y p. 72, párr. 2, respectivamente. Por su parte la jueza *ad hoc* Ch. van der Wijnngaert se pronunció en el mismo sentido en la declaración que hizo respecto de la decisión de 8 de diciembre de 2000 en el asunto *Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática del Congo c. Bélgica)* (medidas cautelares), CIJ, *Recueil*, 2000, pp. 230-231, párr. 6.

<sup>42</sup> TPIY, asunto *Blaskic*, caso núm. IT-95-14, Sentencia de 29 de octubre 1997 relativa a la solicitud de la República de Croacia de examinar la decisión de la Sala de primera instancia II de 18 de julio de 1997, párr. 29.

<sup>43</sup> La Corte entendió que en el momento de la interposición de la demanda no se había evidenciado la existencia de una controversia sobre el incumplimiento por parte de Senegal de obligaciones impues-

La Sexta Comisión ha debatido sobre esta cuestión en todos los periodos de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas desde 2006. La falta de acuerdo entre las delegaciones llevó a sugerir a la CDI que estudiara en profundidad esta cuestión<sup>44</sup>, sin embargo, sus conclusiones no han conseguido despejar la duda planteada. En el informe relativo al sexagésimo sexto periodo de sesiones (2014) con el que concluyeron sus trabajos sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut iudicare*)», la Comisión, poniendo de relieve que la incorporación de esta regla en el art. 9 del proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad (1996) se efectuó con carácter de desarrollo progresivo y teniendo en cuenta las discrepancias mostradas por sus miembros, consideró innecesario pronunciarse sobre esta cuestión ya que su trabajo no iba a adoptar la forma de un proyecto de artículos<sup>45</sup>. Ahora bien, la Comisión aclara que esto no debe interpretarse en el sentido de que «la obligación de extraditar o juzgar no se ha convertido o no está cristalizando aun en una norma de Derecho internacional consuetudinario, sea de carácter general o regional»<sup>46</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante una cuestión necesitada de clarificación y, aunque no cabe descartar que exista o en un futuro termine cristalizando una norma que obligue a los Estados a actuar contra determinados crímenes internacionales cuando el presunto culpable se encuentre en su territorio y ese Estado no conceda la extradición, deberíamos preguntarnos si la misma sería aplicable a cualquier delito o si debería limitarse a los crímenes internacionales más graves y también si su contenido haría primar la obligación de enjuiciamiento o la de la extradición. Mucho ha cambiado la situación relacionada con la represión de los crímenes internacionales más graves en las últimas décadas, y posiblemente también lo haya hecho el carácter de la norma que obliga a extraditar o juzgar a los presuntos responsables de la comisión de un crimen prohibido por una norma de *ius cogens* y cuyo contenido respondería a la denominada *fórmula de La Haya*, pero, si pese a todo, se considera que la máxima *aut dedere aut iudicare* no ha alcanzado el estatus de norma consuetudinaria, ni siquiera en estos casos, lo que parece indiscutible es que los Estados deben cooperar en la represión de estos crímenes; no deben obstaculizar su sanción, lo que implica evitar que su territorio se convierta en refugio de criminales, y no

---

ta por normas de Derecho consuetudinario y que, por tanto, no tenía competencia para pronunciarse sobre las demandas de Bélgica relacionadas con esta cuestión. Véase el asunto *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, Sentencia de 20 de julio de 2012, CIJ, *Recueil*, 2012, párrs. 54-55. Posición abiertamente criticada por el juez *ad hoc* Serge Sur en su opinión disidente, CIJ, *Recueil*, 2012, p. 610, párrs. 17-18.

<sup>44</sup> Véase *Cuarto Informe sobre la obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)* (A/CN.4/648), pp. 20-21.

<sup>45</sup> La posición de la CDI puede resultar decepcionante si tenemos en cuenta que la Comisión pretendía con su informe ayudar a los Estados en la aplicación de la citada regla y que es precisamente la determinación del carácter consuetudinario o no de la misma lo que suscita dudas y controversia.

<sup>46</sup> Véase *Informe de la Comisión de Derecho internacional sobre la labor realizada en su 66.º periodo de sesiones* (A/69/10), cit., nota 2, pp. 172-173, párrs. 49-54.

pueden rechazar sistemáticamente las solicitudes de extradición o el enjuiciamiento<sup>47</sup>.

### 3. LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* Y EL DERECHO ESPAÑOL

#### 3.1. Las obligaciones derivadas de la regla *aut dedere aut iudicare* y la regulación prevista en la LOPJ

En virtud de los compromisos asumidos, nuestro país se ha comprometido a instituir su jurisdicción y reconocer la competencia de sus tribunales para juzgar a los presuntos responsables de haber cometido cualquiera de los crímenes recogidos en los tratados que al regular la obligación *aut dedere aut iudicare* priman el enjuiciamiento y de los recogidos en tratados en los que dicha obligación queda condicionada a la solicitud de extradición y su posterior denegación.

La competencia de los tribunales españoles para conocer de crímenes de guerra, torturas, desapariciones forzadas, apoderamiento ilícito de aeronaves, los ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y los actos de violencia ilícitos cometidos en aeropuertos que presten servicios a la aviación civil, los relacionados con la seguridad de la navegación marítima y de las plataformas fijas situadas en la plataforma continental, los relativos a la protección física de los materiales nucleares, la toma de rehenes, los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, los perpetrados contra personal de las Naciones Unidas y su personal asociado y los de terrorismo, en particular, el terrorismo con bombas, el nuclear y la financiación del terrorismo, debe contemplar la posibilidad de su enjuiciamiento cuando los presuntos responsables se encuentran en España, ya que nuestro país solo puede liberarse del cumplimiento de la obligación de juzgar si concede su extradición.

Además, también está obligado a establecer su jurisdicción respecto de los delitos recogidos en los convenios internacionales relacionados con el tráfico de drogas, la delincuencia organizada internacional, la corrupción y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, cuando el presunto culpable se encuentre en España, haya sido solicitada su extradición y la misma haya sido denegada.

El art. 23 de la LOPJ, al determinar la competencia de los tribunales españoles en el orden penal, además de hacer referencia al *principio de territorialidad* (art. 23.1), prevé la competencia de nuestros tribunales para conocer de delitos cometidos en el extranjero con arreglo al *principio de personalidad*

---

<sup>47</sup> En este sentido, véase ABELLÁN HONRUBIA, V., *op. cit.*, nota 38, p. 245; ABAD CASTELOS, M., *La toma de rehenes...*, *op. cit.*, nota 38, p. 376, nota 187, y CRYER, R., *Prosecuting International...*, *op. cit.*, nota 38, p. 113.

*activa* (art. 23.2) y *protección* (art. 23.3). Junto a ello, el párr. 4 del art. 23, en el que antes se regulaba la competencia de nuestros tribunales para actuar al amparo del principio de *universalidad* y que tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2014<sup>48</sup> ha sido desvirtuado<sup>49</sup>, prevé la competencia de nuestros tribunales para conocer de determinados delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando se cumplan las condiciones mencionadas en cada caso.

Entre los delitos enumerados en los distintos apartados del art. 23.4 de la LOPJ se encuentran recogidos los crímenes de guerra, mencionados en el apartado *a)* bajo la rúbrica de delitos *contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*<sup>50</sup>; las torturas [apdo. *b)*] y las desapariciones forzadas [apdo. *c)*]<sup>51</sup>; los delitos de terrorismo [apdos. *d)* y *e)*]<sup>52</sup>; los relacionados con el narcotráfico [apdos. *d)* e *i)*]<sup>53</sup>; los delitos contra la seguridad de la navegación marítima [apdo. *d)*]<sup>54</sup>; los recogidos en la Convención de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves [apdo. *f)*]<sup>55</sup>; los contenidos en el Convenio de Montreal, de 23

<sup>48</sup> Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal, *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

<sup>49</sup> Sobre esta reforma véase el Ágora dedicada por el *SYLL*, en su vol. 18 (2013-2014), con contribuciones de ABAD CASTELOS, M., «The End of Universal Jurisdiction in Spain?», pp. 223-230; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «The Reform(s) of Universal Jurisdiction in Spain: For Whom the Bells Tolls?», pp. 231-237; BOLLO AROCENA, M. D., «The Reform of the Universal Jurisdiction in Spain», pp. 239-247; PÉREZ GONZÁLEZ, C., «Some Comments on Article 24(4) (M) of Spain's Organic Law of the Judiciary: Universal Jurisdiction over Trafficking in Human Beings Offences?», pp. 249-254; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Universal Jurisdiction in Spain: Substantial Change of Model or Implied Repeal?», pp. 255-265. El Profesor Sánchez Legido también dedicó su atención a esta reforma, SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 27. Véase también ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 6.

<sup>50</sup> La competencia de los tribunales españoles queda condicionada a que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

<sup>51</sup> En relación con la tortura y las desapariciones forzadas la competencia de los tribunales españoles queda condicionada a que el procedimiento se dirija contra un español, o la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

<sup>52</sup> La competencia de los tribunales españoles respecto de los delitos de terrorismo cometidos en el extranjero varía en función del lugar de comisión de los hechos. Si el delito se comete en espacios marinos, nuestra LOPJ no impone ninguna condición, pero si se cometen en cualquier otro lugar, la competencia de los tribunales españoles queda supeditada a que el supuesto encuentre encaje en los recogidos en el apartado *e)*.

<sup>53</sup> Al igual que ocurre con el terrorismo, la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos relacionados con el tráfico de drogas cometidos en espacios marinos no se encuentra sujeta a ninguna condición adicional, pero en el caso de que se cometan en cualquier otro lugar, la actuación de nuestros tribunales queda limitada a aquellos supuestos en los que el procedimiento se dirija contra un español o cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

<sup>54</sup> La competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos relacionados con la seguridad de la navegación marítima no está sometida a ningún límite o condición.

<sup>55</sup> Según la regulación establecida en este apartado, la actuación contra los responsables de la comisión de estos delitos está condicionada a que el delito se haya cometido por un español o contra una aeronave que navegue bajo pabellón español (*sic*).

de septiembre de 1971, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y su Protocolo complementario, de 24 de febrero de 1988<sup>56</sup>; los recogidos en el Convenio, de 3 de marzo de 1980, sobre la protección física de materiales nucleares<sup>57</sup>; algunos relacionados con la delincuencia organizada de carácter transnacional recogidos en el apartado j)<sup>58</sup>; los delitos de corrupción entre particulares y en las transacciones económicas internacionales [apdo. n)]<sup>59</sup>, y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad [apdo. k)]<sup>60</sup>. Junto a estos, el apartado p) del art. 23.4 de la LOPJ contiene una cláusula residual en la que se atribuye competencia a nuestros tribunales para conocer de cualquier otro delito cuya persecución venga impuesta por un tratado vigente para España o por actos normativos de una organización internacional de la que nuestro país sea miembro.

Además en el último inciso del art. 23.4 se establece una cláusula de cierre en la que se prevé la competencia de los tribunales españoles para conocer de delitos cometidos por extranjeros que se encuentren en España cuando su extradición haya sido denegada por las autoridades españolas y su enjuiciamiento venga impuesto por un tratado internacional.

A la hora de determinar si la regulación establecida permite cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula *aut dedere aut iudicare* recogida en los tratados internacionales de los que España es parte, es necesario distinguir tres supuestos. El primero sería el de los delitos no mencionados en el art. 23.4 de la LOPJ; el segundo versa sobre aquellos delitos en los que la obligación de enjuiciamiento está condicionada a un *dedere frustrado*, y el tercero abarcaría los delitos mencionados en el art. 23.4 de la LOPJ respecto de los que nuestro país ha asumido la obligación de juzgar a los responsables que se hallen en España en el caso de que no se haya recibido una solicitud de extradición o cuando haya sido recibida y se haya denegado.

<sup>56</sup> Respecto del enjuiciamiento de estos delitos, la LOPJ no impone ninguna condición.

<sup>57</sup> En este caso la competencia de los tribunales españoles queda limitada a aquellos delitos que hayan sido cometidos por un ciudadano español.

<sup>58</sup> Según esta disposición, los tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

<sup>59</sup> En relación con estos delitos los tribunales españoles serán competentes cuando el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

<sup>60</sup> Nuestros tribunales son competentes para conocer de estos delitos cuando el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España; el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

Pese a la prolija enumeración efectuada en el art. 23.4, nos encontramos con que existen tres tratados cuyos tipos penales no encuentran cobijo en los recogidos en esta disposición, como es el caso de los enunciados en la Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973, sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos<sup>61</sup>, la Convención de Nueva York, de 17 de diciembre de 1979, contra la toma de rehenes y la Convención de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1994, sobre seguridad del personal de las Naciones Unidas y del personal asociado<sup>62</sup>. En estos casos la competencia de nuestros tribunales quedaría amparada en el apartado p) del art. 23.4.

Por lo que respecta a aquellos delitos en los que la obligación de enjuiciamiento está condicionada a un *dedere frustrado*, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país queda garantizado ya que, de no encontrar amparo en los apartados correspondientes del art. 23.4, la cláusula de cierre de esta disposición reconoce la competencia de nuestros tribunales para conocer de delitos cometidos fuera del territorio nacional por extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición haya sido denegada por las autoridades españolas cuando así lo imponga un tratado vigente para España. Ahora bien, en relación con esta cuestión, es necesario tener en cuenta que nuestro país es parte en el Convenio de Ginebra, de 20 de abril de 1929, sobre la represión de la falsificación de moneda, al que no he hecho referencia por ser anterior a 1945. Este delito figuraba entre los que nuestros jueces podían enjuiciar en España al amparo del principio de universalidad cuando podía considerarse que esta disposición regulaba la jurisdicción universal exclusivamente, pero la reforma del art. 23.4 efectuada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>63</sup>,

<sup>61</sup> Convención en la que se hace referencia a: a) la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; c) la amenaza de cometer tal atentado; d) la tentativa de cometer tal atentado, y e) la complicidad en tal atentado.

<sup>62</sup> En la que se consideran delitos contra el personal de las Naciones Unidas y su personal asociado: la comisión intencional de: a) un homicidio, secuestro u otro ataque contra la integridad física o la libertad de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o el personal asociado; b) un ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o del personal asociado, que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; c) una amenaza de tal ataque con el objetivo de obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto; d) una tentativa de cometer tal ataque, y e) un acto que constituya la participación como cómplice en tal ataque o tentativa de ataque o que suponga organizar u ordenar a terceros la comisión de tal ataque.

<sup>63</sup> Entre quienes han comentado y valorado la reforma operada por esta ley véase ESTEVE MOLTÓ, J. E., «Causes and initial effects of the Spanish Organic Law 1/2009 reforming the principle of universal Jurisdiction in Spain», *SYIL*, 2010, núm. 16, pp. 19-53, y «La aplicación por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de los nuevos límites a la jurisdicción universal: un paso hacia la impunidad», *REDI*, 2010-2, vol. 62, pp. 321-325; FERRER LLORET, J., «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)», *SYIL*, 2009, vol. 15, pp. 63-106; MÁRQUEZ CARRASCO, C.

suprimió la falsificación de moneda extranjera<sup>64</sup> del listado. En este caso hay que considerar que la competencia de nuestros tribunales quedará amparada en el apartado *p*) y/o en la cláusula de cierre, en la medida en que la referencia que la misma hace a *los delitos anteriores* hay que entenderla inclusiva de todos los mencionados en los dieciséis apartados del art. 23.4 y, por tanto, también en el apartado *p*).

La competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos recogidos en convenios en los que la regla *aut dedere aut iudicare* prima la obligación de juzgar no encuentra amparo en la cláusula de cierre, pues su redacción no ha tenido en cuenta la diversidad de la regulación internacional y se ha limitado a dar cobertura a las obligaciones derivadas de esta regla cuando la misma prima la obligación de entrega. En estos casos la competencia de nuestros tribunales debería quedar recogida en los apartados correspondientes del art. 23.4 de la LOPJ.

Según las condiciones impuestas a los delitos que nuestro país se encuentra obligado a juzgar, si no concede la extradición, desde el momento en el que se detecta la presencia del presunto responsable en nuestro territorio, existen supuestos en los que la competencia de nuestros tribunales está prevista y, por tanto, se podrán cumplir las obligaciones internacionalmente asumidas, pero también hay otros en los que la regulación no es coherente con las mismas.

Advertida ya la posibilidad de que nuestros tribunales puedan conocer de los delitos de toma de rehenes contra personas internacionalmente protegidas o contra el personal de Naciones Unidas cometidos en el extranjero por un extranjero que se encuentre en España, los supuestos en los que el cumplimiento de la obligación de enjuiciamiento establecida en los tratados está asegurado están relacionados con aquellos delitos para los que no se ha impuesto ninguna condición, como ocurre con los relacionados con la seguridad de la navegación marítima [art. 23.4.d)], o en los que se prevé la actuación de nuestros tribunales en los supuestos autorizados por el tratado, como es el caso de los delitos relacionados con la seguridad de la aviación civil recogidos en el Convenio de Montreal, de 23 de septiembre de 1971, y en el Protocolo de Montreal, de 24 de enero de 1988.

---

y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2011, vol. 11, pp. 251-303, y PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: La persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH: Col·leció Recerca per Drets Humans, 03, Barcelona, 2009.

<sup>64</sup> La referencia a este delito se encontraba en el apartado *d*) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) y allí se mantuvo hasta la reforma de 2009. Véase BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999, en el que se publicó la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, respecto de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007, en el que se publicó la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Sobre estas reformas, véase ORIHUELA CALATAYUD, E., *op. cit.*, nota 6.

Sin embargo, en relación con los restantes delitos, el cumplimiento de la obligación establecida en los tratados no está asegurado o resulta imposible. Nuestro país no podrá cumplir la obligación asumida en la Convención de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, pues el art. 23.4.f) de la LOPJ solo prevé la competencia de nuestros tribunales cuando el delito sea cometido por un español o contra una aeronave que navegue bajo pabellón español, siendo imposible el enjuiciamiento de un extranjero responsable de su comisión y que se halle en España cuando el apoderamiento ilícito se haya cometido contra una aeronave matriculada en cualquier otro Estado. Y lo mismo cabe decir de los delitos recogidos en el Convenio, de 3 de marzo de 1980, sobre protección física de materiales nucleares, ya que la competencia de nuestros tribunales solo está prevista cuando el delito haya sido cometido por un español. En este caso nuestros tribunales carecen de competencia para enjuiciar cualquiera de los actos recogidos en el art. 7.1 del Convenio<sup>65</sup> cuando sean cometidos en el extranjero y por un extranjero, aunque este se encuentre en España, lo que implica el incumplimiento de la obligación de establecer su jurisdicción cuando el presunto responsable se encuentre en su territorio y no lo extradite y la de enjuiciar recogida en el art. 10 de este tratado.

En relación con el terrorismo, aunque la regulación establecida en esa disposición resulte amplia, es necesario destacar que la competencia de nuestros tribunales está asegurada si el delito se comete en un espacio marino [art. 24.3.d)], pero no siendo así, los límites incorporados en el apartado e)<sup>66</sup> pueden resultar insuficientes para asegurar el cumplimiento de la obligación de enjuiciamiento recogida en los convenios relacionados con los atentados

<sup>65</sup> Según lo establecido en esta disposición, se considera delito la comisión intencionada de: a) un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispensar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales; b) hurto o robo de materiales nucleares; c) malversación de materiales nucleares o su obtención mediante fraude; d) un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de violencia o mediante cualquier otra forma de intimidación; e) una amenaza de: i) utilizar materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales; ii) cometer uno de los delitos mencionados en el apartado b) a fin de obligar a una persona física o jurídica, a una organización internacional o a un Estado a hacer algo o abstenerse de hacer algo; f) una tentativa de cometer uno de los delitos mencionados en los apartados a), b) o c), y b) un acto que consista en participar en cualquiera de los delitos mencionados en los apartados a) a f).

<sup>66</sup> Este apartado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, prevé la competencia de nuestros tribunales en los siguientes supuestos: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo; 3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; 4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; 5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española; 6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España; 7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español, o 8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

terroristas efectuados con bombas, la financiación del terrorismo y el terrorismo nuclear, siendo posible que, si el presunto culpable se encuentra en nuestro territorio y la competencia de los tribunales no queda amparada en los supuestos recogidos en el apartado *e*), se incumpla la obligación de enjuiciamiento recogida en la regla *aut dedere aut iudicare* incluida en esos tres tratados.

Por lo que respecta a la tortura y la desaparición forzada de personas, la regulación establecida en los apartados *b*) y *c*) del art. 23.4 de la LOPJ impide a nuestro país cumplir con la obligación de enjuiciamiento que imponen las Convenciones de 1984 y 2006, salvo en aquellos casos en los que la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos. Según esta regulación, los tribunales españoles carecen de competencia para conocer de estos delitos cuando se cometen fuera del territorio nacional por extranjeros y contra extranjeros o contra españoles que hubieran adquirido la nacionalidad con posterioridad a la fecha de la comisión de los hechos cuando el presunto culpable se halle en España. Nos encontramos ante una regulación que impide cumplir nuestras obligaciones; abre la puerta a la impunidad de todos los extranjeros responsables de torturas y desapariciones forzadas cuyas víctimas no fueran españolas, y ofrece nuestro territorio como refugio a estos criminales.

En relación con los crímenes de guerra o delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, las únicas posibilidades de actuación de nuestros tribunales están condicionadas a los supuestos en los que el procedimiento se dirija contra un español, contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Estando condicionada la competencia de nuestros tribunales sobre los extranjeros responsables de crímenes de guerra que se hallen en nuestro territorio a la solicitud de extradición, nuestra LOPJ impide el cumplimiento de la obligación de enjuiciamiento prevista en los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, en el Protocolo adicional I a estos, de 8 de junio de 1977 y en el Protocolo II, de 26 de marzo de 1999, de la Convención de La Haya, de 12 de agosto de 1954, sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Cabe, por tanto, discrepar de la conclusión extraída por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 2015 con la que confirma el archivo del caso *Tibet* decretado por la Audiencia Nacional<sup>67</sup>. Siendo cierto, como advierte el Tribunal Supremo, que la obliga-

---

<sup>67</sup> En la citada sentencia, el Tribunal Supremo advierte que no se aprecia que la redacción del art. 23.4.a) de la LOPJ vulnere los Convenios de Ginebra (FD 27) y que, según lo establecido en dicha disposición, «los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas» (FD 29). Una conclusión que hace extensiva a otros procedimientos, lo que ha tenido repercusión en el caso *Couso*, pues el titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional dictó, el 9 de junio de 2015, auto en aplicación de la

ción de enjuiciamiento recogida en los Convenios de Ginebra está referida a los Estados en cuyo territorio se encuentre el presunto responsable de la comisión de una infracción grave de los citados convenios<sup>68</sup>, la conclusión sentada sobre la coherencia de nuestra LOPJ con lo establecido en los Convenios de Ginebra no supera un análisis detenido de lo establecido en estos. Nuestro Tribunal no ha tenido en cuenta que la obligación de enjuiciamiento establecida en estos Convenios no está condicionada a la existencia de una solicitud de extradición y a su posterior denegación. De viajar a España un extranjero responsable de una infracción grave de los convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo adicional I de 1977 y no formularse contra él ninguna solicitud de extradición, nuestros tribunales carecen de competencia para proceder a su enjuiciamiento y, en este caso, nuestro país estará incumpliendo la obligación de hacerlos comparecer ante sus propios tribunales establecida en los Convenios de Ginebra<sup>69</sup>.

### 3.2. Propuestas de mejora que eviten el incumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare*

Las insuficiencias que presenta el art. 23.4 de la LOPJ para hacer efectivo el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la regla *aut dedere aut iudicare* recogida en convenios en los que España es parte deben ser suprimidas. Necesitamos una regulación que se ajuste a todos nuestros compromisos internacionales o, de ser posible, unas obligaciones internacionales que sean conformes con nuestro Derecho interno. Para conseguirlo cabe imaginar varias hipótesis.

Con la finalidad de que nuestro país ajuste sus compromisos internacionales a la regulación establecida en el art. 23.4 de la LOPJ, cabría pensar, en primer lugar, en la denuncia de los tratados cuyas obligaciones no puedan ser cumplidas, así como en renunciar a participar en futuros convenios internacionales destinados a la prevención y sanción de crímenes internacionales, como puede ocurrir con los de lesa humanidad, cuando obliguen a los Estados partes a enjuiciar a los presuntos responsables que se encuentren en su territorio. Ahora bien, la primera de las opciones planteadas —denuncia de tratados— puede quedar descartada respecto de algunos convenios<sup>70</sup> y, por

---

doctrina sentada por el Tribunal Supremo declarando concluso el sumario y su remisión a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Auto de 9 de junio de 2015, Juzgado Central de Instrucción núm. 1, AN, Sumario 27/2007).

<sup>68</sup> FD 27.

<sup>69</sup> Obligación contenida en los arts. 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra I, II, III y IV, respectivamente.

<sup>70</sup> Como puede ser el caso de los convenios relacionados con la protección de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario, pues la denuncia no motivada de los mismos con arreglo al art. 56 de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980, puede encontrar oposición por alguna de las partes en los doce meses siguientes a su notificación al resto de partes. Además, no debemos olvidar que ya existen pronunciamientos de los órganos de vigilancia de algunos de ellos sobre la inadmisibilidad de denuncias

tanto, es posible que solo resulte viable en relación con el Convenio de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves; la Convención de Viena, de 3 de marzo de 1980, sobre protección física de los materiales nucleares; la Convención de las Naciones Unidas, de 15 de diciembre de 1997, para la represión de los atentados terroristas con bombas; el Convenio de Nueva York, de 9 de diciembre de 1999, para la represión de la financiación del terrorismo y la Convención, de 13 de abril de 2005, para la supresión de actos de terrorismo nuclear. En segundo lugar, cabría pensar en la posibilidad de presentar *reservas tardías* a través de las cuales se modifiquen las disposiciones que resultan incompatibles con nuestra legislación. La finalidad de estas reservas consistiría en condicionar el nacimiento de la obligación de juzgar a la presentación y denegación de una solicitud de extradición. La viabilidad de las mismas no está asegurada, ya que, al menos en la práctica de Naciones Unidas, su formulación se admite a condición de su aceptación unánime y, si tenemos en cuenta que las reservas que habría que formular afectan directamente al objeto y fin de estos convenios, es de esperar alguna reacción contraria a las mismas.

Las dificultades que presentan estas propuestas y el perjuicio que sin duda ocasionaran a la imagen pública de nuestro país hacen que la única posibilidad sea la de ajustar la regulación española a nuestros compromisos internacionales, lo que hace imprescindible una modificación del art. 23 de la LOPJ. Para conseguir que nuestro país pudiera cumplir todas sus obligaciones internacionales derivadas de la obligación *aut dedere aut iudicare* bastaría con que nuestro art. 23 de la LOPJ reconociera la competencia de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España siempre que así lo imponga un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional de la que nuestro país sea miembro. Dicha competencia podría incluirse en un apartado nuevo del art. 23 y con ello nuestro país no tendría por qué amparar estas actuaciones en el principio de universalidad. Si junto a ello se incluyera la competencia de nuestros tribunales para conocer de determinados delitos cuando la víctima sea española siempre que así lo imponga un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional, el actual art. 23.4 de la LOPJ y el reconocimiento de la jurisdicción universal en España resultarían innecesarios. Actualmente el reconocimiento y ejercicio de la jurisdicción universal resulta imprescindible porque nuestro país no tiene incorporado el reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles para actuar sobre la base del principio de personalidad pasiva y ser parte en Convenios Europeos que imponen el establecimiento de la jurisdicción, ni en la condición de *iudex apprehensionis* que permitiría el cumplimiento de la obligación derivada de la regla *aut dedere aut iudicare* y el enjuiciamiento de la piratería. Si estas incorporaciones al art. 23.4 se hicieran, España no necesitaría regular la jurisdicción universal para el estricto

---

en aplicación de las cláusulas convencionales que las habían previsto. En este sentido, véase REMIRO BROTONS, A., *op. cit.*, nota 5, p. 323.

cumplimiento de las obligaciones internacionales<sup>71</sup>. ¿Era esta la intención de nuestro legislador cuando acometió la reforma de 2014? Evidentemente no<sup>72</sup>.

En el caso de que nuestro legislador quiera seguir haciendo uso del principio de universalidad para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la regla *aut dedere aut iudicare*, debería modificarse el art. 23.4 de la LOPJ para prever en el apartado *a)* la competencia de los tribunales españoles respecto de los crímenes de guerra cuando los presuntos culpables se encuentren en nuestro territorio; para excluir de los apartados *b)* y *c)*, relacionados con la tortura y las desapariciones forzadas, la exigencia de víctimas españolas, y para incluir en los apartados *e)*, *f)* y *h)* la competencia de nuestros tribunales cuando el presunto culpable se halle en nuestro territorio y no se proceda a su extradición de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales.

#### 4. CONCLUSIÓN

El reconocimiento de la competencia de los tribunales estatales para enjuiciar hechos cometidos fuera del territorio nacional debe ser conforme con las obligaciones derivadas de la participación en tratados internacionales destinados a la prevención y sanción de crímenes internacionales o delitos de trascendencia internacional.

Muchos de estos tratados imponen a las partes la obligación *aut dedere aut iudicare* primando el enjuiciamiento de los presuntos responsables que se hallen en su territorio y en los que la extradición es solo una vía para eludir su cumplimiento y, por tanto, la participación en ellos obliga a reconocer la competencia de los tribunales estatales para enjuiciar esos delitos desde el momento en el que se conoce la presencia del presunto responsable en su territorio.

En nuestro país, el cumplimiento de estas obligaciones se ha efectuado generalmente a través de la actuación de los tribunales españoles al amparo de la jurisdicción universal. Los deseos de evitar los problemas que esta jurisdicción universal ha planteado en las relaciones diplomáticas y las dificultades que imprimían a los intereses de nuestro Gobierno han llevado a nuestros políticos a establecer una regulación que hiciera desaparecer dichos problemas y dificultades.

Restringir el ejercicio de la jurisdicción universal al estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales es una opción política regresiva, pero legítima. Ahora bien, al hacerlo ha de establecerse una regulación coherente con nuestras obligaciones internacionales y eso es lo que la reforma establecida por la Ley Orgánica 1/2014 no ha conseguido.

<sup>71</sup> Esta era la razón que según el legislador motivó la reforma de 2014. Véase la exposición de motivos de la Ley 1/2014, de 13 de marzo, *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

<sup>72</sup> En mi *Discurso de incorporación como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la región de Murcia*, *op. cit.*, nota 6, pp. 160-167, se pueden consultar los motivos que me llevan a una valoración negativa de la reforma operada en 2014.

**RESUMEN****LA OBLIGACIÓN *AUT DEDERE AUT IUDICARE* Y SU CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA**

El cumplimiento de la obligación *aut dedere aut iudicare* impone a los Estados el reconocimiento de la competencia de sus tribunales para juzgar hechos ocurridos fuera del territorio nacional cuando los responsables de su comisión se encuentren en su país. Tomando como elementos de análisis los tratados multilaterales generales de los que España es parte que contienen dicha obligación, este trabajo evalúa el carácter y alcance de las mismas y determina si su cumplimiento es posible en virtud de la regulación establecida en la LOPJ. La constatación de sus insuficiencias ha determinado la concreción de propuestas de mejora que las eliminen.

**Palabras clave:** jurisdicción penal, *aut dedere aut iudicare*, competencia de los tribunales españoles.

**ABSTRACT****THE *AUT DEDERE AUT IUDICARE* OBLIGATION AND ITS FULFILLMENT IN SPAIN**

In order to fulfill their *aut dedere aut iudicare* obligation, States must recognize the competence of their courts to prosecute events happening outside their territory, when the alleged responsible for their commission are found in his/her country. Considering as elements for a general analysis general multilateral treaties of which Spain is a contracting party, this paper aims at assessing the nature and scope of this obligation so as to determine if this kind of compliance is possible under the LOPJ (Spanish Law regulating the judiciary power). Finally, the present work comes up with several suggestions for the overall improvement of the situation and in order to avoid inconsistencies.

**Keywords:** criminal jurisdiction, *aut dedere aut iudicare*, spanish courts competence.

## LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL: NO SOLO DEL USO DE LA FUERZA PUEDEN VIVIR LOS ESTADOS

Ana SALINAS DE FRÍAS \*

Catedrática de Derecho internacional público  
y Relaciones Internacionales  
Universidad de Málaga

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES UNIVERSALES EXISTENTES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: UNA APROXIMACIÓN CLÁSICA QUE CONDICIONA SU EFECTIVIDAD.—2.1. Privilegiando la represión en detrimento de la prevención.—2.2. Obligatoria mejora en los medios de cooperación previstos en los convenios universales.—2.3. El necesario tratamiento preferente de la lucha contra la radicalización ausente en los convenios universales.—3. LA RELATIVA/ABSOLUTA ESTERILIDAD DEL RECURSO SISTEMÁTICO DE LOS ESTADOS A LA FUERZA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LOS PILARES BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.—4. ¿AL RESCATE DE PROPUESTAS DEL PASADO O DE OPORTUNIDADES PERDIDAS?—5. EL VALOR AÑADIDO DE LA APROXIMACIÓN DESDE LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL.—6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Los atentados terroristas de septiembre de 2001 contra diversos objetivos en Estados Unidos dejaron patente, si no la muerte de una forma de terrorismo practicada hasta entonces, sí su transformación en un fenómeno residual, igualmente condenable, y el paso a una forma de terrorismo transnacional global nueva no solo en su operativa sino también en su concepción, con nuevas formas de financiación, cada vez más estrechamente ligadas a la criminalidad organizada internacional, y con afán de justificación en una *pseudo*

---

\* La autora es *ex* asesora jurídica del Comité de Terrorismo del Consejo de Europa (CODEXTER) y de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Derecho Internacional Público de dicha Organización. Es, así mismo, experta independiente para el Consejo de Europa, la OSCE y el Comité Ejecutivo contra el Terrorismo (CTED) de Naciones Unidas ([asalinas@uma.es](mailto:asalinas@uma.es)). El presente trabajo se enmarca dentro el Proyecto de investigación DER2015-65486-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Las opiniones vertidas en el presente artículo son únicamente responsabilidad de la autora.

guerra de civilizaciones<sup>1</sup>. Es precisamente como consecuencia de algunos aspectos que esta globalización entraña, que la eficacia de los instrumentos convencionales existentes en materia de terrorismo para dar respuesta a esta escalada de violencia se ha visto hoy día muy limitada.

Al hilo de este tipo de ataques contra la sociedad internacional en su conjunto, y de las respuestas que los mismos provocaron —no siempre acordes con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados—, centenares, si no miles de páginas, fueron escritas en las publicaciones científicas más prestigiosas analizando la afección de los pilares básicos del Derecho internacional<sup>2</sup>. La reflexión teórica sobre estos aspectos fue amplia, variada y profunda, y esta misma *Revista* consagró un número cuasi monográfico ese mismo año específicamente al tema<sup>3</sup>.

Desde aquellos atentados hasta 2016 se han sucedido centenares de ataques terroristas en todo el mundo<sup>4</sup>. Coetáneamente, el Derecho internacional

<sup>1</sup> Véase al respecto REHMAN, J., *Islamic State Practices, International Law and the Threat from Terrorism. A Critique of the 'Clash of Civilisations' in the New World Order*, Oregón, Hart Publishing, 2005.

<sup>2</sup> Obviaremos las violaciones manifiestas del Derecho internacional humanitario ocurridas como consecuencia de la mal llamada «*guerra contra el terrorismo*» inaugurada por los Estados Unidos de América en respuesta a los ataques terroristas de 2001 en la Declaración hecha por su Presidente George W. Bush el 20 de septiembre de 2001 y que, entre otros elementos, aportó la hasta entonces desconocida, muy criticada y desautorizada categoría de «*combatiente ilegal*» (véase al respecto, i.a., ABRAHAM, G., «Essential Liberty versus Temporary Safety: The Guantanamo Bay Internees and Combatant Status», *South African Law Journal*, 2004, pp. 121 y ss.; WILKE, C., «War v. Justice: Terrorism cases, enemy combatants, and political justice in US courts», *Politics & Society*, 2004, núms. 33-4, pp. 637-669; SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Guerra contra el terrorismo, conflictos armados y derechos humanos», en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio de Publicaciones de la UPV, 2006, pp. 413-470; SALINAS DE FRÍAS, A., «La lucha contra la impunidad en la 'guerra' contra el terrorismo internacional: el derecho a la reparación», en *Los Derechos Humanos frente a la impunidad, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio de Publicaciones de la UPV, 2009, pp. 241-267).

En todo caso, pese al abandono del uso de tal denominación por el Estado creador del mismo y los intentos de su gobierno por cerrar este ominoso capítulo de la acción contra el terrorismo internacional [véase Executive Order: *Review and Disposition of Individuals Detained at Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*, January 22, 2009, esp. Sec. 3, así como Executive Order *Ensnaring Lawful Interrogations*, en [https://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/ClosureOfGuantanamo-DetentionFacilities](https://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamo-DetentionFacilities) (consultada el 12 de junio de 2016)], el penal de Guantánamo subsiste, así como el cautiverio en sus instalaciones de aún ochenta detenidos, en su mayoría yemeníes, a la espera de una mejor solución. Sin duda ello sirvió, en su momento, de caldo de cultivo importante para la radicalización de muchos jóvenes en contextos sociales difíciles o desfavorecidos; no obstante, este hecho constituye hoy día, sin duda, un elemento de menor peso en el conjunto de las nuevas formas y medios de radicalización con fines terroristas.

<sup>3</sup> Véase *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, con contribuciones de ALCAIDE FERNÁNDEZ, CALDUCH CERVERA, CARDONA LLORENS, FERNÁNDEZ TOMÁS, GONZÁLEZ VEGA, RAMÓN CHORNET y REMIRO BROTONS; pp. 125-302; así como las contribuciones de PÉREZ GONZÁLEZ, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y CASTILLO DAUDÍ acerca de la legítima defensa y la acción del Consejo de Seguridad en la segunda guerra de Iraq en *REDI*, 2003, núm. 1.

<sup>4</sup> En unos casos siguiendo las pautas sentadas en su momento por Al Qaida, y en otras ocasiones siguiendo modelos mixtos con dosis importantes de inspiración propia (Boko Haram, Al Shabab, etc.), pero desde el estallido del conflicto sirio, obedeciendo sobre todo a los dictados de la organización terrorista Estado Islámico. Véase al respecto ANAYA LÓPEZ, V., «Cronología de los atentados terroristas tras los ataques del 11 de septiembre de 2001», en <http://www.observatoriodeconflictos.uma.es/> (consultado el 17 de julio de 2016); y <https://ourworldindata.org/terrorism/> (consultado el 13 de junio de 2016). Las víctimas de dichos atentados terroristas pertenecientes a Estados árabes, anónimas en muchos

ha trabajado tanto a nivel universal como a nivel regional para proveer a los Estados de instrumentos jurídicos más útiles y contundentes en su lucha contra una lacra escurridiza y camaleónica que ha demostrado una gran capacidad de adaptación para contrarrestar la progresiva eficacia de los medios empleados.

El papel del Derecho internacional para ordenar una cada vez más necesaria y urgente cooperación internacional a nivel político, institucional y, por supuesto, jurídico, se reclama con más fuerza y plantea algunos interrogantes cruciales adicionales a aquellos que se han venido analizando desde 2001: 1) de qué instrumentos jurídicos dispone el ordenamiento internacional en el plano universal para responder a una amenaza que presenta una profunda mutación tanto en su propia concepción como en los medios de comisión material y qué eficacia tienen estos; 2) la esterilidad del recurso sistemático de los Estados al uso de la fuerza de forma unilateral o incluso multilateral, pero con dudoso respeto de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico internacional; 3) el discutible rescate de alguna propuesta histórica como solución al actual estado de cosas; 4) qué podría añadir a esta lucha un mejor y más exhaustivo uso de los instrumentos que articulan la cooperación penal internacional y la lucha contra la criminalidad organizada y otras actividades ilícitas internacionales.

## **2. LOS CONVENIOS INTERNACIONALES UNIVERSALES EXISTENTES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: UNA APROXIMACIÓN CLÁSICA QUE CONDICIONA SU EFECTIVIDAD**

Resulta una convicción ampliamente extendida que de la misma forma que Al Qaida obtuvo su consagración mundial como grupo terrorista líder tras los ataques del 11/S y que controló durante años el mapa de ataques de este cuño a nivel mundial, sucediéndose estos en paralelo a las ocupaciones de Iraq y de Afganistán, el Daesh ha logrado no solo sustituir en el liderazgo mundial a dicha asociación criminal, retroalimentándose también en este caso de un conflicto armado como el de Siria y los vacíos de poder creados por este<sup>5</sup>, sino incluso superarla con creces, en la medida en que ha consecui-

casos e ignoradas en buena medida por los países occidentales, superan, por cierto, por cientos a las europeo-occidentales.

<sup>5</sup> Véase el retrato ofrecido por REMIRO BROTONS en relación a la situación de Afganistán en los meses previos a los atentados del 11 de septiembre de 2001 (REMIRO BROTONS, A., «Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden», *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, pp. 125 y ss., y en particular pp. 140-150), así como el Informe del Secretario General de UN sobre la situación en Afganistán y sus consecuencias para la paz y la seguridad internacionales, Doc. A/55/1028-S/2001/789. En relación al conflicto sirio y el ascenso del Daesh véase, entre otros, MARTÍN, J., *Estado Islámico. Geopolítica del caos*, Catarata, 2015. De igual forma ha de observarse la insistencia de NU sobre la relación entre ese y otros conflictos armados y el triunfo del terrorismo, y en particular del Daesh, afirmada en las Resoluciones del Consejo de Seguridad S/RES/1377 (2001), de 12 de noviembre de 2001; S/RES/1456 (2003), de 20 de enero de 2003; S/RES/1566 (2004), de 8 de octubre de 2004; Informe del Secretario General de UN sobre la ame-

do una base territorial propia en absoluto desdeñable<sup>6</sup> y en la que ha desplegado una estricta y jerarquizada organización política emulando a un Estado moderno obviamente no democrático<sup>7</sup>; se ha dotado de una población propia recurriendo incluso a tácticas que podrían considerarse como genocidas respecto de las eliminaciones en el territorio bajo su control o «territorio del Estado» ciertas minorías religiosas como la yazidí<sup>8</sup>; y se ha dotado de fuentes de financiación propias e independientes en estrecha colaboración con viejas y nuevas formas de criminalidad organizada transnacional<sup>9</sup>.

Además, el despliegue de medios técnicos del que ha hecho gala esta asociación criminal para su propaganda y su experto uso de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información (TICs) han contribuido no solo a su fortalecimiento y estabilización, sino a multiplicar el reclutamiento de terroristas. Con la llamada a la yihad global<sup>10</sup>, fenómenos como el reclutamiento pasivo, el autoadiestramiento o autorradicalización, así como la aparición de los llamados *foreign terrorist fighters*, han hecho que en toda estrategia política o jurídico-legal antiterrorista la lucha contra la radicalización y sus causas se haya convertido en un objetivo prioritario a tratar.

Pero lo cierto es que los tratados internacionales universales existentes actualmente en materia de lucha contra el terrorismo<sup>11</sup> presentan de forma

---

naza que plantea el EIII (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las NU en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/92, de 29 de enero de 2016.

<sup>6</sup> La superficie controlada por esta organización terrorista ha llegado a alcanzar los 200.000 km cuadrados, una extensión casi equivalente a la del Reino Unido [véase artículo de COCKBURN, P., «War against the Islamic State, The Independent, 20/11/2014», en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=192218> (consultado el 13 de junio de 2016)], aunque en la actualidad se encuentra mucho más reducido en virtud de la acción de la coalición internacional liderada por Estados Unidos que combate a esta organización terrorista (sobre la composición de la coalición véase la información actualizada del Departamento de Estado de Estados Unidos en <http://www.state.gov/s/sect/>). Véase igualmente COCKBURN, P., *ISIS, el Retorno de la Yihad*, Ariel, 2014.

<sup>7</sup> Véase HÉNIN, N., *Jihad Academy. Nos erreurs face à l'État islamique*, Fayard, 2015. En cuanto a cómo gobierna el grupo yihadista Estado Islámico, véase: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140908\\_estado\\_islamico\\_gobierno\\_nc](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140908_estado_islamico_gobierno_nc) (consultado el 13 de junio de 2016); IBAYAT, A., «Islam and Democracy: What is the Real Question?», *ISIM Papers*, 2007, núm. 8; NAPOLEONI, L., *El Fénix Islamista. El Estado Islámico y el Rediseño de Oriente Próximo*, Paidós, 2015.

<sup>8</sup> Véase ESPARZA, J., *Historia de la Yihad, Catorce siglos de sangre en el nombre de Alá*, La esfera de los libros, 2015.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, el secuestro, la extorsión, el contrabando, el tráfico de diversos elementos prohibidos por el Derecho internacional (sustancias prohibidas desde el punto de vista de la seguridad y fabricación de armamento y explosivos como desde el punto de vista de la salud pública, personas, armas, petróleo), pero también de otras modernas como el expolio sistemático y la destrucción o, en caso de ser posible, la venta de obras de arte y patrimonio cultural protegido.

<sup>10</sup> Acerca del concepto de yihad y su uso belicista interesado desde las facciones más extremistas de la religión islámica véase el trabajo de GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Radicales y reformistas en el Islam (sobre el uso de la violencia)», *REDI*, 2009, núm. 1, pp. 13 y ss.

<sup>11</sup> Convenio sobre las aeronaves y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio de Tokio, 1963; 185 Estados partes); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio de La Haya, 1970; 185 Estados partes) y Protocolo adicional de Beijing de 2010, aún no en vigor (siete Estados ratificantes); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de Montreal, 1971; 185 Estados partes) y su Protocolo adicional sobre la seguridad de los aeropuertos, de 1988 (171 Estados partes); Convención para la prevención y el castigo

sistemática varias limitaciones que constituyen, en nuestra opinión, un freno en su efectividad a día de hoy<sup>12</sup>.

## 2.1. Privilegiando la represión en detrimento de la prevención

La primera de las circunstancias que frenan la eficacia de los convenios universales en materia de terrorismo deviene del hecho de que estos pongan el acento en la represión del terrorismo —lo que significa una acción *ex-post*— en lugar de en la prevención, haciendo escasa o nula referencia a las causas profundas conducentes al terrorismo internacional.

Si en un principio los convenios en cuestión prácticamente no hacían mención al contexto o las causas conducentes al terrorismo internacional, dado también lo escueto de los textos y lo técnico del tratamiento de estas situaciones, en cambio sí se incluyó una cierta relación entre las ofensas terroristas y las relaciones pacíficas y cooperativas entre las naciones y los principios de la Carta de las (NU) en algunos convenios posteriores, de donde cabe deducir que a partir de aquí el objetivo genérico perseguido por estos tratados fue más amplio, incluyendo también la lucha por la erradicación de las causas subyacentes al terrorismo internacional.

Sin embargo, es muy revelador que esta referencia haya desaparecido a medida que el fenómeno terrorista se ha globalizado. Así, el Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas<sup>13</sup> ha obviado toda mención a otro tipo de medidas de acompañamiento, como también lo ha hecho el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo<sup>14</sup>; el

---

de delitos contra personas internacionalmente protegidas, 1973 (172 Estados partes); Convención internacional contra la toma de rehenes, 1979 (167 Estados partes); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, 1980 (142 Estados partes) y Protocolo de enmienda de 2005 (42 Estados partes); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988; (156 Estados partes) y su Protocolo adicional de 2005 (17 Estados partes); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, de 1988 (144 Estados partes) y su «Protocolo» adicional de 2005 (12 Estados partes); Convenio internacional sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, de 1988 (144 Estados partes); Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, de 1977 (164 Estados partes); Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999 (173 Estados partes); Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005 (71 Estados partes). Véanse todos los Convenios de NU en materia de lucha contra el terrorismo en <http://www.un.org/en/sc/ctc/laws.html> (consultado del 12 de junio de 2016). Sobre la cronología de estos, su agrupación por materias, y los acontecimientos y atentados que finalmente propiciaron su adopción véase SALINAS DE FRIAS, A., «La práctica convencional multilateral de los Estados en materia de cooperación judicial internacional contra el terrorismo», *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2006, pp. 69-105.

<sup>12</sup> Solo en el ámbito regional pueden observarse honrosas excepciones. Véanse, en este sentido, los siguientes convenios: OUA Convention on the Prevention and Combating of Terrorism, adoptada en Argelia el 14 de julio de 1999, y en vigor desde el 06 de diciembre de 2002; Council of Europe Convention on the Prevention on Terrorism, adoptada en Varsovia, el 16 de mayo de 2005, y su Protocolo adicional, adoptado en Riga el 20 de octubre de 2016.

<sup>13</sup> Véase texto en *BOE* núm. 140, de 12 de junio de 2001.

<sup>14</sup> Véase texto en *BOE* núm. 123, de 23 de mayo de 2002.

Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear<sup>15</sup>; o el citado Protocolo de Beijing de 2010, que ni en su breve Preámbulo ni en su articulado contiene referencia parecida alguna<sup>16</sup>. Y ello a pesar de que la AGNU haya establecido expresamente como el primero de sus pilares básicos en la acción contra este en su Estrategia Global contra el Terrorismo desde 2006 hasta nuestros días las «Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo»<sup>17</sup>.

Este tratamiento del problema obviando cualquier mención en este sentido es significativo y no parecería justificarse más que, si acaso y dudosamente, por el hecho de que los recientes atentados terroristas, de una gravedad y magnitud desconocida anteriormente, hayan sido reivindicados por otro tipo de grupos terroristas que nada tienen que ver con toda lucha de liberación nacional o colonial<sup>18</sup>, lo que en todo caso no es óbice para su desaparición, pues mucho tiene ello que ver con el creciente fenómeno de radicalización terrorista que se vive a nivel mundial.

Lo extraño no es solo la ausencia en sí en estos convenios, sino el mismo silencio al respecto en instrumentos posteriores a los ataques del 11/S<sup>19</sup>, cuando no solo se ha globalizado el fenómeno terrorista, sino que el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) ha actuado ya de forma sistemática, desde el establecimiento del «emirato» por los talibanes en parte

<sup>15</sup> Véase texto en *BOE* núm. 146, de 19 de junio de 2007.

<sup>16</sup> Ratificado por cierto tan solo por Países Bajos, República Checa y Suiza entre los países desarrollados, y firmado hasta ahora adicionalmente solo por Australia, España, Estados Unidos, Francia y Reino Unido. Véase: [http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing\\_Prot\\_ES.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Beijing_Prot_ES.pdf) (consultado el 3 de junio de 2016). El art. 1.f), establece que: «*Any person commits an offence if that person unlawfully and intentionally: (...) (f) uses an aircraft in service for the purpose of causing death, serious bodily injury, or serious damage to property or the environment (...)*».

<sup>17</sup> Véase Resolución de la AGNU A/RES/60/288, de 28 de septiembre de 2006, estableciendo la Estrategia global de las NU contra el terrorismo, y que se articula en cuatro pilares básicos: I. Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo; II. Medidas para prevenir y combatir el terrorismo; III. Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las NU a ese respecto; y IV. Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo. La estrategia ha sido revisada por última vez junio de 2014, manteniendo la misma estructura con los mismos pilares aunque actualizando esta e insistiendo en la acción contra nuevas formas de terrorismo o de conductas conexas y cómo abordarlas, recordando, por ejemplo, en el uso de aviones no tripulados y los efectos colaterales adversos que estos puedan tener, la radicalización y el auto adiestramiento, el uso de las nuevas tecnologías y redes sociales y la acción terrorista individualizada por los conocidos como «lobos solitarios», así como la adopción de mecanismos eficaces para luchar contra el reclutamiento de combatientes extranjeros como consecuencia del llamamiento generalizado a la yihad a nivel mundial. Véase A/RES/68/276, relativa al Examen de la Estrategia Global de las NU contra el Terrorismo, aprobada por la AGNU el 13 de junio de 2014.

<sup>18</sup> Y ello a pesar del uso interesado del Daesh en su proclamación del Califato en 2014 de su impugnación de los acuerdos Sykes-Picot como base de su acción armada por la recuperación y reunificación de un territorio, oportunista por lo demás y esgrimida tal vez a efectos de dotarse de algún tipo de legitimidad. Véase este elemento en el momento de la proclamación del Califato en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-isis-proclama-califato-islamico-nombra-califa-baghdadi-20140629202653.html> (consultado el 2 de junio de 2016).

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, en el Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear, de 2005, que obvia cualquier otro tipo de medidas de acompañamiento más allá de la pura represión.

del territorio afgano y la amenaza que ello suponía, basándose en el Capítulo VII de la Carta de UN, estableciendo a partir de entonces una relación directa entre el terrorismo y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales<sup>20</sup>.

## 2.2. Obligatoria mejora de los medios de cooperación previstos en los convenios universales

La segunda circunstancia a tomar en cuenta, y resultado directo del reiterado fracaso de las soluciones puramente represivas, es la necesidad de una cada vez mayor cooperación entre los Estados en esta materia que se constata por la globalización del fenómeno terrorista<sup>21</sup>. Evidentemente esta puede alcanzar formas muy especializadas en caso de convenios altamente técnicos donde las conductas a combatir son especialmente complejas, como es el caso del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo o el Convenio para la represión de actos de terrorismo nuclear. En cualquier caso, hay un núcleo de acciones represivas cooperativas entre las partes contratantes perfectamente identificado y consolidado, y que básicamente obligan a la armonización en la tipificación nacional de las conductas consideradas terroristas, el establecimiento de una jurisdicción amplia, un reforzamiento especial del mecanismo de la extradición y una reafirmación de la asistencia judicial en sentido amplio entre los Estados<sup>22</sup>. Puesto que el establecimiento de jurisdicción no es suficiente a fines del enjuiciamiento en los ordenamientos jurídicos internos, los convenios de ámbito universal exigen desde el primer momento la inclusión (tipificación) de las conductas listadas en ellos en los sistemas penales nacionales<sup>23</sup>, así como el establecimiento de sanciones y penas suficientemente graves y disuasorias, y el necesario enjuiciamiento con base en criterios de jurisdicción progresivamente más amplios.

Las deficiencias más significativas que se desprenden de esta forma habitual de proceder serían, en primer lugar, que los medios de cooperación previstos se centran casi exclusivamente en conductas terroristas consumadas,

<sup>20</sup> A excepción de la mención hecha por el CSNU en varias resoluciones en relación con el caso Lockerbie. Véase REMIRO BROTONS, *op. cit.*, nota 5, p. 131 y bibliografía citada al respecto de la doctrina española. Véanse también, a este particular respecto, resoluciones del CSNU S/RES/1373(2001); S/RES/1566(2004); S/RES/2178(2014); S/RES/2199(2015); S/RES/2253(2015); S/RES/2255(2015).

<sup>21</sup> Ya apuntadas por REMIRO BROTONS, *op. cit.*, nota 5, p. 170, y por FERNÁNDEZ TOMÁS, A., «El recurso al artículo quinto del Tratado de Washington tras los acontecimientos del 11 de septiembre: mucho ruido y pocas nueces», *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, pp. 205 y ss., y en particular p. 210.

<sup>22</sup> En el mismo sentido véase ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., «La “guerra contra el terrorismo”: ¿una “OPA hostil” al Derecho de la comunidad internacional?», *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, pp. 289 y ss., en particular pp. 290-91.

<sup>23</sup> Lo que se solicita de forma menos explícita en un principio y más taxativa e incluso vehemente después. Véase dicha evolución respecto de la contundencia de las medidas en las siguientes disposiciones: art. 2 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo; art. 3 del Convenio de Montreal; art. 2 del Convenio sobre la toma de rehenes; art. 3 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, art. 4 para la represión de la financiación del terrorismo y art. 5 del Convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear.

privilegiando y facilitando en lo posible la extradición, obviando la necesidad de contar con un convenio previo específico de extradición entre las partes afectadas y considerando dichos tratados como base suficiente para proceder a la misma. Además, se pasa en ellos de la obligación genérica de extraditar o juzgar a la obligación concreta de todo Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el presunto autor de la ofensa terrorista de detener al mismo o tomar las medidas necesarias para asegurar su presencia a efectos de procesamiento penal o extradición, lo que deberá ser puesto inmediatamente en conocimiento del Secretario General de UN, que lo comunicará, a su vez, al resto de las partes en el Convenio.

Esto es, en los convenios universales, a diferencia de la acción contra el terrorismo en el ámbito regional, la extradición supone el medio de cooperación preferente y casi único entre las partes contratantes<sup>24</sup>. Sin embargo, a nivel regional existen una serie de convenios específicos de asistencia judicial en materia penal en sentido amplio que, sin dejar de lado el respeto de las garantías necesarias —en particular las procesales— de aquellos afectados, tanto por la extradición como por otros mecanismos de asistencia judicial, plantean iniciativas conjuntas de extrema utilidad<sup>25</sup>.

En segundo lugar, estos convenios sugieren un enfoque clásico en materia de cooperación internacional caracterizado por dos elementos básicos: la inclusión de un listado de acciones a tipificar como ofensas terroristas en los Estados partes, y la rotunda exclusión del delito político, precisando así las obligaciones de los Estados partes al respecto que se resumen en penalizar, juzgar y, en caso contrario, extraditar (*Aut prosequit aut dedere*), dada la falta de un acuerdo internacional en una definición común de terrorismo<sup>26</sup> que tiene paralizados los trabajos en VI Comisión de la AGNU a fin de con-

<sup>24</sup> Excepción hecha de ciertas previsiones de acompañamiento en algunos convenios en relación con el respeto del art. 36 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares y de la posibilidad de que el Estado que ejerza la jurisdicción invite al CICR a ponerse en contacto o entrevistarse con la persona presuntamente responsable de una conducta terrorista.

<sup>25</sup> Tal es el caso de los siguientes convenios del Consejo de Europa: Convenio sobre asistencia mutua en materia penal, ETS núm. 30; el Protocolo Adicional al mismo, ETS núm. 99; el Segundo Protocolo Adicional, ETS núm. 182; Convenio sobre la transmisión de procedimientos penales, ETS núm. 73; el Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación de los productos del crimen, ETS núm. 141; o el Convenio sobre traslado de personas condenadas, ETS núm. 112 y su Protocolo Adicional, ETS núm. 167. O en el ámbito de la OEA la Convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal (A-55), de 1992; y su Protocolo Facultativo (A-59), de 1993. En ellos se plantea, i.a., la creación de equipos conjuntos de investigación no solo entre Estados partes en los convenios, sino también con terceros Estados que así lo deseen y que tan útiles están siendo en Europa a la hora de investigar estos crímenes.

<sup>26</sup> Como ya sucediera en época de la Sociedad de Naciones en las Convenciones de 1937 para la prevención y la represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937, y la Convención para la creación de una Corte Penal Internacional, surgidos en respuesta al asesinato del rey Alejandro de Yugoslavia y del ministro de Asuntos Exteriores francés Barthou el 9 de octubre de 1934, y en particular debido a la negativa del gobierno italiano de extraditar a los culpables. Ambas convenciones, que nunca llegaron a entrar en vigor, resultaron sin embargo determinantes con posterioridad en la forma en la que se abordó el terrorismo desde el punto de vista convencional ya en época de NU, en la medida en que los elementos fundamentales que se utilizan en ambos convenios han tenido claro reflejo en los posteriores convenios sectoriales adoptados en el seno de NU. Acerca de aquellos, véase: DONNEDIEU DE VABRES, H.,

cluid un acuerdo omnicompreensivo y con alcance universal de lucha contra el terrorismo<sup>27</sup>. Por tanto, estos convenios se centran en la fórmula del *listing*, enunciando cada una de las conductas consideradas como terroristas, y definiendo solo de forma sectorial, parcelada e indirecta el terrorismo en sí, mediante un listado vivo que se completa y actualiza continuamente.

Pero lo cierto es que este enfoque no acaba de ofrecer mecanismos eficaces de lucha contra un modelo de terrorismo diferente a aquel para el que fueron concebidos. Así, en ese listado acumulativo se echa manifiestamente en falta, por ejemplo, la inclusión de actos preparatorios previos necesarios para la culminación de un ataque terrorista, tales como el reclutamiento, el entrenamiento o la incitación pública (apología) a cometer actos terroristas<sup>28</sup>. Además, resulta que, si bien muchos de los antiguos modos de comisión siguen siendo utilizados por el nuevo terrorismo del siglo XXI, en especial por el terrorismo yihadista<sup>29</sup>, lo cierto es que los modos de comisión reiteradamente utilizados por este nuevo terrorismo en ocasiones poco o nada tienen que ver con los previstos en dichos convenios, en particular en aquello que hace a las nuevas formas de reclutamiento pasivo, la radicalización y los nuevos modos de financiación.

«La répression internationale du terrorisme. Les Conventions de Genève (16 novembre 1937)», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, 1938, pp. 37-74.

<sup>27</sup> La Resolución de la AGNU 51/210, de 17 de diciembre de 1996, estableció un Comité *Ad Hoc* encargado de negociar y acordar los términos de un Convenio omnicompreensivo en materia de lucha contra el terrorismo que, sin embargo, permanece bloqueado ante el desacuerdo de dos bloques de países en cuanto a la definición de terrorismo, no tanto en los comportamientos comprendidos dentro de este término, sino en cuanto a quiénes pueden perpetrarlos, no estando clara la diferencia entre aquellos actos cometidos por las fuerzas armadas de un Estado y por los llamados movimientos de liberación nacional, o lo que es lo mismo, terrorismo de Estado *versus* derecho de autodeterminación de los pueblos. Véase, al respecto, KLEIN, P., *Le droit international à la épreuve du terrorisme*, 321 RCADI (2006), pp. 203 y ss., en particular pp. 242-243. Y en la doctrina española JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Derecho Internacional Penal y Terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en [https://www.google.es/search?q=Derecho+internacional+penal+y+terrorismo+Francisco+Jimenez&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gfe\\_rd=cr&ei=Aw6TV570Gq6x8wewyImgCg](https://www.google.es/search?q=Derecho+internacional+penal+y+terrorismo+Francisco+Jimenez&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b&gfe_rd=cr&ei=Aw6TV570Gq6x8wewyImgCg) (última consulta 18 de junio de 2016).

<sup>28</sup> Paliado solo por iniciativas regionales convencionales, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa de Prevención del Terrorismo, ETS núm. 196, de 16 de mayo 2005, y no convencionales, como la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de la UE, *DOUE* L de 9 de diciembre de 2008, modificando la Decisión marco previa del Consejo en materia de terrorismo de 2002 (2002/475/JAI, *DOUE* L 164, de 22 de junio de 2002). Sobre la génesis del Convenio véase BENÍTEZ, R. A., «Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa, 7 reei (2003)», en <http://www.reei.org/index.php/revista/num7/articulos/nuevo-convenio-anti-terrorista-para-europa> (consultada el 13 de junio de 2016); HUNT, A., «The Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism», *European Public Law*, 2006-4, pp. 603 y ss.; KOLB, M.: *The European Union and the Council of Europe*, Viena, Palgrave MacMillan, 2013, pp. 87 y ss.; SALINAS DE FRÍAS, A., «La obra convencional del Consejo de Europa en la prevención y lucha contra el terrorismo internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, 2009, pp. 435 y ss., p. 453. Véase igualmente el Convenio de la OUA: OAU Convention on the Prevention and Combating of Terrorism, de 1 de julio de 1999, en <http://www.au.int/en/treaties/oau-convention-prevention-and-combating-terrorism>, y comentario de SOLOMON, H., *Responding to Terror: An Assessment of the African Union Counter-Terrorism Strategies*, Palgrave Macmillan, 2015.

<sup>29</sup> Como es el caso de los atentados contra la seguridad de la navegación aérea del que la explosión en vuelo del avión ruso en Sharm El Sheikk, Egipto, hace menos de un año, con la cifra de 224 víctimas y reivindicado por el *Daesh* en 2015, es un triste ejemplo.

Ello revela no solo la insuficiencia de la regulación universal existente, sino también nuevos problemas en el ejercicio de la cooperación internacional tradicionalmente prevista a estos efectos, en particular respecto del terrorismo islámico. Y pese al eco que de esta preocupación se han hecho tanto la AGNU como el propio CSNU, no parece que a corto plazo se vayan a explorar soluciones universales eficaces más allá de lo hasta aquí conseguido<sup>30</sup>.

Especialmente significativo resulta al respecto la falta de acción ante la contundente petición de NU a los Estados de cooperar para frenar el fenómeno del reclutamiento de combatientes extranjeros que alimenta las filas del Daesh<sup>31</sup>, fenómeno íntimamente ligado a la radicalización, y que de momento solo ha recibido respuesta a nivel regional<sup>32</sup>, pero no universal. Del mismo modo cabe destacar la falta de acción de los Estados en relación con la preocupación manifestada también por la Organización internacional respecto de ciertos modos y medios utilizados para combatir al terrorismo y su compatibilidad con ciertos principios básicos del ordenamiento internacional<sup>33</sup>, o del estancamiento de ciertos conflictos armados que alimentan el crecimiento de la militancia en ciertos grupos terroristas como es el caso del conflicto sirio y el Daesh<sup>34</sup>, lo que nos conduce al siguiente punto.

### **2.3. El necesario tratamiento preferente de la lucha contra la radicalización ausente en los convenios universales**

La tercera circunstancia la constituye sin duda la ausencia de mención del fenómeno de la radicalización y su innegable influencia sobre el actual terrorismo internacional. Y es que durante mucho tiempo se entendió que

<sup>30</sup> Acerca de la naturaleza excepcionalmente peligrosa del grupo terrorista Daesh y de su consideración como amenaza sin precedentes véase el preámbulo de la Resolución S/RES/2249 (2015); Informe del Secretario General sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, de 29 de enero de 2016, S/2016/92 (en particular parr. 13), realizado en cumplimiento de la Resolución UNSC 2253(2015) de 17 de diciembre de 2015, parr. 97, e igualmente Informe del Secretario General sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/501, de 31 de mayo de 2016, parr. 7.

<sup>31</sup> Véanse Resoluciones del Consejo de Seguridad S/RES/2170(2014), de 15 de agosto de 2014 y, en particular, S/RES/2178(2014), de 24 de septiembre de 2014.

<sup>32</sup> Véase al respecto el Protocolo adicional a la Convención de Prevención del Terrorismo del Consejo de Europa, ETS núm. 217, de 22 de octubre de 2015.

<sup>33</sup> Véase al respecto la Resolución de la AGNU A/RES/68/276, que específicamente: «Insta a los Estados miembros a que se aseguren, al adoptar cualquier medida o utilizar cualquier medio contra el terrorismo, incluido el uso de aeronaves teledirigidas, de cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho internacional [...] en particular los principios de distinción y proporcionalidad». Resolución 68/276, de 13 de junio de 2014, sobre el Examen de la Estrategia Global de las NU contra el Terrorismo, parr. 13. Véase GÓMEZ ISA, F., «Los ataques armados con drones en Derecho internacional», *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 61-92.

<sup>34</sup> Véanse, entre otras, las resoluciones del CSNU S/RES/1377 (2001), de 12 de noviembre de 2001; S/RES/1456 (2003), de 20 de enero de 2003; S/RES/1566 (2004), de 8 de octubre de 2004; y S/RES/2249(2015).

tal mención podría suponer una justificación del mismo. Dada la naturaleza del actual terrorismo internacional, no solo los sucesivos relatores especiales de NU en materia de lucha contra el terrorismo y protección simultánea de los derechos humanos han desautorizado esta visión, pues nada impide que una investigación científica seria en las causas de la radicalización terrorista pueda ir acompañada de una clara repulsa de dichas acciones<sup>35</sup>, sino que los Estados a título individual han expuesto su preocupación por la forma en que las narrativas extremistas de corte político y religioso elaboradas por organizaciones terroristas y simpatizantes, en particular en el caso del terrorismo nacido del fundamentalismo islámico, pueden ser contrarrestadas, considerando esta tarea de importancia crítica<sup>36</sup>. Este enfoque guarda además una estrecha relación con las causas profundas del terrorismo internacional, mal o escasamente tratadas en dichos instrumentos convencionales internacionales como se ha visto, y que mucho tienen que ver con el incumplimiento por parte de los Estados, entre otras, de las obligaciones asumidas en virtud de su participación en tratados de derechos humanos de protección de derechos humanos en general, y de derechos económicos, sociales y culturales en particular<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Véase SCHEININ, M., First Report, Doc. E/CN.4/2006/98, 205, p. 20, párr. 65.

<sup>36</sup> Resulta llamativa la posición actual de especialistas en el Reino Unido a este respecto, por la tendencia de dicho país a posiciones opuestas en el pasado, situando el estudio y la búsqueda de soluciones a la radicalización en el centro de la lucha contra el terrorismo, lo que supone un cambio de paradigma importante, no solo al pasar de la preocupación por la represión a la preocupación también por la prevención, sino incluso por adoptar una perspectiva no estrictamente securitaria sino que toma en cuenta adicionalmente el contexto sociológico y económico. Véase al respecto, entre otras muchas, STAINFORTH, A., *Preventing Terrorism and Violent Extremism*, Oxford, Oxford University Press, 2014; NORWEGIAN MINISTRY OF JUSTICE AND PUBLIC SECURITY, *Action Plan against Radicalisation and Violent Extremism*, p. 23 y ss.; INSTITUTE FOR STRATEGIC DIALOGUE, *European Counter-Radicalisation and De-radicalisation: A Comparative Evaluation of Approaches in the Netherlands, Sweden, Denmark and Germany*, 2005; Council of Europe Action Plan to combat extremism and radicalization leading to terrorism, SG/Inf(2015)11 Rev., en particular p. 6. Véase igualmente AWAN, I. y BLAKEMORE, B. (eds.), *Extremism, Counter-Terrorism and Policing*, Ashgate, 2013.

<sup>37</sup> Además de las referencias genéricas al respecto que tanto la AGNU como el CSNU vienen haciendo de forma sistemática en sus resoluciones desde 2001, y en particular desde la adopción por parte de la AGNU de la Estrategia Global contra el Terrorismo, otras instancias de esta organización han insistido también en la relación directa entre la protección, promoción y mejora de los derechos económicos, sociales y culturales de ciertas poblaciones y la eficacia de la lucha contra el terrorismo. Destacan al respecto, además de las ya mencionadas afirmaciones del Relator especial en la materia M. Scheinin (también en relación con la discriminación en el disfrute de dichos derechos y el riesgo de radicalización: Doc. A/HRC/4/26, de 29 de enero de 2007, párrs. 38, 40 y 49), las realizadas en el mismo sentido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de UN en su Observación General núm. 20, Doc. E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009, sobre «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales»; y en su Observación General núm. 21, Doc. E/C.12/GC/21, de 21 de diciembre de 2009, sobre el «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural», en particular párrs. 32-35, relativos a las minorías y los inmigrantes; o por el Consejo de Derechos Humanos de NU, Resolución 7/7, de 27 de marzo de 2008, párrs. 6,7; Resolución 10/15, de 26 de marzo de 2009, párr. 6; y Resolución 13/26, de 15 de abril de 2010, párrs. 5-6.

Especialmente significativo al respecto son las afirmaciones de la CIJ en su opinión consultiva acerca de las consecuencias de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, relativas a que la forma en que las autoridades israelíes ejercen su control sobre los pasos a lo largo del muro afecta negativamente al acceso de estos a la educación, al impedir en muchas ocasiones el acceso de los niños palestinos a las instituciones educativas o la movilidad de los profesores; a los servicios

Y es que sean cuales fueren las causas profundas que muevan los resortes internos de la persona para caer en la radicalización, y en otro orden de consideraciones, lo cierto es que sus posibilidades de materialización se han visto magnificadas en confluencia con las TICs. Tal vez por eso deba valorarse muy positivamente su concreción en el ámbito europeo, que se ha producido mediante un instrumento singular, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Cibercriminalidad<sup>38</sup> relativo a la penalización de actos de naturaleza racista o xenófoba perpetrados mediante sistemas informáticos<sup>39</sup>. El convenio se ciñe, conforme a los propósitos establecidos en su art. 1, a las definiciones ofrecidas en su art. 2, a la obligación de criminalización de la difusión, distribución o cualquier otra forma de puesta a disposición pública mediante sistemas informáticos, de material escrito, imágenes, representaciones en sentido amplio de ideas o teorías que defiendan, promuevan o inciten al odio, la discriminación o la violencia contra personas individual o colectivamente consideradas, basadas en la raza, color, descendencia u origen étnico o nacional o la religión. Este instrumento podría ser especialmente útil no solo para combatir el terrorismo yihadista, sino también el practicado por otros individuos de ideología extremista<sup>40</sup>. Y aún en el actual escenario de terrorismo yihadista, donde la invitación a la guerra santa no deja de ser una llamada al odio generalizado a todo aquel que no pertenezca a esa forma extrema de

de salud, así como otros servicios sociales y el acceso al desarrollo de su actividad laboral cuando esta depende del paso al otro lado del muro. El resultado que todo ello ha provocado ha sido un efecto socio-económico devastador en estas comunidades (véanse párrs. 130-134).

Y aún más significativos al respecto resultan los detallados datos ofrecidos al respecto por el Relator especial Scheinin en su Informe relativo a su visita a los territorios palestinos ocupados, en el que resalta, entre otros muchos elementos, el hecho de que la forma en que las autoridades israelíes ejercen su control sobre los pasos a lo largo del muro afecta negativamente al acceso de las mujeres a los servicios de salud, incluidos los servicios de urgencia, donde destacan los partos habidos en los *check-points* sin asistencia médica, con serios riesgos para las madres y los nacidos y con la muerte de un número significativo de mujeres como consecuencia de las largas colas de espera para atravesar los puntos de control y de la falta de asistencia médica en tales momentos; así como el acceso ordinario de los palestinos a sus tierras de cultivo, impidiéndoles el uso o traslado de maquinaria pesada, la contratación de peones para trabajar las tierras, o la obstaculización sistemática del acceso al agua, todas ellas razones por las cuales muchas tierras de cultivo, que constituían el soporte económico de una o varias familias, han sido abandonadas. Véase Informe del Relator especial Scheinin, Doc. A/HCR/6/17/Add.4), que concluye afirmando que «[...] *the barrier and its associates effects continue to cause violation of economic, social and cultural rights, and that it is experienced by Palestinians as unlawful, destructive to normal human life, and humiliating [...]*» y que, por tanto, «[...] *as a consequence, we must consider that the barrier has a counterproductive effect by contributing to conditions that are conducive to the recruitment to and the spread of terrorism [...]*» (véase párr. 43 del documento citado).

<sup>38</sup> Véase *Convention on Cybercrime*, ETS núm. 185, hecha en Budapest el 23 de noviembre de 2001, ratificada masivamente por los Estados miembros, con las excepciones, en lo que hace a miembros de la UE, de Grecia, Irlanda y Suecia, pero con la participación de terceros Estados no miembros del CoE como Australia, Canadá, República Dominicana, Israel, Japón, Mauricio, Panamá, Sri Lanka y Estados Unidos.

<sup>39</sup> Véase Protocolo Adicional al referido Convenio contra la Cibercriminalidad (ETS núm. 189), hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, en el que hay bastantes más ausencias de Estados miembros del CoE y de la UE, destacando al respecto, por los recientes y graves atentados sufridos y por la radicalización que los mismos han puesto de manifiesto en ciertas áreas metropolitanas, la falta de ratificación de Bélgica, pero también de Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Suecia o el Reino Unido.

<sup>40</sup> Como fue notablemente el caso del atentado en Oslo y la matanza de jóvenes en Utoya en 2011.

entender la religión islámica —véanse si no los atentados contra la revista Charlie Hebdo, de 7 de enero de 2015—, y la vocación de radicalización que persigue la suma de adeptos a la causa no deja de basarse en el odio a personas o colectivos por las razones expuestas en el Convenio de Budapest, como lo demuestra, entre otros, el ataque en el museo judío de Bruselas de 24 de mayo de 2014, o el ataque al supermercado kosher en París el 9 de enero de 2015<sup>41</sup>.

### 3. LA RELATIVA/ABSOLUTA ESTERILIDAD DEL RECURSO SISTEMÁTICO DE LOS ESTADOS A LA FUERZA Y SUS CONSECUENCIAS EN LOS PILARES BÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

De acuerdo con todos los precedentes hasta aquí acumulados en relación con los ataques terroristas de nuevo cuño, la opción al parecer preferida por los Estados a la hora de combatir el terrorismo internacional, incluido el caso sin duda peculiar del Daesh, es el recurso sistemático al uso de la fuerza. Y ello con todo lo que tal respuesta implica, como es bien sabido.

En primer lugar, la atribución de responsabilidad internacional a actores no estatales considerados sujetos de la conducta ilícita que motiva el uso de la fuerza defensiva, y que difícilmente encajan ni en el esquema de responsabilidad internacional perfeñado en el proyecto de artículos de la CDI<sup>42</sup>, ni en la jurisprudencia de la CIJ<sup>43</sup>. A pesar de su impugnación *de facto* por algunos Estados este proyecto constituye, quiérase o no, la única directriz existente en el Derecho internacional contemporáneo tanto para los Estados

<sup>41</sup> En este sentido el TEDH ha tenido ya ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre los límites a la libertad de expresión cuando esta puede devenir en lo que ha dado en llamarse el «discurso del odio» o la incitación al odio, al racismo y a la discriminación, y ha desechado directamente como incompatible con las bases mismas del CEDH un gobierno basado en la *sharia*. Véase asunto *Kasy-makhunov and Saybatalov v. Russia*, Application nos. 26261/05 and 26377/06, de 14 de marzo de 2013.

<sup>42</sup> Véase la imposible aplicación ni del art. 8 del Proyecto de artículos de la CDI en la materia, relativo al comportamiento de individuos o grupos que actúan de facto en nombre del Estado, bajo la dirección o control de este; ni del art. 9 del mismo Proyecto, relativo al comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales, pues aunque pudiera llegar a aceptarse que se trate de un grupo de personas que ejerce de hecho funciones de poder público, por ser un territorio fuera de control por parte del Estado territorial como consecuencia del existente conflicto armado interno, ello equivaldría en la práctica a aceptar la consolidación de situaciones territoriales alcanzadas mediante el uso de la fuerza armada, al constituir el Daesh en todo caso una de las partes opuestas en el conflicto, aunque se procede a hacer una diferencia aclaratoria de forma sistemática por razones evidentes, entre la oposición al régimen sirio surgida al calor de los hechos que motivaron la represión de este gobierno que genera dicho conflicto interno y el Daesh, como organización terrorista; y además porque en ningún caso podría entenderse que la actuación del Daesh se produzca en circunstancias tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones; y por último porque, como se ha dicho anteriormente, el Daesh no ha pretendido en ningún momento presentarse como un movimiento de liberación nacional, pese a la utilización en la proclamación del califato del argumento de la denuncia de los acuerdos Sykes-Picott.

<sup>43</sup> Véanse las afirmaciones claras y contundentes de la CIJ tanto en el asunto contencioso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *ICJ Reports*, 1986, par: 195, como en la opinión consultiva respecto de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados, *ICJ Reports*, 2004, párrs. 139 y 142, entre otros asuntos.

como para los órganos de dicho ordenamiento encargados de decidir sobre la concurrencia de dicha responsabilidad internacional. Y esta respuesta armada supuestamente «defensiva», en la medida en que obliga a interpretaciones «anti-natura» de las disposiciones correspondientes a la atribución de la conducta en cuestión que se encuentra en la base del ilícito internacional que legitima finalmente el uso de la fuerza<sup>44</sup>, no supone sino un retroceso<sup>45</sup> y un recurso a contramedidas o represalias consistentes en el uso de la fuerza armada prohibidas por el Derecho internacional<sup>46</sup>.

Y es que, en segundo lugar, seguimos asistiendo a una interpretación aberrante del concepto de legítima defensa, hecho que resulta particularmente

<sup>44</sup> Y que, conforme a la interpretación hasta aquí aceptada del art. 51 de la CNU, han de provenir de un ejército regular de un Estado o de un grupo que un Estado de forma oficiosa envía a actuar contra otro o de alguna manera controla (art. 8 del Proyecto de artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Doc. UN A/56/10), siendo posible considerar todo aquello que exceda de esa definición como un acto de agresión armada prohibido por el ordenamiento internacional, conforme a la definición del crimen de agresión acordada en la Resolución de la AGNU 3314 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974, sobre la definición de la agresión, art. 3.

<sup>45</sup> Véanse CARRILLO SALCEDO, J. A. y FROWEIN, E., *Les aspects juridiques du terrorisme international/ The Legal Aspects of International Terrorism*, Dordrecht, Maritnus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 55-96; REMIRO BROTONS, *op. cit.*, nota 6, p. 157; ALCAIDE FERNÁNDEZ, *op. cit.*, nota 22, p. 300; CASSESE, A., «Terrorism is Also a Disrupting some Crucial Legal Categories of International Law», *EJIL*, 2001, pp. 993-1001, en particular véanse pp. 994-995; GONZÁLEZ VEGA, J., «Los atentados del 11 de septiembre, la operación “Libertad Duradera” y el derecho de legítima defensa», *REDI*, 2001, núms. 1 y 2, pp. 247 y ss.; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Algunas reflexiones en torno a la legítima defensa», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, pp. 292 y ss. Sorprende en este sentido la resolución del IDI 10A, de 27 de octubre de 2007, adoptada en la sesión de Santiago de Chile, relativa a «Present Problems of the Use of Armed Force in international Law. A Self-defence», cuando, pese a recordar en su punto 6 que «*There is no basis in international law for the doctrines of “preventive” self-defence*», sin embargo, afirma previamente de forma más que ambigua en su punto 3 que: «*The right of self-defence arises for the target State in case of an actual or manifestly imminent armed attack [...]*», continuando en su punto 5 con los requisitos para dicha posible acción en legítima defensa, además de la necesidad y proporcionalidad exigidas por la Carta: «*An armed attack triggering the right of self-defence must be of a certain degree of gravity*». Y lo deja aún más claro cuando en su parte final se centra en los posibles ataques perpetrados por parte de actores no estatales, afirmando rotundamente que: «*In the event of an armed attack against a State by non-State actors, Article 51 of the Charter as supplemented by customary international law applies as a matter of principle [...] ii. If an armed attack by non-State actors is launched from an area beyond the jurisdiction of any State, the target State may exercise its right of self-defence in that area against those non-State actors*». Pero eso es decir mucho, pues en nuestra opinión no podría entenderse que estamos, en el actual conflicto con el Daesh, ante un caso de uso de la fuerza contra un *non-state actor* cuyo territorio se encuentra más allá de la jurisdicción de un Estado, salvo que decidamos aceptar que la situación de pérdida de control sobre un porción de su territorio por parte de un Estado como resultado del uso ilegal de la fuerza armada permite la consolidación del mismo a favor de dicho actor no estatal, esto es, dando al traste no solo con los conceptos de legítima defensa y sistema de seguridad colectiva, sino los principios básicos sobre los que se fundamenta el actual orden jurídico internacional y con la norma de *ius cogens* que prohíbe el uso de la fuerza con carácter absoluto y cuya única excepción, la legítima defensa, debe quedar sometida a interpretación restrictiva.

<sup>46</sup> Véase REMIRO BROTONS, *op. cit.*, nota 5, pp. 157-158; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A., «El elemento objetivo de la responsabilidad internacional por la violación de la obligación de abstenerse de recurrir a la fuerza», en *La responsabilidad internacional, Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, 1990, p. 279; CONDORELLI, L., «Les attentats du 11 septembre et leur suites. Où va le Droit international?», *RGDIP*, 2001, p. 840.

llamativo en el caso del Daesh que, a diferencia de Al Qaeda —de la que se presumía disfrutar de un apoyo del régimen talibán (en todo caso ilegal y prácticamente no reconocido) como gobierno de un país que, por derivación, amparaba y respaldaba a una organización terrorista— esta es una organización terrorista que controla un territorio que afecta a dos Estados. Ahora bien, solo uno de ellos ha solicitado formalmente auxilio de otros Estados a fin de eliminar de su territorio dicho grupo terrorista y recuperar su integridad territorial, constituyendo este el origen de la conocida coalición internacional que bombardea la zona<sup>47</sup>. El otro Estado, sin embargo, se encuentra sumido en un conflicto armado interno, y si bien se ha sospechado si no su colaboración, sí cierta aquiescencia inicial a las acciones desarrolladas en una parte de su territorio por parte del Daesh, se trata en de un territorio que en todo caso no controlaba como consecuencia de dicho conflicto armado interno, y sobre el que no ha autorizado uso alguno de la fuerza, ni el Consejo de Seguridad ha logrado un acuerdo. Al contrario, su reacción se ha limitado a invitar a un Estado en concreto a venir en su auxilio y a contribuir con sus fuerzas armadas a la defensa de su territorio<sup>48</sup>. Lo que es válido para Irak desde el punto de vista del Derecho internacional ha de serlo —nos guste más o menos— también para Siria.

Sin embargo, el CSNU ha cedido a la presión de la coalición internacional para, en una resolución diplomática y calculadamente ambigua, sin mencionar expresamente la autorización del uso de la fuerza con base en el capítulo VII de la Carta, permitir la intervención armada también en el territorio sirio como consecuencia de la importancia de la amenaza que Daesh supone para la comunidad internacional. Y en ambos casos se ha recurrido abusivamente al concepto de legítima defensa, única justificación legal posible del uso de la fuerza conforme a la CNU, que ha sido utilizado tanto por la coalición internacional en un supuesto ejercicio colectivo de legítima defensa, como por parte de Estados individualmente —con especial significación Francia en sus

<sup>47</sup> De conformidad con lo establecido en el art. 51 de la CNU y el art. 21 del proyecto de artículos de la CDI, y recordado en el punto 8 de la citada Resolución del IDI 10A de 2007. La llamada coalición internacional contra el Daesh está formada por 63 países, entre ellos, España, y liderada por Estados Unidos, cuyo Congreso aprobó el 19 de septiembre de 2014 la propuesta del presidente Obama de armar al ejército sirio, iniciando así la implicación de este Estado en el conflicto sirio, así como de bombardear al Daesh, responsable en los días inmediatamente anteriores de la decapitación de dos periodistas de nacionalidad norteamericana y de un británico. Las acciones armadas no se limitaron solo a territorio iraquí, sino que cubrieron igualmente territorio sirio bajo control del Daesh, al margen de cualquier pronunciamiento por parte del CSNU, simplemente soportada por el gobierno de Bashar Al Asad y bajo estricto control ruso, hasta que finalmente la Federación Rusa decidió, a petición del gobierno sirio, entrar también en el conflicto, bombardeando junto al ejército sirio posiciones básicamente de la oposición al régimen de Al Asad, no tanto del Daesh, iniciándose dichas acciones el 6 de octubre de 2015. Así se consagraba el papel del Consejo de Seguridad de convidado de piedra, que solo en diciembre de 2015, y sin hacer mención al capítulo VII de la CNU, condonó *a posteriori* los bombardeos en curso sobre territorio sirio, de dudosa o nula legalidad, mediante un llamamiento a la cooperación internacional para acabar con la amenaza que la consolidación y acción del Daesh en territorio iraquí y sirio supone para el conjunto de la Comunidad internacional. Véase la Resolución del CSNU S/RES/2249 (2015), de 20 de noviembre.

<sup>48</sup> Tal y como recuerda el punto 8 de la citada Resolución 10A del IDI de 2007.

bombardeos de septiembre de 2015—, alegando que el territorio sirio controlado por el Daesh sirve de base para preparar atentados, y haciendo por este medio y de forma indirecta al Estado sirio responsable de los mismos. Este argumento es equivalente al utilizado contra Al Qaeda en su momento, pero con un pequeño matiz: la existencia de un conflicto armado en ese territorio y la falta de control por parte del Estado territorial de dicho espacio geográfico, que le pertenece.

Pero además, el efecto colateral de dicho abuso no es otro que el debilitamiento del ya maltrecho sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta y su deslegitimación<sup>49</sup>, así como un nuevo retroceso que nos devuelve a las discusiones habidas en su momento respecto de la respuesta armada ofrecida por la coalición internacional del momento —Estados Unidos, Reino Unido y España— en 2001 y 2003, y que reaparecen como fantasmas tras los recientes ataques de París, cuando el primer ministro francés y el propio presidente de la República no dudaron —al más puro estilo George W. Bush— en declarar la existencia de un estado de guerra contra el terrorismo internacional<sup>50</sup>, un desafortunado y pernicioso *dejà vu* que no solo no hace precisamente avanzar al Derecho internacional, sino que ofrece argumentos a la propaganda terrorista y ayuda a su causa del reclutamiento de afines.

#### 4. ¿AL RESCATE DE PROPUESTAS DEL PASADO O DE OPORTUNIDADES PERDIDAS?

El 30 de septiembre de 2015 el gobierno español junto con el gobierno rumano, presentaban a un grupo de Estados, en la sede de la representación permanente del primero ante las Naciones Unidas en Nueva York, un incipiente proyecto para su discusión antes de su presentación oficial ante el CSNU prevista para el otoño de 2016 sobre la creación de una Corte Internacional para enjuiciar crímenes de terrorismo<sup>51</sup>.

El objetivo, conforme a esta iniciativa conjunta rumano-española, sería acabar con la impunidad de aquellos individuos que cometen crímenes de terrorismo internacional mediante la creación de un Tribunal Internacional contra el Terrorismo, cuya competencia sería, al igual que la Corte Penal Internacional (CPI), complementaria de las jurisdicciones nacionales. Se concebiría, pues, como un tribunal encargado de juzgar dichos crímenes cuando los Estados no quieran o no puedan —«*unable or unwilling*», términos amplios e indefinidos bien conocidos ya en la teoría y en la práctica forense del

<sup>49</sup> Véase por todos REMIRO BROTONS, *op. cit.*, nota 5, p. 155.

<sup>50</sup> Véanse declaraciones en <http://www.elmundo.es/internacional/2015/11/14/5647073022601d152e8b45fe.html> (última consulta 20 de julio de 2016).

<sup>51</sup> Un tribunal internacional para el terrorismo: España y Rumania. Véase, en el caso de España, [http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Paginas/Noticias/20150930\\_MINISTERIO3.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Paginas/Noticias/20150930_MINISTERIO3.aspx) (última consulta 5 de julio de 2016); y por parte de Rumanía: <https://www.mae.ro/en/node/31628> (última consulta 5 de julio de 2016).

Derecho internacional, tanto histórico como contemporáneo— proceder a su enjuiciamiento. Esto es, un tribunal internacional en principio de ámbito universal pero especializado en un solo crimen, el terrorismo internacional, y establecido mediante resolución del CSNU, a semejanza de los tribunales penales *ad hoc* ya establecidos con anterioridad como los clásicos de la antigua Yugoslavia y Ruanda<sup>52</sup>.

Esta propuesta plantea no pocos interrogantes. Uno, sin duda, sería su competencia *ratione materiae*, dada la inexistencia de una definición consensuada de terrorismo a nivel internacional, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, y la inadecuación de la técnica del *listing*, usada en los convenios internacionales, para una tipificación penal semejante, aún más tratándose del único delito/crimen competencia de este nuevo Tribunal, conforme a lo establecido en esta propuesta preliminar. Y ello, entre otras razones, porque ese listado cambia conforme el fenómeno terrorista lo hace. Baste recordar de nuevo la reciente tipificación convencional del adiestramiento pasivo o del desplazamiento a fin de colaborar de alguna manera con una organización terrorista, aparecidos como consecuencia del alarmante reclutamiento masivo de terroristas combatientes extranjeros. A ello deben añadirse las nuevas preocupaciones que no constituían, en el momento de su adopción, objeto de atención por parte de los instrumentos convencionales que luchan contra la cibercriminalidad, en un principio preocupados por el uso de la TICs a fines de atacar infraestructuras críticas del Estado, o a efectos de realizar transacciones financieras que de alguna manera sirvieran de soporte para organizaciones terroristas<sup>53</sup>. Sin haber decaído dichas preocupaciones, a estas se han añadido otras nuevas tales como el uso de las redes sociales con fines de radicalización o el almacenamiento de datos en la nube (*icloud*), que se han convertido en una prioridad<sup>54</sup>. Sería difícil concebir un Estatuto de un Tribunal internacional creado mediante una resolución del CSNU cuya competencia tuviese que ser enmendada periódicamente conforme el listado de conductas se actualizase, se entiende que mediante la adopción de una nueva resolución de dicho órgano al efecto.

La falta de definición que sustenta su tipificación ya de entrada parece un obstáculo importante. Ello sin mencionar los inconvenientes que su creación puede plantear si esta se materializa por medio de la adopción de una resolución del CSNU, y que ya se discutieron con ocasión de la creación de los mencionados tribunales penales *ad hoc*, razón por la cual esta vía no

<sup>52</sup> En el caso de la antigua Yugoslavia véase Resolución estableciendo «un Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las serias violaciones de Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la *ex*-Yugoslavia desde 1991», S/RES/808 (1993), de 22 de febrero de 1993; y en el caso de Ruanda véase Resolución CSNU S/RES/ 955 (1994), de 8 de noviembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda.

<sup>53</sup> Véase Council of Europe, *Cyberterrorism: the use of the internet for terrorist purposes*, Estrasburgo, 2008, informe preliminar.

<sup>54</sup> Véase Criminal Justice Access to Data in the Cloud: challenges, en <http://www.coe.int/en/web/cybercrime> (última consulta 15 de julio de 2016).

parece ser la forma más adecuada para su puesta en funcionamiento. Ello es así en particular si lo que se pretende es el respaldo de un gran consenso de la comunidad internacional, dado el carácter eminentemente restringido del órgano que lo crearía y de la necesidad de que este ejerciera de nuevo una competencia cuasi legislativa, con las críticas que ello ha supuesto ya en relación a otras actuaciones de tipo normativo del CSNU<sup>55</sup>.

En todo caso, y frente a la lenta «cochura» de un instrumento internacional convencional que, además, podría ser personalizado por los Estados por medio de declaraciones o reservas, y que solo podría enjuiciar situaciones que tengan lugar una vez entrado este en vigor, una resolución del CSNU tendría la virtualidad de establecer una competencia de carácter retroactivo que permitiese el enjuiciamiento de actos terroristas cometidos con anterioridad, como ya ha sido el caso. Esto es, existirían también interrogantes respecto de la competencia *ratione temporis* de este nuevo Tribunal. En este sentido, la propuesta hispano-rumana parece decantarse por una insólita fórmula intermedia o híbrida, que supondría la adopción de una resolución del CSNU creando dicho tribunal con una duración máxima de 10 años, plazo durante el cual los Estados se comprometerían a abrir a la firma dicho Estatuto transformándolo en una convención internacional posteriormente<sup>56</sup>.

Por otro lado, la tipificación del crimen de terrorismo, objeto único de la competencia de tal Tribunal, exigiría la delimitación de sus elementos, algo que en principio, y en caso de actos terroristas cometidos en el marco de un conflicto armado, ya encontrarían acomodo en el DIH mediante los tipos penales de crimen de guerra o, en su caso, crimen de lesa humanidad<sup>57</sup>, quedando además incorporados automáticamente en la competencia de la ya existente CPI<sup>58</sup>. Por tanto habría que entender que este nuevo Tribunal internacional tendría únicamente competencia para conocer de acciones o conductas tipificadas en su estatuto como crimen de terrorismo cometidas en tiempos de paz y no en el marco de un conflicto armado, por innecesario en el segundo

<sup>55</sup> Véase ARANGIO RUIZ, G., «On the Security Council's "Law Making", *RDI*, 2000, pp. 609-725; GUTIÉRREZ ESPADA, C., «No cesaréis de citarnos leyes viendo que ceñimos la espada? (a propósito del 11-S)», *ADI*, 2001, p. 29; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «El Consejo de Seguridad en la guerra contra Irak ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?», *REDI*, 2003, núm. 1, pp. 205-222.

<sup>56</sup> La propuesta, que aún no ha sido oficialmente presentada, ha sido expuesta en el Club de Madrid por el Ministro de Asuntos Exteriores de Rumanía. Véase <https://www.mae.ro/en/node/34450> (última consulta 10 de julio de 2016).

<sup>57</sup> Los Convenios de Ginebra reaccionan ante los actos de terrorismo en dos situaciones diferentes. En el caso de los conflictos armados internacionales, el art. 33 del IV Convenio y en particular el art. 51.2 del Protocolo I, prohíbe los ataques contra la población civil, los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil, prohibiéndose en el art. 37 del mismo los llamados actos de perfidia, de los que el Daesh ha dado hasta aquí buena muestra. Y por lo que hace a los conflictos armados de carácter no internacional, dicha prohibición se provee además, como se sabe, en el art. 3 común a los cuatro Convenios, en el art. 13.2 se prohíben los actos o amenazas contra la población civil a fin de aterrorizarla, en los mismos términos, pues, que lo hace el art. 51 del Protocolo I en relación a los conflictos armados internacionales. Véase al respecto GASSER, H. P., «Actos de terror, terrorismo y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2002, p. 1-18.

<sup>58</sup> Véanse arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI.

caso. Tampoco queda claro si su competencia debería también extenderse a actos terroristas cometidos por las fuerzas armadas de un Estado, o lo que es lo mismo, penalizar también el denominado «terrorismo de Estado».

Ahora bien, y como se ha apuntado<sup>59</sup>, limitar la competencia del nuevo Tribunal a actos terroristas perpetrados solo en tiempos de paz podría dificultar el tratamiento de determinadas situaciones conflictivas cuya naturaleza no queda clara desde el punto de vista jurídico y que ha dado pie a algunas situaciones problemáticas con las que han debido tratar, por ejemplo, las instituciones de la UE, tales como los Tigres para la Liberación del Eelam Tamil<sup>60</sup>; o el caso contra Hamás, pendiente de recurso ante el TJUE<sup>61</sup>. Pero además, Estados Unidos o Francia se han declarado en guerra, esto es, envueltos en un conflicto armado, contra organizaciones terroristas, por lo que en principio estas situaciones estarían excluidas de la competencia de semejante Tribunal.

Por último surge la duda sobre si, en aquellos casos en los que la CPI fuese competente conforme a su Estatuto, pero sin embargo decidiera finalmente no ejercer jurisdicción, este nuevo Tribunal sí podría intervenir, dando lugar a un cierto *forum-shopping* por parte del Estado denunciante o del propio CSNU, mermando significativamente la competencia del nuevo Tribunal. Además, la propuesta incluye la creación de una fuerza multinacional de policía como único mecanismo de acompañamiento para la aplicación y cumplimiento efectivo de las decisiones de dicho Tribunal, un aspecto este que tan en evidencia ha puesto a la CPI, entre otros ejemplos, en el asunto Al Bashir.

En cualquier caso la propuesta no deja de merecer al menos la valoración positiva de afrontar la acción contra el terrorismo internacional desde el ámbito del Derecho y no desde el uso de la fuerza, aunque habría que esperar en todo caso a ver la relación que se pudiera establecer entre esta y el CSNU en la medida en que, como ya se ha expuesto, este viene situando de forma sistemática desde hace ya dos décadas la acción contra el terrorismo bajo el Capítulo VII de la Carta, de su competencia exclusiva, y sin hacer distinciones entre actos terroristas en relación a situaciones de conflicto armado o en tiempos de paz. Tampoco puede obviarse la apreciación de que, en todo caso, se trataría de la creación de una jurisdicción internacional de excepción que extrae un crimen internacional como el terrorismo de la jurisdicción inter-

<sup>59</sup> Véase PANTALEO, L. y RIBBELINK, O., «The Establishment of a Special Court against Terrorism», en <http://www.ejiltalk.org/the-establishment-of-a-special-court-against-terrorism/> (última consulta 19 junio de 2016).

<sup>60</sup> Véase sentencia en los asuntos acumulados T-208/11 y T-508/11, Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)/Consejo, de 16 de octubre de 2014, en los que el Tribunal anula por motivos de procedimiento los actos del Consejo por los que se mantiene a los Tigres para la Liberación de la Patria Tamil en la lista europea de organizaciones terroristas.

<sup>61</sup> Debe recordarse igualmente la causa pendiente a día de hoy ante el TJUE respecto de la decisión del TGUE de anular la inclusión de Hamás como organización terrorista en dicha lista por defectos de procedimiento (caso *Council/Hamás* de 17 de diciembre de 2014, T-400/10), decisión judicial que ha sido recurrida por el Consejo ante el TJUE y se encuentra aún pendiente de resolución, plazo durante el cual Hamás permanecerá incluida en la lista.

nacional existente que a nuestro juicio debiera ser la instancia natural para conocer de dichos supuestos, de forma complementaria o subsidiariamente a la competencia de las jurisdicciones nacionales. Hasta ahora, todo intento de crear jurisdicciones especiales en materia de terrorismo no ha producido los mejores resultados: ni los tribunales inicialmente solo militares y luego mixtos utilizados en Turquía y condenados por el TEDH, entre otros intentos, ni las comisiones militares en el caso de los detenidos en la base de Guantánamo. Y es que sobre dichas propuestas suele planear el sesgo político que inevitablemente el terrorismo conlleva y la tentación de que tales tribunales de excepción acaben tachando de terroristas conductas que no lo sean de forma clara y evidente. Como la Comisión Internacional de Juristas tuvo ocasión de afirmar de forma contundente, la tentación de configurar al terrorismo como un crimen no común, y por tanto sometido a un tribunal de excepción o especial, puede acabar en los peores abusos, y en consecuencia su recomendación de someter al terrorismo a los tribunales penales ordinarios, ya sean nacionales o internacionales<sup>62</sup>.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a insistir en la necesidad de recordar la que debiera haber sido la primera opción: la inclusión del terrorismo como crimen de la competencia de la CPI en el momento de acordar el Estatuto de Roma, lo que se desechó como consecuencia básicamente de la falta de consenso respecto de la definición de terrorismo, necesaria para su tipificación en el Estatuto<sup>63</sup>, y que fue aplazada, en su caso, a una futura revisión del mismo<sup>64</sup>. La CPI, creada en el año 2000 tras la recepción de las sesenta ratificaciones requeridas, fue testigo de los ataques terroristas del 11/S, aunque los detractores de la misma, principales afectados por estos, probablemente no lamentaron esta ausencia, pues su principal obsesión fue la detención por cualquier medio posible de los sospechosos y la sujeción de los detenidos a una jurisdicción propia de excepción.

La inclusión del terrorismo como crimen de la competencia de la CPI sería, por tanto, la opción más adecuada, en caso de Estados incapaces o no deseosos de afrontar el enjuiciamiento ante sus propios tribunales de los posibles responsables de tales actos, constituyendo en este sentido la CPI el tribunal penal natural —si bien de alcance universal— y ordinario —como jurisdicción competente para una serie de delitos—, para juzgar los más graves crímenes contra la comunidad internacional en su conjunto, incluido el terrorismo.

<sup>62</sup> Véase International Commission of Jurists: *Assessing damage, urging action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, Ginebra, 2009.

<sup>63</sup> Si bien inicialmente se contemplaba la inclusión del terrorismo como uno de los crímenes de la competencia de la Corte, por influencia del Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad elaborado por la CDI (A/CONF.183/2/Add.1, pp. 27-28), sin embargo, finalmente fue descartada su inclusión como consecuencia principalmente de la falta de consenso respecto de su definición.

<sup>64</sup> Merced a la voluntad de las delegaciones de Argelia, India, Sri Lanka y Turquía, que forzaron la adopción de la Resolución E, incluida en el Acta Final de la Conferencia de Roma, que preveía la reconsideración de la inclusión de dicho crimen en la futura conferencia de revisión del estatuto, calificando a los crímenes de terrorismo como graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional.

## 5. EL VALOR AÑADIDO DE LA APROXIMACIÓN DESDE LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

Como la realidad se ha encargado de demostrar y NU ha defendido<sup>65</sup>, una lucha eficaz y total contra el terrorismo no se puede lograr solo con la implementación de los convenios específicos sobre lucha contra el terrorismo, ya sean universales o regionales, sino que el refuerzo de la cooperación judicial en materia penal constituye también una pieza clave. En este sentido Europa no deja de ser un área privilegiada tanto por los convenios adoptados en el seno del CoE, como por la acción normativa de la UE.

En primer lugar, en rápida respuesta a la solicitud formulada en la Resolución CSNU 2178, el Consejo de Europa adoptó de un Protocolo Adicional al Convenio sobre Prevención del terrorismo de 2005, que define y exige de los Estados partes la tipificación penal a nivel nacional de una nueva serie de actos preparatorios, tales como: *a)* el adiestramiento o entrenamiento pasivo<sup>66</sup>, que guarda relación directa con el alarmantemente creciente fenómeno del auto adiestramiento o *self-radicalisation*, mediante el uso de Internet y de las redes sociales; *b)* el desplazamiento de personas con el objetivo claro de interactuar en la medida que sea con organizaciones terroristas, bien sea cometer atentados terroristas, contribuir a ellos, participar en ellos, ofrecer o recibir entrenamiento terrorista, siempre en el caso de viajes a países de los cuales la persona concernida no sea nacional ni tenga en él su residencia<sup>67</sup> e independientemente de dónde geográficamente inicien su viaje<sup>68</sup>; *c)* así como financiar tales viajes total o parcialmente, de forma directa o indirecta, o contribuir a la recaudación de fondos a tales efectos<sup>69</sup>.

Y a pesar de la polémica que su adopción pueda haber despertado a nivel internacional, en particular por la colisión que podría suceder en la práctica entre la figura del autoadiestramiento y la libertad de expresión y/o información, así como la libertad ambulatoria en lo que concierne a los desplazamientos de los potenciales combatientes terroristas extranjeros<sup>70</sup>, lo cierto es que no se trata de instrumentos internacionales alejados de la lucha a pie de

<sup>65</sup> Véase Informe del Secretario General de NU sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las NU en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/92, de 29 de enero de 2016, p. 21; Informe del Secretario General de NU sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las NU en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/501, de 31 de mayo de 2016.

<sup>66</sup> Véase Convenio ETS núm. 217, art. 3.

<sup>67</sup> Véase *ibid.*, art. 4.

<sup>68</sup> Véase, entre otros ejemplos, el caso de una española detenida en Turquía con su hijo, desde donde se disponía a viajar para unirse al Estado Islámico, en [http://politica.elpais.com/politica/2015/04/17/actualidad/1429296361\\_933696.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/04/17/actualidad/1429296361_933696.html).

<sup>69</sup> Véase Convenio ETS núm. 217, *op. cit.*, nota 59, art. 5.

<sup>70</sup> Véase «Amnesty International/International Commission of Jurists, Preliminary public observations on the terms of reference to draft an Additional Protocol supplementing the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, de 6 de marzo de 2015, IOR 60/1172/2015», en <https://www.amnesty.org/en/documents/ior60/1172/2015/en/> (consultado el 6 de junio de 2016).

calle contra esta situación, sino muy por el contrario, de instrumentos que obligan a los Estados ratificantes a tipificar dichas conductas y a sancionárselas convenientemente en sus sistemas penales internos, lo que, en definitiva, ofrece a un juez o un magistrado la posibilidad de dictar una orden de detención, por ejemplo, contra una persona que se encuentra en un aeropuerto dispuesta a tomar un avión para unirse a las filas del *Daesh*<sup>71</sup>.

En cuanto a la UE cabe destacar las dos nuevas iniciativas legislativas adoptadas como consecuencia directa de los atentados terroristas perpetrados tanto en París como en Bruselas a lo largo de 2015 y 2016. En primer lugar, la Directiva PNR sobre el registro de pasajeros<sup>72</sup>, que establece una serie de medidas en relación con el uso que de los datos personales de los pasajeros se puede hacer y su tráfico, así como el tiempo máximo de conservación, estableciéndose que se almacenarán en principio solo por seis meses, tras los cuales se encriptarán y se mantendrán hasta cinco años, pero con un acceso muy restringido y bajo petición expresa e individualmente justificada. La Directiva obliga a cada Estado miembro a crear una unidad que recibirá obligatoriamente de las compañías aéreas, y en relación a los vuelos que entren a o salgan de la UE, los datos PNR de sus pasajeros; esto es, nombre, fechas de viaje, itinerario, información del billete, datos de contacto, agencia de viajes con la que se contrató, medio de pago utilizado, número de asiento, información sobre el equipaje facturado e incluso acompañantes<sup>73</sup>. La nueva normativa, en vigor desde mayo de 2016, insiste en el respeto de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la CDFUE y en el CEDH, y en su uso no discriminatorio en relación con un número amplio de elementos (raza, etnia, religión, creencias políticas, religiosas o sindicales, salud, vida u orientación sexual). Su aplicación es obligatoria respecto de los vuelos transcomunitarios, pero los Estados miembros pueden optar por su implementación voluntaria a los vuelos *intra* comunitarios, lo que de facto viene ocurriendo entre la mayoría de ellos desde hace ya tiempo.

La segunda iniciativa, aún en fase de proposición, corre paralela a la previsible entrada en vigor del nuevo Protocolo Adicional al Convenio de Prevención del Terrorismo del CoE sobre los combatientes ilegales, anteriormente mencionado<sup>74</sup>. La firma del Protocolo Adicional implica necesariamente la

---

<sup>71</sup> Como, por ejemplo, el caso de una española detenida en Barajas cuando se disponía a tomar un avión hasta Turquía para desde allí llegar a los territorios controlados por el Estado Islámico, en [http://politica.elpais.com/politica/2015/10/20/actualidad/1445323600\\_402804.html](http://politica.elpais.com/politica/2015/10/20/actualidad/1445323600_402804.html) (consultado el 10 de junio de 2016).

<sup>72</sup> Una propuesta que había sido bloqueada tras el rechazo de la Comisión de Derechos y Libertades del Parlamento europeo. Ya el TJUE había declarado contraria a los tratados la Directiva 2004/24/CE sobre conservación de datos, en la sentencia dictada en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, aunque en este caso se trataba de una Directiva más genérica.

<sup>73</sup> Reino Unido e Irlanda se han comprometido con la misma, no así Dinamarca.

<sup>74</sup> En cuya votación en el seno del Comité de Ministros por primera vez en la historia la UE se pronunció y votó en nombre de sus 28 Estados miembros, firmando dicho instrumento en nombre de todos ellos, con los que previamente, y bajo presión británica, había aceptado el derecho de estos a utilizar la cláusula de *opting out*. Véase Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No. 196), Doc. JAI 595,

aceptación del Convenio matriz también en nombre de la UE<sup>75</sup>, pues esta se siente obligada, como único medio de implementar el Protocolo Adicional en tanto que organización internacional ratificante, a incorporarlo a una norma propia, lo que justifica la propuesta de adopción de una Directiva al respecto<sup>76</sup>.

No puede ignorarse que la propuesta de Directiva añade valor a lo ya regulado por el Protocolo Adicional, en la medida en que su contenido amplía ciertos aspectos como, por ejemplo, la inclusión de la ofensa de participar en actividades de un grupo terrorista; el robo agravado, la extorsión y el fraude con el propósito de cometer una ofensa terrorista; la protección de las víctimas; o la inclusión de ciertas circunstancias atenuantes para los colaboradores con la justicia en casos de terrorismo.

## 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Si realmente los Estados tienen voluntad de luchar eficazmente contra esta nueva forma de terrorismo, además de seguir recurriendo de forma sistemática al uso de la fuerza, y los académicos reflexionando sobre su legalidad, ilegalidad, alcance y distorsiones que esta crea, y sobre la responsabilidad de los actores no gubernamentales de la llamada «guerra asimétrica» (cuando ya se había desterrado el término «guerra» como concepto no jurídico en el Derecho internacional contemporáneo), sería también importante seguir insistiendo en que los Estados se comprometan con otros instrumentos legales existentes a fin de favorecer la cooperación judicial internacional, y la criminalidad organizada transnacional, de manera que se combatan paralelamente todas las conductas que acompañan, protegen, financian o alimentan de alguna manera la acción de los grupos terroristas en cada uno de dichos ámbitos. Y es que, dada la inoperancia en muchos casos de los instrumentos universales de lucha contra el terrorismo, estos están necesitados sin duda de una adaptación y puesta al día.

Parece evidente que el reto actual del Derecho internacional es hallar medios idóneos para actuar contra un fenómeno criminal en mutación, con una concepción y medios de comisión diferentes que han convertido a este nuevo terrorismo, de falsa base religiosa e inexistente enfrentamiento cultural, en una ideología populista empleada de forma especialmente eficaz por lo que hoy día daría en llamarse una empresa de base tecnológica, el *Daesh*, y otras organizaciones afines para producir terror e imponer en este caso ideologías y formas de gobiernos contrarios a las más elementales normas del Estado de

---

DROIPEN 84, COPEN 214, ENFOPOL 220, COTER 111, Bruselas, 9 de septiembre de 2015, así como Doc. JAI 596, DROIPEN 85, COPEN 215, ENFOPOL 221, COTER 112, Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS N. 196), Bruselas, 9 de septiembre de 2015.

<sup>75</sup> De acuerdo con el art. 10 del Protocolo Adicional.

<sup>76</sup> Véase propuesta de Directiva, COM (2015) 625 final, de 2 de diciembre de 2015, pp. 5 y 6.

Derecho, de los derechos humanos y de los principios esenciales del ordenamiento jurídico internacional.

### RESUMEN

#### LUCHA CONTRA EL TERRORISMO INTERNACIONAL: NO SOLO DEL USO DE LA FUERZA PUEDEN VIVIR LOS ESTADOS

La nueva dimensión que el terrorismo internacional ha adoptado desde los atentados del 11/S y en particular con la aparición del Daesh obliga al Derecho internacional a repensar sus instrumentos jurídicos a fin de optimizar su lucha contra esta lacra. A este respecto se analizan las aportaciones y carencias de los tratados de ámbito universal y su falta de adaptación a las actuales características del fenómeno terrorista en contraste con algunos instrumentos regionales en la materia. Tras la consideración de la dudosa eficacia del recurso sistemático a la fuerza por parte de los Estados y de las ventajas e inconvenientes de la creación de una jurisdicción internacional exclusivamente para juzgar acciones de terrorismo, se concluye apuntando hacia un mayor recurso a la cooperación penal internacional.

**Palabras clave:** Terrorismo, lucha contra el terrorismo internacional, yihadismo, cooperación penal internacional, Daesh, radicalización.

### ABSTRACT

#### THE STATE FIGHT AGAINST INTERNATIONAL TERRORISM: BEYOND THE USE OF FORCE

The new dimension that international terrorism has attained after 9/11 attacks in particular after the creation of the Daesh has obliged International Law to revisit its legal instruments in order to optimize the fight against this scourge. In this regard this contribution analyses advantages and shortages of universal treaties concerning the fight against terrorism and their problematic adaptation to this phenomenon's current features in clear contrast with some regional initiatives. After analyzing the dubious efficacy of States' systematic recourse to the use of force and the pros and cons of the creation of a new international court against terrorism, the study suggests a stronger use of the existing legal instruments for international cooperation on criminal matters.

**Keywords:** Terrorism, fight against international terrorism, jihadism, international cooperation on criminal matters, Daesh, radicalization.

## RETOS JURÍDICOS DE LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ZONAS POLARES\*

Elena CONDE PÉREZ

Profesora titular de Derecho internacional público  
Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: UN ACERCAMIENTO A LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA.—2. REGÍMENES JURÍDICOS EN PRESENCIA EN LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ASPECTOS PENDIENTES.—2.1. Las actividades de bioprospección marina en la CNUDM.—2.2. Las actividades de bioprospección marina en la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, acceso al material genético, reparto de beneficios y propiedad intelectual.—3. BIOPROSPECCIÓN MARINA EN LAS ZONAS POLARES.—3.1. Las actividades de bioprospección en la Antártida: un cierto vacío jurídico.—3.2. Las actividades de bioprospección en el Ártico: el éxito de un modelo cooperativo regional en los países nórdicos.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN: UN ACERCAMIENTO A LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA

La bioprospección<sup>1</sup> en general y, concretamente, la bioprospección marina, es una actividad económica en alza, que genera expectativas de negocio lucrativo tanto en los países desarrollados —normalmente los que cuentan con los medios para realizar esa actividad— como en los países en vías de desarrollo —en muchos casos los principales poseedores del material genético susceptible del interés comercial de las empresas— e incluso de las comuni-

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2012-36026 «La carrera por el Ártico: cuestiones de Derecho internacional surgidas a la luz del cambio climático», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

<sup>1</sup> Es preciso advertir al lector que la palabra «bioprospección» no está recogida en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. La terminología adecuada para referirse a esta actividad podría ser la expresión «recolección de material genético marino» o «prospección biológica marina». Por mor de la brevedad, así como atendiendo al uso más coloquial y extendido del anglicismo —especialmente en documentos oficiales procedentes de diversas organizaciones internacionales— he adoptado para esta contribución el término «bioprospección».

dades indígenas en las que se origina el conocimiento tradicional que permite el uso del material genético en cuestión con fines comerciales.

La bioprospección es sin duda una actividad científica que conlleva la búsqueda y el análisis de material genético en organismos vivos con el fin de extraer sustancias susceptibles de producir resultados comerciales que generen beneficios económicos como consecuencia de la comercialización de los productos obtenidos con dicha actividad<sup>2</sup>. Esta dualidad ciencia-beneficios económicos es relevante, como más adelante se señalará, al menos por lo que al régimen de bioprospección marina se refiere. Por otra parte, preciso es indicar que, si bien la idea de lo que dicha actividad comporta es fácilmente aprehensible en términos generales, es difícil encontrar una definición comúnmente consensuada de la misma<sup>3</sup>.

Por lo que respecta a la bioprospección marina, los océanos se caracterizan por una muy elevada diversidad biológica<sup>4</sup>, lo que ya es de por sí interesante de cara a desarrollar productos novedosos y eficaces, a lo que se une el hecho de que —tanto las zonas costeras como, en mayor medida, las zonas fuera de las jurisdicciones nacionales— siguen estando por explorar. El valor de la industria biotecnológica marina es muy alto ya y está en alza, presentando incentivos para las compañías que arriesgan ingentes sumas de capital

<sup>2</sup> Se viene señalando que las actividades de bioprospección comprenden cuatro fases: 1.<sup>a</sup>) recolección de muestras de organismos vivos; 2.<sup>a</sup>) determinación, singularización y cultivo de microbios; 3.<sup>a</sup>) análisis de posibles cualidades que den lugar a un producto comercializable, y 4.<sup>a</sup>) desarrollo del producto, incluyendo derechos de propiedad intelectual, muestras, posibles ventas y operaciones de *marketing*. Véase en este sentido, JABOUR-GREEN, J. y NICHOL, D., «Bioprospecting in Areas Outside National Jurisdiction: Antarctica and the Southern Ocean», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, 2003, núm. 1, pp. 76-111, pp. 76 y 85. Para un análisis complejo sobre la bioprospección marina, véase SISWANDI, A. G. C., *Marine Bioprospecting: International Law, Indonesia and Sustainable Development*, The Australian National University, Thesis, 2013.

<sup>3</sup> Es interesante la definición de la bioprospección que dio el secretario general de las Naciones Unidas en 2007 al afirmar que «generalmente, entre los investigadores, se entiende por “bioprospección” la búsqueda de compuestos biológicos de valor real o potencial para diversas aplicaciones, en particular aplicaciones comerciales. Ello implica una serie de procesos que generan valor añadido y suelen prolongarse a lo largo de varios años, desde inventarios biológicos que exigen la correcta identificación taxonómica de los especímenes hasta el aislamiento y la caracterización de valiosos compuestos activos. Como mera actividad de prospección, la bioprospección es solo el primer paso hacia una posible explotación futura y llega a su fin una vez que se ha aislado o caracterizado el compuesto o la propiedad específica deseada. En los últimos años ha ganado aceptación el término “biodescubrimiento”, para algunos preferible a “bioprospección”, por cuanto se refiere más bien al aspecto de investigación y no tanto a la idea de explotación futura, especialmente si se tiene en cuenta que la posibilidad de que un compuesto natural llegue realmente a explotarse con fines clínicos y comerciales es, según algunos, remota», véase SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe a la Asamblea General sobre los Océanos y el Derecho del mar*, Doc. A/62/66, 2007, p. 50, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/266/97/PDF/N0726697.pdf?OpenElement> (consultada el 9 de junio de 2016).

<sup>4</sup> «[L]os microorganismos son los organismos marinos que poseen una mayor diversidad genética y predominan en la biomasa de los océanos, la diversidad de los microorganismos marinos también es elevada. La diversidad mayor —y la más accesible— se encuentra en las zonas costeras, pero también hay otras zonas de alta diversidad. Los hábitat y los ecosistemas marinos son extremadamente diversos, y comprenden desde los ecosistemas pelágicos hasta los componentes de los fondos marinos, como los respiraderos hidrotermales y las llanuras abisales», véase SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, nota 3, p. 6.

en la búsqueda de recursos genéticos marinos potencialmente rentables o muy rentables<sup>5</sup>. No obstante, el notable potencial de los recursos genéticos marinos se ve ensombrecido por dos problemas principales: el deterioro del medio marino y el marco legal, por la inadecuada regulación o incluso vacío jurídico en el que caen las actividades de bioprospección marina<sup>6</sup>.

Así, el objeto del presente artículo es el análisis de los retos jurídicos que las actividades de bioprospección marina generan teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos que en la actualidad disponemos para regularlas. A continuación, se centrará en el análisis de la regulación de la bioprospección genética marina en las zonas polares, resaltando la muy diferente regulación existente en el espacio ártico y en la Antártida y poniendo de manifiesto los intereses económicos en presencia en la regulación de esta aún novedosa actividad que no ha dejado de desarrollarse en las últimas décadas. Es preciso señalar que se trata de una materia respecto de la que hay una gran variedad de regímenes internacionales en juego —Derecho del mar, conservación de la biodiversidad, reparto de beneficios derivados de los productos obtenidos y propiedad intelectual—, si bien solo tangencialmente analizaré el último de ellos.

## 2. REGÍMENES JURÍDICOS EN PRESENCIA EN LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y ASPECTOS PENDIENTES

De las definiciones apuntadas más arriba es fácil colegir que en la regulación internacional de esta materia confluyen una variedad de regímenes, como son las normas de Derecho del mar —particularmente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, de 1982 (CNUDM) de la que son parte la mayoría de los Estados de la sociedad internacional, o bien sus normas se aplican en tanto que Derecho consuetudinario—, la Convención

<sup>5</sup> DE LA CALLE, F., «Marine Genetic Resources. A Source of New Drugs: The Experience of the Biotechnology Sector», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 24, 2009, pp. 209-210.

Para dar cuenta de la importancia que tiene la llamada «economía azul» y la «biotecnología azul», basta con revisar las acciones desarrolladas por la Unión Europea en estos ámbitos, véase COMISIÓN EUROPEA, «Blue Growth Opportunities for Marine and Maritime Sustainable Growth», COM (2012) 494 final, de 13 de septiembre de 2013, en [http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/blue\\_growth/documents/com\\_2012\\_494\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/blue_growth/documents/com_2012_494_en.pdf) (consultada el 9 de junio de 2016). Asimismo, la UE, en noviembre de 2013, lanzó una consulta pública sobre biotecnología marina, que se cerró el 10 de febrero de 2014, con el objeto de estudiar el potencial del sector de la biotecnología marina en profundidad, con el fin de proponer posibles opciones para facilitar el desarrollo del sector y analizar sus posibles impactos sociales, medioambientales y económicos y tomar medidas al respecto. Véase, en este sentido, [http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs\\_fisheries/consultations/marine-biotechnology/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/maritimeaffairs_fisheries/consultations/marine-biotechnology/index_en.htm) (consultada el 9 de junio de 2016). Asimismo, véase ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *La economía del océano en 2030*, abril de 2016, en <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9216021ec007.pdf?expires=1465895494&id=id&accname=ocid56028003&checksum=1625CA40B4E6B4B581B0B04590795B9A> (consultada el 9 de junio de 2016), consúltese concretamente el Capítulo 4, «Science, technology and innovation in tomorrow's ocean economy».

<sup>6</sup> SISWANDI, A. G. C., *op. cit.*, nota 2, pp. 3-7.

sobre Diversidad Biológica, de 1992 (CDB) y sus instrumentos anejos, así como los múltiples tratados sobre propiedad intelectual, con especial referencia al Derecho de patentes. De los tres regímenes mencionados, resaltaré los puntos conflictivos derivados de la «desregulación» de las actividades de biotecnología en la CNUDM y la difícil aplicación de las disposiciones de la CDB a dichas actividades en las áreas que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional, haciendo una breve referencia a las cuestiones derivadas de los derechos de propiedad intelectual y el reparto de beneficios derivados de la explotación de los productos obtenidos a través de actividades de bioprospección marina<sup>7</sup>.

## 2.1. Las actividades de bioprospección marina en la CNUDM

Quizá por el momento en el que fue negociada —lo que determina la necesidad de su actualización en algunos puntos, como ha reclamado parte de la doctrina<sup>8</sup>— la CNUDM no contempla propiamente las actividades de bioprospección marina. No obstante, varios aspectos relevantes de la CNUDM entran en juego en su regulación jurídico-internacional, como son: la determinación de si la bioprospección marina se puede considerar una investigación científica marina en los términos de la Parte XIII de la CNUDM; y si no es así, en qué medida serían aplicables las normas sobre conservación sostenible de los recursos vivos del mar en las diversas zonas sometidas o no a la jurisdicción de los Estados ribereños.

Parece que la calificación jurídica, en el marco de la CNUDM, de las actividades de bioprospección como investigación científica marina (Parte XIII de la Convención sobre el Derecho del mar), nos hace volver a la problemática en torno a la distinción —difícil— entre «investigación científica marina pura o fundamental e investigación científica marina aplicada o exploración-explotación»<sup>9</sup>. Y es que es el uso comercial de los productos derivados de la bioprospección el que plantea dudas acerca de la calificación jurídica de

<sup>7</sup> CATALDI, G., «Biotechnology on Marine Biogenetic Resources: the Interplay between UNCLOS and the CDB», en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T. (eds.), *Biotechnology and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 99-109.

<sup>8</sup> SCOVAZZI, T., «Is the UN Convention on the Law of the Sea the Legal Framework for All Activities in the Sea?», en VIDAS, D. (ed.), *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation: IUU Fishing, Oil Pollution, Bioprospecting, Outer Continental Shelf*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 307-318, especialmente las pp. 309-310.

<sup>9</sup> «Los términos “investigación científica marina” o “proyectos de directa significación para la exploración y explotación de los recursos naturales” adquieren sentidos diferentes dependiendo de la zona en que tengan lugar: proyectos que “tengan importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos y no vivos” (art. 246.5 de la Convención, aplicable a la ZEE y a la plataforma continental), son considerados claramente un tipo de investigación científica, en concreto, investigación científica aplicada. En cambio, en la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos “exploración y explotación” no son formas de investigación científica, pues están, en contraste con aquella, completamente controlados por la Autoridad. Por su parte, en el alta mar el fin de la investigación es indiferente, no se traza distinción alguna», véase CONDE PÉREZ, E., *La investigación científica marina: Régimen jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 25.

estas actividades como investigación científica marina en los términos de la Parte XIII de la CNUDM. En dicha Parte parece hacerse referencia a formas de investigación científica fundamental o pura y cuyos resultados se hacen públicos<sup>10</sup>. No obstante, la idea de una investigación pura no supone que no sea aplicable: podría significar investigación general, pero básica, lo que significa que la aplicación no es inmediata<sup>11</sup>.

Por lo que se refiere a las reglas básicas que inspiran la regulación de la investigación científica marina y dejando a un lado el mar territorial, donde la soberanía del ribereño es absoluta (art. 245 de la CNUDM), el Estado ribereño tiene jurisdicción para regular la investigación científica marina en su zona económica exclusiva (ZEE) y en su plataforma continental (art. 246.1 y 2 de la CNUDM), pero si el proyecto tiene importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos, el Estado ribereño puede rehusar su consentimiento unilateralmente [art. 246.5.a) de la CNUDM]. Puesto que la bioprospección se centra en recursos genéticos vivos, la investigación científica marina de las especies sedentarias o en constante contacto con el fondo marino es la relevante en relación con la plataforma continental, respecto de la cual también sería de aplicación el art. 246.5.a) de la CNUDM. Particularmente relevante a estos efectos —como más adelante se verá al hablar de casos concretos de bioprospección en el Ártico y la Antártida— es el régimen previsto para los proyectos de investigación científica marina que se desarrollen en la plataforma continental extendida: según el art. 246.6 de la CNUDM, el Estado ribereño no podrá rehusar las investigaciones aunque afecten a la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos, en este caso, si bien dichos Estados ribereños pueden designar públicamente como áreas en las que se están realizando o se van a realizar en un plazo razonable actividades de explotación u operaciones exploratorias detalladas centradas en dichas áreas (art. 246.6 de la CNUDM). Esto significa que el Estado ribereño, en su plataforma continental extendida, ve constreñido el derecho que se le reconoce en el art. 246.5.a) de la CNUDM incluso si la investigación que se ha de desarrollar tiene que ver con la exploración o explotación de los recursos naturales vivos o no vivos. Existe un vacío jurídico en el que caen las actividades de bioprospección en este cada vez más importante espacio<sup>12</sup>, pues el art. 246.6 de la CNUDM parte de la consideración de la investigación marina como ciencia pura, sin embargo, la búsqueda de material genético es una actividad también extractiva, aunque

<sup>10</sup> El art. 246.3 de la CNUDM alude a los proyectos de investigación científica marina desarrollados «exclusivamente con fines pacíficos y con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la Humanidad». Este fin global choca sin duda con el carácter restringido que el Derecho de patentes introduce para proteger los derechos de propiedad intelectual derivados de productos obtenidos tras el desarrollo de actividades de investigación.

<sup>11</sup> CONDE PÉREZ, E., *op. cit.*, nota 9, pp. 24-28.

<sup>12</sup> Especialmente a la luz de la cantidad de solicitudes de extensión de plataforma continental que recibe o ha recibido la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), 77 a fecha de 13 de junio de 2016, en [http://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/commission\\_submissions.htm](http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm) (consultada el 13 de junio de 2016).

no lo sea a gran escala, con lo cual se retorna al problema recurrente de cómo caracterizar estas actividades<sup>13</sup>.

Más allá de las áreas sujetas a la jurisdicción nacional surgen las dudas más acuciantes en torno a las actividades biogénicas<sup>14</sup>. En el alta mar, tanto la pesca como la investigación científica marina forman parte de las libertades del alta mar (art. 87 de la CNUDM), con los límites establecidos en su ejercicio respectivo (arts. 117, 118 y 119 de la CNUDM).

El área más problemática es sin duda la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos (ZIFMO o Zona), y ello es así por diversos motivos: por un lado, gran parte de las investigaciones genéticas se centran en los denominados respiraderos hidrotermales y los organismos que viven en torno a ellos<sup>15</sup>. Y, por otro lado, la Parte XI de la CNUDM fue redactada pensando en los recursos minerales existentes en la misma, tal y como dispone el art. 133 de la CNUDM. Entender los recursos genéticos de la Zona comprendidos dentro de la noción de «recursos» del art. 133 de la CNUDM supondría un problema jurídico pues estos pasarían a ser Patrimonio común de la Humanidad (art. 136 de la CNUDM), función para la que la Autoridad no ha sido en principio encomendada (art. 157 de la CNUDM). Si para integrar las

<sup>13</sup> MOSSOP, J., «Protecting Marine Biodiversity on the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles», *Ocean Development & International Law*, vol. 38, 2007, pp. 283-304, p. 288.

<sup>14</sup> La mayor parte de los estudios sobre bioprospección marina se han centrado en los últimos años, en esta cuestión, véanse ALLEN, M. J. y JASPARS, M., «Realizing the Potential of Marine Biotechnology-Challenges and Opportunities», *Industrial Biotechnology*, vol. 5, 2009, núm. 2, pp. 77-83; ARICO, S. y SALPIN, Ch., *Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects*, United Nations University, Institute of Advanced Studies Report, 2005; BROGGIATO, A., «Marine Genetic Resources beyond National Jurisdiction-Coordination and Harmonisation of Governance Regimes», *Environmental Policy and Law*, vol. 41, 2011, núm. 1, pp. 35-42; GLOWKA, L., «Genetic Resources, Marine Scientific Research and the International Seabed Area», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 8, 1999, núm. 1, pp. 56-66; LODGE, M. W., «Improving International Governance in the Deep Sea», *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 19, 2004, núm. 3; pp. 299-316; LEARY, D. K., *International Law and the Genetic Resources of the Deep Sea*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007; GJERDE, K. M., *Options for Addressing Regulatory and Governance Gaps in the International Regime for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction*, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 2008; SCOVAZZI, T., «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 19, 2004, p. 383, y del mismo autor, «The Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction: General and Institutional Aspects», en MOLENAAR, E. J. y OUDE ELFERINK, A. G. (eds.), *The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 43-60; y VIERROS, M. *et al.*, «Report tabled at the United Nations Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea Eighth Meeting: An Update on Marine Genetic Resources: Scientific Research, Commercial Uses and a Database on Marine Bioprospecting», Nueva York, 2007.

<sup>15</sup> Los denominados respiraderos hidrotermales están situados en los fondos marinos a profundidades de entre 1.800 y 3.700 metros, normalmente en las cordilleras oceánicas. El fluido que expulsan dichos respiraderos, rico en sulfidos polimetálicos, da lugar a un proceso llamado quimio-síntesis. Aproximadamente el 90 por 100 de los organismos que viven en estos respiraderos son endémicos de los mismos, por lo que el interés económico y científico del material genético que allí se pueda encontrar es muy grande, véase PROELSS, A., «ABS in relation to MGRs», en KAMAU, E. C. y WINTER, G. (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres, Earthscan, 2009, pp. 57-74, p. 58.

actividades de bioprospección en el régimen de la Zona, se deja a un lado la naturaleza de los recursos, pero se toma en cuenta la actividad y se considera la bioprospección como investigación científica marina, de nuevo el art. 143 de la CNUDM llama al beneficio común de la Humanidad en el desarrollo de la investigación científica marina y a diseminar los resultados de la investigación y cooperar en la investigación (a este punto de vista se aferran los países en vías de desarrollo)<sup>16</sup>. Ahora bien, esta perspectiva choca con el objetivo de cualquier proyecto de bioprospección, que pretende salvaguardar en secreto los resultados de la misma para su comercialización —finalidad principal de las normas destinadas a proteger la propiedad intelectual—. Los países desarrollados, por su parte, consideran como óptimo para los recursos vivos de la Zona, el régimen de libertad de acceso, recolección y explotación de los recursos del alta mar. Otros abogan por establecer un nuevo régimen dada la insuficiencia del existente en la actualidad, y tomando como modelo el esquema existente en el Tratado Internacional de la FAO sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, de 1996 (Tratado FAO)<sup>17</sup>. Sin embargo, la conclusión de un tratado sobre los recursos genéticos en áreas fuera de la jurisdicción nacional, no agota todos los problemas<sup>18</sup>. Por una parte, es difícil, en las diversas etapas del desarrollo de estos organismos vivos, determinar si son recursos de los fondos marinos («especies sedentarias» en los términos del art. 77.4 de la CNUDM) o recursos de la columna de agua suprayacente. Y, por otra parte, otra cuestión debatible es cómo incorporar un mecanismo sobre acceso y reparto de beneficios sin una institución que se encargue de ello. La Autoridad de Fondos Marinos y Oceánicos debería transformarse para asumir estas competencias, pero su objetivo no son los recursos vivos, sino las actividades de exploración y explotación minera.

La importancia de esta cuestión se pone de manifiesto en el hecho de que en 2004 la Asamblea General estableció, en virtud de su Resolución 59/24, el Grupo de Trabajo especial oficioso de composición abierta encargado de estudiar cuestiones relacionadas con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional<sup>19</sup> y,

<sup>16</sup> Este es el punto de vista de ARICO, S. y SALPIN, Ch., *op. cit.*, nota 14, p. 32. Véanse también, SALAMANCA AGUADO, E., «El régimen jurídico aplicable a la bioprospección de los recursos genéticos de los fondos oceánicos fuera de la jurisdicción nacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVIII, 2006, núm. 2, pp. 1072-1078; y TANAKA, Y., «Reflections on the conservation and sustainable use of genetic resources in the deep seabed beyond the limits of national jurisdiction», *Ocean Development and International Law*, vol. 39, 2008, p. 140.

<sup>17</sup> Véase GRUPO DE TRABAJO ESPECIAL OFICIOSO DE COMPOSICIÓN ABIERTA, *Informe a la Asamblea General del Grupo de Trabajo Especial Oficioso de composición abierta encargado de estudiar las cuestiones relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina fuera de las zonas de jurisdicción nacional*, Doc. A/61/65(2006), pp. 9-10, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/277/53/PDF/N0627753.pdf?OpenElement> (consultada el 9 de junio de 2016).

<sup>18</sup> MOSSOP, J., «Marine Bioprospecting», en ROTHWELL, D. R., OUDE ELFERINK, A. G., SCOTT, K. N. y STEPHENS, T. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 838-839.

<sup>19</sup> Véase ASAMBLEA GENERAL, A/RES/59/24(2004), de 17 de noviembre, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/477/67/PDF/N0447767.pdf?OpenElement> (consultada el 15 de junio de 2016). Asimismo, véase ASAMBLEA GENERAL, A/RES/54/33(1999), de 24 de noviembre, <https://documents->

si bien dicho grupo tiene una función mucho más amplia que la relativa a la explotación y exploración de los recursos genéticos de la Zona, sin embargo, los Estados en vías de desarrollo han querido tratar recurrentemente el tema en su seno.

Por lo que se refiere a si la bioprospección marina entra en la categoría de la explotación de los recursos vivos, es este un aspecto incuestionable —es una recolección de muestras de recursos vivos—, si bien el objetivo de la Parte V de la CNUDM, relativa a la ZEE, es principalmente la explotación pesquera. La bioprospección, en principio, no entraña una recolección de material genético a tal escala. No obstante, si las especies capturadas por medio de la pesca fueran utilizadas a gran escala para producir un producto biotecnológico, las obligaciones derivadas de la Parte V serían relevantes. Teniendo en cuenta que a los efectos de la exploración y explotación de los recursos de la plataforma continental tiene el Estado ribereño derechos soberanos exclusivos (art. 77 de la CNUDM), evidentemente la toma de muestras vivas de este espacio está sujeta a la regulación exclusiva del ribereño, ahora bien, la determinación de qué se consideran «especies sedentarias» (art. 77.4 de la CNUDM) ha dado lugar a algunas controversias internacionales<sup>20</sup>. Igualmente se plantean los derechos del ribereño en la plataforma continental extendida, donde son más ambiguos: la intersección entre el régimen de libertad aplicable a la columna de agua suprayacente y los derechos soberanos del ribereño sobre los recursos vivos «sedentarios» de la plataforma, no es fácil en la práctica. Por su parte, y teniendo en cuenta que en la noción del art. 133 de la CNUDM no entrarían los recursos genéticos de la Zona, tanto a estos como a los existentes en la columna de agua situada más allá de la jurisdicción nacional, se les aplicaría el régimen de gestión de los recursos del alta mar (arts. 116-120 de la CNUDM), con la precisión que en el art. 118 de la CNUDM se hace al respecto de que los Estados partes están obligados a cooperar en la conservación y administración de los recursos de dicha zona.

## **2.2. Las actividades de bioprospección marina en la Convención sobre Diversidad Biológica de 1992, acceso al material genético, reparto de beneficios y propiedad intelectual**

Al igual que la CNUDM, la CDB no aborda la cuestión de la bioprospección marina, lo que pone de manifiesto que las actividades de bioprospección terrestre tienen un tratamiento más avanzado en comparación. Por otra par-

---

*dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/237/96/PDF/N0023796.pdf?OpenElement* (consultada el 15 de junio de 2016), por la cual se crea Proceso abierto de consultas oficiosas sobre los océanos y el Derecho del mar (UNICPOLOS).

<sup>20</sup> En 1994 entre Estados Unidos de América y Canadá, acerca de la naturaleza de las vieiras islandesas. En 1963, Brasil y Francia iniciaron la llamada «guerra de las langostas», por la pesca de langostas por parte de los franceses en la plataforma continental de Brasil, véase Mossop, J., *op. cit.*, nota 13, p. 292.

te, según el art. 22.2 de la CDB las partes contratantes han de aplicar el Convenio respecto del medio marino, de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados con arreglo al Derecho del mar. En el mismo sentido, el art. 311.2 de la CNUDM incide asimismo en esta cuestión<sup>21</sup>.

El objetivo general de la CDB es la conservación de la biodiversidad, asegurando el uso sostenible de sus recursos y el reparto equitativo de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos, principal preocupación esta última, de los países en vías de desarrollo. Los arts. 3 y 5 del Convenio reafirman que los recursos genéticos vivos quedan bajo el control del Estado en el que se encuentran, se establece la obligación general de cooperar para mantener la diversidad biológica (art. 5), y según el art. 15 del CDB, los Estados partes están obligados a facilitar el acceso a sus recursos genéticos a investigadores de otros países, sobre una base consensuada, y repartiendo equitativamente los beneficios de la comercialización de los recursos genéticos.

El marco de aplicación territorial del CDB es la jurisdicción territorial de los Estados partes —por tanto, abarca los espacios marinos sujetos a la soberanía o jurisdicción del ribereño—, así como los procesos y actividades llevadas a cabo bajo el control del Estado territorial, ya se desarrollen en zonas bajo la jurisdicción nacional o no, lo que supone que en la aplicación conjunta de las disposiciones de la CNUDM y de la CDB, el vacío en el que quedaba la exploración y explotación de los recursos genéticos marinos situados en zonas más allá de la jurisdicción nacional se supera en parte.

Por lo que se refiere a la más problemática cuestión de cómo repartir los beneficios privados de la explotación de estos recursos, se han establecido Grupos de Trabajo en la Conferencia de las Partes (COP). En 2002 la COP adoptó las Directrices de Bonn<sup>22</sup> para clarificar las políticas sobre acceso y reparto de beneficios.

Dejando a un lado otros instrumentos jurídicos relevantes adoptados en el marco de la CDB, es preciso mencionar que en la décima Conferencia de las Partes (2010) se aprobaron: el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica (2011-2020); la Estrategia para la Movilización de Recursos; y el importante Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios derivados de su utilización. El Protocolo establece que el acceso a los recursos genéticos para su utilización estará sujeto al consentimiento previo de la Parte que aporta dichos recursos, así como al consentimiento previo o la aprobación y la participación de las co-

<sup>21</sup> «Esta Convención no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Partes dimanantes de otros acuerdos compatibles con ella y que no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que a los demás Estados parte correspondan en virtud de la Convención».

<sup>22</sup> Las directrices son voluntarias y en esa medida, pueden servir como orientación para preparar y redactar las medidas legislativas, administrativas o de política sobre acceso y participación en los beneficios, con particular referencia a las disposiciones en virtud de los arts. 8.j), 10.c), 15, 16 y 19; y los contratos y otros arreglos en virtud de condiciones mutuamente convenidas para el acceso y la participación en los beneficios. Su texto se puede consultar en <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-es.pdf> (consultada el 15 de junio de 2016).

comunidades indígenas y locales. Asimismo, estipula que cada Parte deberá crear unas condiciones de acceso amigables para la investigación no comercial y también puede considerar la necesidad de un acceso expedito en casos de emergencias presentes o inminentes que amenazan a la vida humana, animal o vegetal, tal como se determina a nivel nacional o internacional y obliga a cada Parte tener en cuenta la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y la seguridad alimentaria<sup>23</sup>. Evidentemente, ello supone que las disposiciones sobre acceso y reparto de beneficios del CDB no son aplicables a los recursos marinos genéticos que se encuentren más allá de la jurisdicción nacional<sup>24</sup>.

Así, las disposiciones relativas al acceso a los recursos de la CDB y del Protocolo de Nagoya son análogas al régimen que respecto de la investigación científica marina establece la CNUDM. De esta forma, los tres instrumentos jurídicos reconocen los derechos de los Estados partes para regular las actividades de investigación relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales situados en su jurisdicción, particularmente, genéticos.

Debe tenerse en cuenta que el objetivo último de estos tratados es crear incentivos para establecer obligaciones jurídicas para los usuarios de recursos genéticos que les inciten a compartir los beneficios derivados de los mismos: la principal razón por la que se discute acerca del acceso y reparto de beneficios derivados de los recursos genéticos no es otra que la apropiación de dichos recursos a través de invenciones basadas en ellos. Aquí juegan un papel crucial las normas relativas a los derechos de propiedad intelectual y derecho de patentes —donde destacan el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo ADPIC, Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, de 1994) así como los 23 tratados relacionados con la protección de la propiedad intelectual que administra la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual—, y esto se trata de unir al sistema de reparto de beneficios contenido en el art. 15.7 de la CDB, en el Protocolo de Nagoya, en el Tratado FAO<sup>25</sup>, así como en los organismos que se han ido creando en el seno de diversas organizaciones y que tratan de velar por el respeto de los conocimientos tradicionales en las aplicaciones derivadas de las actividades de bioprospección, evitando casos de «biopiratería» o supuestos en los que

<sup>23</sup> Véanse FRISVOLD, G. y DAY-RUBENSTEIN, K., «Bioprospecting and Biodiversity Conservation: What Happens When Discoveries Are Made?», *Arizona Law Review*, vol. 50, 2008, pp. 545-576; KAMAU, E. C. y WINTER, G., *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres, Earthscan, 2009; LAWSON, C. y DOWNING, S., «It's Patently Absurd-Benefit Sharing Genetic Resources from the Sea under LOSC, the CBD and TRIPS», *Journal of International Wildlife Law and Policy*, vol. 5, 2002, pp. 211-233.

<sup>24</sup> A este respecto, en la Zona, el art. 140.2 de la CNUDM señala que la Autoridad velará por el reparto equitativo de los recursos financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades allí desarrolladas, si bien el término «recurso» hace referencia exclusivamente a los minerales (art. 133 de la CNUDM).

<sup>25</sup> TVEDT, M. W., *Report from the Workshop Stocktaking ABS in the Nordic Countries-with a Particular View to Business*, Lysaker, Fridtjof Nansen Institute, 2015, pp. 2-6.

tiene lugar una apropiación ilegítima de recursos genéticos ajenos y conocimientos asociados a los mismos<sup>26</sup>.

### 3. BIOPROSPECCIÓN MARINA EN LAS ZONAS POLARES

Los dos espacios polares del planeta se están volviendo cada vez más accesibles para el comercio y la industria internacionales. La cuestión relativa a la gestión de los recursos de las zonas polares ha influido significativamente en la aparición, incluso, de una nueva rama del Derecho internacional, el denominado ya «Derecho polar». Los ricos recursos con que cuentan ambas zonas polares se encuentran inmersos en un proceso de globalización a gran escala, si bien su carácter remoto y el ambiente adverso que las rodea determinan que su explotación no sea en todo caso factible. No obstante, un proceso de magnitud también global, como es el cambio climático, ha provocado modificaciones importantes en los patrones de acceso a los recursos polares. Por otra parte, la regulación de los recursos y los espacios es muy diferente en ambos Polos: en la Antártida, el Sistema del Tratado Antártico garantiza una aproximación precautoria a los recursos; sin embargo, en el Ártico, la explotación de algunos recursos, como los mineros, cuenta con una larga historia. Desde el punto de vista medioambiental, ambos espacios comparten una característica fragilidad, si bien la gestión de la Antártida como un *global common* determina una protección integral, que es mucho más fragmentada y difusa en el Ártico, pues depende de la acción particular y concertada de los ocho Estados árticos<sup>27</sup>. En este contexto, está emergiendo el debate sobre las actividades de bioprospección marina (búsqueda de nuevos compuestos en los organismos que pueden tener aplicaciones industriales, farmacéuticas u otras) en ambas regiones: el Ártico y la Antártida<sup>28</sup>. Si bien «gran parte de la discusión que hasta ahora rodea la bioprospección en las regiones polares se ha centrado en su naturaleza y escala, si debe o no debe ser regulado, y si es así como debe ser regulada, ha habido poca consideración de las implicaciones éticas de la bioprospección en estas regiones»<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> ROBINSON, D. F., *Confronting Biopiracy: Challenges, Cases and International Debates*, Londres, Earthscan, 2010, p. 21. Véanse asimismo los trabajos de la activista contra la biopiratería, VANDANA, S., *Biopiracy: The Plunder of Nature and Knowledge*, Cambridge, South End Press, 1997; *Tomorrow's Biodiversity*, Thames and Hudson, 2001; *Manifestos on the Future of Food and Seed*, Cambridge, South End Press, 2007; *Stolen Harvest: The Hijacking of the Global Food Supply*, Lexington, Zed Books, 2016. Negando la existencia de la biopiratería, véase CHEN, J., «There's No Such Thing as Biopiracy... And It's A Good Thing Too», *McGeorge Law Review*, vol. 37, 2006, p. 1-33.

<sup>27</sup> LOUKACHEVA, N., «Resource developments and Polar Law», en LOUKACHEVA, N. (eds.), *Polar Law and Resources*, Copenhague, Nordic Council of Ministers, 2015, pp. 18-25.

<sup>28</sup> Sobre los desarrollos del sector de la industria bioprospectiva y biotecnológica, productos, patentes e impacto económico derivados de aquellos en la Antártida y el Ártico, véanse LEARY, D. K., «Bioprospecting in the Arctic», *UNU-IAS Report*, 2008, pp. 12-17 y 22-41; y LOHAN, D. y JOHNSTON, S., «Bioprospecting in Antarctica», *UNU-IAS Report*, 2005, pp. 7-16.

<sup>29</sup> LEARY, D. K. y WALTON, D. W. H., «Science for profit. What are the ethical implications of bioprospecting in the Arctic and Antarctica?», *Ethics in Science and Environmental Politics*, vol. 10, 2010, pp. 1-4 (traducción de la autora de este estudio).

### 3.1. Las actividades de bioprospección en la Antártida: un cierto vacío jurídico

La bioprospección o la búsqueda de recursos genéticos o bioquímicos de la Antártida con fines comerciales es la última actividad comercial que plantea retos para la gobernabilidad ambiental antártica<sup>30</sup>, puesto que todas las demás actividades comerciales —tales como la caza de ballenas, la caza de focas, la pesca, la minería y el turismo— están en la actualidad reguladas, restringidas o directamente prohibidas conforme al Derecho internacional vigente y, en particular, bajo el conjunto de normas convencionales comúnmente conocido como el Sistema del Tratado Antártico (STA)<sup>31</sup>. La principal preocupación asociada a la bioprospección en la Antártida se centra en el impacto medioambiental de dichas actividades, la forma de regular el acceso y la distribución de beneficios en relación con los recursos genéticos y el posible choque de dicha regulación en la libertad de investigación científica<sup>32</sup>,

<sup>30</sup> LEARY, D. K., «Bioprospecting and Governance Regimes in Polar Regions: A Comparative Analysis of Existing Law and Policy Regimes and Options for the Future», en *Simposio Internacional: Colaboración Asiática en el IPY 2007-2008*, Tokio, Japan IPY National Committee, pp. 178-181; y SCHOENBERG, P. L., «A Polarizing Dilemma: Assessing Potential Regulatory Gap-Filling Measures for Arctic and Antarctic Marine Genetic Resource Access and Benefit Sharing», *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009, núm. 2, pp. 271-299.

<sup>31</sup> El STA es un ejemplo exitoso de gestión de un *global common* a través de un tratado abierto, pero hasta el momento no universal —solo 53 Estados lo han ratificado— y con diferente estatus entre sus miembros, pues el propio tratado diferencia entre *Partes Consultivas* —aparte de los 12 miembros fundadores, son aquellas que de conformidad con el art. IX.2, vienen demostrando «su interés en la Antártida mediante la realización en ella de investigaciones científicas importantes», son miembros de pleno Derecho— y *Partes No Consultivas* (24 en la actualidad), estos últimos equivalentes a miembros no de pleno Derecho u observadores. Esto significa que el sistema antártico es un sistema de gestión consensuado por 53 Estados, de los cuales solo 29 pueden tomar decisiones que se imponen a través de un régimen objetivo y *erga omnes*. Sobre el desequilibrio que supone el reparto de poder en el Sistema del Tratado Antártico, véase WEBER, M., «Power Politics in the Antarctic Treaty System», en STEPHENS, T. y VANDERZWAAG, D. L. (eds.), *Polar Oceans Governance in an Era of Environmental Change. New Horizons in Environmental and Energy Law*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2014, pp. 88-90. Por su parte, el Tratado es la base de varios acuerdos conexos que, junto con las medidas adoptadas en el marco del Tratado Antártico, forman lo que se denomina Sistema del Tratado Antártico: Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (CCFA): firmada en Londres el 1 de junio de 1972 y en vigor desde el 11 de marzo de 1978. Se aplica al océano al sur de los 60° de latitud sur; Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA): firmada en Canberra el 20 de mayo de 1980 y en vigor desde el 7 de abril de 1982. Se aplica al sur de una línea artificial de Convergencia Antártica; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Protocolo de Madrid o Protocolo Ambiental del Tratado Antártico), firmado en Madrid el 4 de octubre de 1991 y en vigor desde el 14 de enero de 1998. Las dos convenciones son acuerdos independientes al Tratado Antártico, pero el Protocolo de Madrid solo puede ser firmado por miembros del Tratado Antártico y su área de vigencia coincide con el mismo. A este sistema normativo hay que añadir que las Medidas, Decisiones y Resoluciones, que son aprobadas en la Reunión Consultiva del Tratado Antártico (RCTA) por consenso, ponen en práctica los principios del Tratado Antártico y el Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente y proporcionan reglas y directrices para la gestión de la zona regulada por el Tratado Antártico y el trabajo de la RCTA.

<sup>32</sup> JABOUR-GREEN, J. y NICHOL, D., *op. cit.*, nota 2. Más sobre los retos desde distintas perspectivas —legal, ética, política, etc.—, véanse CAVICCHIOLI, R. *et al.*, «Low-temperature extremophiles and their applications», *Current Opinion in Biotechnology*, vol. 13, 2002, pp. 253-261; HERBER, B., «Bioprospecting in Antarctica: the search for a policy regime», *Polar Record*, vol. 42, 2006, núm. 221, pp. 139-146; HEMMINGS, A. D. y ROGAN-FINNEMORE, M., *Antarctic Bioprospecting*, University of Canterbury, Centre

así como el potencial impacto de la bioprospección en las reivindicaciones territoriales en la región antártica y, en particular, la capacidad de los Estados reclamando territorio en la Antártida para regular la bioprospección en zonas marinas adyacentes a dichas áreas reclamadas<sup>33</sup>. En este sentido, la cuestión de la bioprospección en la Antártida es susceptible de generar las siguientes posibles controversias en torno al Sistema del Tratado Antártico<sup>34</sup>.

En primer lugar, ¿se puede considerar la bioprospección una investigación científica en los términos del Tratado Antártico? La libertad de investigación científica en la Antártida se recoge en el art. II del Tratado Antártico, pero los posibles usos industriales derivados de la biotecnología en la zona plantean hasta qué punto eso es así y suscitan cuestiones éticas y de aplicación práctica de los instrumentos jurídicos del STA, pues resulta difícil a primera vista dilucidar quién podría llegar a disfrutar de los beneficios derivados de las actividades antárticas de bioprospección.

En segundo lugar, a su vez, las patentes concedidas por la explotación del material biológico de la Antártida podrían plantear el choque entre las necesidades derivadas de la confidencialidad comercial y el libre intercambio de información científica, propio del régimen de la Antártida (arts. II, III, VII y IX).

En tercer lugar, otra preocupación en relación con el Tratado Antártico es la relativa a si las actividades de bioprospección podrían tener impacto sobre el equilibrio medioambiental de la región. En este sentido, hay quienes han apuntado la incompatibilidad de las actividades de bioprospección con los objetivos del STA y la necesidad de su prohibición<sup>35</sup>.

En cuarto lugar, y sin duda la cuestión jurídicamente más compleja que se plantea, es la relativa a la interacción normativa entre la CDB, la CNUDM

---

for Antarctic Studies and Research, 2005; JABOUR-GREEN, J. y HAWARD, M., *The Antarctic Past, Present and Future*, Hobart, University of Tasmania, 2001; HEMMINGS, A. D., «Does Bioprospecting Risk Moral Hazard for Science in the Antarctic Treaty System?», *Ethics in Science and Environmental Politics*, vol. 10, 2010, pp. 5-12; HEMMINGS, A. D. y ROGAN-FINNECORE, M., «Access, Obligations, and Benefits: Regulating Bioprospecting in the Antarctic», en JEFFERY, M. I., FIRESTONE, J. y BUBNA-LITIC, K. (eds.), *Biodiversity Conservation, Law and Livelihoods*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 529-553; JOHNSON, S. y LOHAN, D., «Existing Activities, Policies and Emerging Issues for the Antarctic Treaty System», en HEMMINGS, A. y ROGAN-FINNECORE, M. (eds.), *Antarctic Bioprospecting*, University of Canterbury, Centre for Antarctic Studies and Research, 2005; JOYNER, C. C., «Bioprospecting as a Challenge to the Antarctic Treaty», en HEMMINGS, A. D., ROTHWELL, D. R. y SCOTT, K. N. (eds.), *Antarctic Security in the Twenty-First Century: Legal and Policy Perspectives*, Londres-Nueva York, Routledge, 2012, pp. 197-215; y U.S. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES, *Frontiers in Polar Biology in the Genomic Era*, Washington, The National Academies Press, 2003.

<sup>33</sup> ROGAN-FINNECORE, M., «What Bioprospecting Means for Antarctica and the Southern Ocean», en LEANE, G. W. G. y VON TIGERSTROM, B. (eds.), *International Law Issues in the South Pacific*, Hampshire-Burlington, Ashgate, 2005, pp. 199-227.

<sup>34</sup> LEARY, D. K., «Bi-polar Disorder? Is Bioprospecting an Emerging Issue for the Arctic as well as for Antarctica?», *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 17, 2008, núm. 1, pp. 41-55.

<sup>35</sup> VIGNI, P., «Antarctic Bioprospecting: Is it Compatible with the Value of Antarctica as a Natural Reserve», en FRANCONI, F. y SCOVAZZI, T. (eds.), *Biotechnology and International Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2006, pp. 111-147.

y el propio STA. En particular, por lo que se refiere a la posibilidad de que los Estados con reclamaciones territoriales en la Antártida puedan ser considerados Estados ribereños y, en consecuencia, delimitar sus respectivos espacios marítimos en la zona. Uno de los grandes logros del Tratado Antártico ha sido la congelación de las reclamaciones territoriales: siete países (Argentina, Australia, Chile, Francia, Nueva Zelanda, Noruega y Reino Unido) reclaman parte del territorio de la Antártida como propio. Los Estados Unidos de América, Rusia, Japón, Alemania, Países Bajos, India, aun siendo partes del Tratado no reconocen dichas reclamaciones como válidas, si bien Rusia y los Estados Unidos de América se han reservado la posibilidad de hacer dichas reclamaciones en su momento<sup>36</sup>. A pesar de estar esta cuestión congelada por el art. IV.2 del Tratado Antártico, la soberanía territorial en la Antártida sigue siendo fuente de controversias. Por su parte, el art. 15 de la CDB limita su aplicación a áreas bajo jurisdicción nacional. El Grupo Ad Hoc de Composición Abierta de la CDB, en una reunión de 2007, señaló que dicho artículo de la CDB no era aplicable en lo que se refiere al acceso y reparto de beneficios, ya que la Antártida es un territorio fuera de la jurisdicción nacional de los Estados interesados<sup>37</sup>. Ahora bien, la práctica estatal parece ser contraria a esta reglamentación: por ejemplo, Australia trata de dar cumplimiento a las disposiciones del CDB a través de la Ley sobre la Protección del Medio Ambiente y la Conservación de la Biodiversidad de 1999<sup>38</sup> y, en concreto, la Sección 301 de dicha ley que establece un régimen específico para el acceso y reparto de beneficios que, a primera vista, sería aplicable a sus reclamaciones en la Antártida. A este respecto debe tenerse en cuenta que en el año 2004 Australia solicitó a la CLPC la extensión de su plataforma<sup>39</sup>. Su solicitud contenía información relativa a la extensión de la plataforma continental del territorio antártico australiano. No obstante, consciente de que pocos Estados aceptarían la reclamación australiana, solicitó de la Comisión no considerar la información relativa al territorio antártico por el momento<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> BERGIN, A. y HAWARD, M., «Frozen Assets: Securing Australia's Antarctic Future», *Australian Strategic Policy Institute: Strategic Insights*, vol. 34, 2007, en [https://www.aspi.org.au/publications/strategic-insights-34-frozen-assets-securing-australias-antarctic-future/SI34\\_Frozen\\_assets.pdf](https://www.aspi.org.au/publications/strategic-insights-34-frozen-assets-securing-australias-antarctic-future/SI34_Frozen_assets.pdf) (consultada el 9 de junio de 2016).

<sup>37</sup> AD HOC OPEN-ENDED WORKING GROUP ON ACCESS AND BENEFIT-SHARING, «Overview of Recent Developments at the International Level Relating to Access and Benefit-Sharing», Doc. UNEP/CBD/WG-ABS/5/4/Add.1, 2007, párr. 50, en <https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-05/official/abswg-05-04-add1-en.pdf> (consultada el 13 de junio de 2016). El hecho de que el CDB se aplica solo a Estados soberanos supone problemas legales complejos para su aplicación a la Antártida, a pesar de que casi todas las partes del Tratado Antártico han aceptado dicha Convención. Sobre este tema, véase LEARY, D. K., *op. cit.*, nota 34 y, del mismo autor, «Bioprospecting in Antarctica and the Arctic. Common challenges?», *Yearbook of Polar Law*, vol. 1, 2009, pp. 145-174.

<sup>38</sup> <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00667> (consultada el 15 de junio de 2016).

<sup>39</sup> [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_aus.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_aus.htm) (consultada el 15 de junio de 2016).

<sup>40</sup> HEMMINGS, A. D. y STEPHENS, T., «The extended continental shelves of sub-Antarctic Islands: implications for Antarctic governance», *Polar Record*, vol. 46, 2010, pp. 312-327; y de los mismos autores, «Australia's Extended Continental Shelf: What Implications for Antarctica?», *Public Law Review*, vol. 20, 2009, pp. 9-16.

Parece, en definitiva, que el Sistema del Tratado Antártico no cubre las actividades de bioprospección, a pesar de ser una actividad de creciente interés para varias de las naciones antárticas. La cuestión ha sido debatida en los órganos del STA, así desde 1999 ha sido un tema recurrente tanto en la Reunión de las Partes Consultivas del Tratado Antártico, como en la Reunión del Comité Científico sobre Investigación Antártica y el Comité sobre Protección Medioambiental. La Resolución 7 de la XXVIII Reunión de las Partes Consultivas parece indicar que los principios de libertad de investigación y de cooperación en la Antártida entran en contradicción con los objetivos derivados de la explotación comercial de la bioprospección, recomendando poner atención en el art. III del Tratado Antártico<sup>41</sup>. Asimismo, en la XXX Reunión de las Partes Consultivas se tomó la decisión de establecer un Grupo Interseccional de Composición Abierta presidido por los Países Bajos<sup>42</sup>.

En gran medida, la reticencia de la comunidad internacional para abordar la cuestión se debe al hecho de que todavía hay relativamente poca información disponible sobre la escala y los impactos, actuales y potenciales, de la bioprospección en Antártida. En pocas palabras, se necesita información más detallada sobre el tema antes de pasar a regular esta nueva actividad comercial en la región. De hecho, ni siquiera ha surgido aún un consenso firme de que tal regulación sea realmente necesaria. Asimismo, algunos de los Estados árticos —especialmente activos en la Antártida— han sugerido que el Sistema del Tratado Antártico podría beneficiarse de la experiencia de los Estados y los pueblos del Ártico al tratar las cuestiones relativas a la gobernanza ambiental, entre ellas la bioprospección.

### 3.2. Las actividades de bioprospección en el Ártico: el éxito de un modelo cooperativo regional en los países nórdicos

En contraposición con las controversias que suscitan los problemas de la bioprospección antártica, en el Ártico las actividades de bioprospección y biotecnología marinas vienen realizándose desde hace bastante tiempo<sup>43</sup>. Eso explica que todos los países nórdicos tengan un amplio desarrollo de su sector biotecnológico, destacando entre ellos Noruega con cuatro universidades centradas en la biotecnología marina, varios institutos de investigación marina, varias instalaciones a gran escala para la acuicultura y una base científica en Ny-Ålesund, Svalbard/Spitzbergen<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Twenty-eighth Antarctic Treaty Consultative Meeting-Eighth Committee on Environmental Protection Meeting, Estocolmo, Suecia, 2005, Resolución 7, véase [http://www.ats.aq/devAS/ats\\_meetings\\_meeting\\_measure.aspx?lang=e](http://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting_measure.aspx?lang=e) (consultada el 13 de junio de 2016).

<sup>42</sup> Thirtieth Antarctic Treaty Consultative Meeting-Tenth Committee on Environmental Protection Meeting, Nueva Delhi, India, 2007, véase [http://www.ats.aq/devAS/ats\\_meetings\\_meeting.aspx?lang=e](http://www.ats.aq/devAS/ats_meetings_meeting.aspx?lang=e) (consultada el 13 de junio de 2016).

<sup>43</sup> LEARY, D. K., *op. cit.*, nota 34, p. 45. Para un análisis más detallado, véase LEARY, D. K., *op. cit.*, nota 28.

<sup>44</sup> En general, las actividades de investigación científica en Svalbard-Spitzbergen siguen un régimen parecido al de la Antártida, véase LEARY, D. K., *op. cit.*, nota 34, pp. 46-48.

Asimismo, la regulación que a las cuestiones de bioprospección se ha venido dando desde los países nórdicos, ponen de manifiesto que el Ártico es hasta el momento un espacio de cooperación pacífica<sup>45</sup>. Y ello ha sido a través de dos foros políticamente relevantes, pero no constituidos como organizaciones internacionales propiamente dichas: el Consejo Ártico y el Consejo Nórdico.

En el seno del Consejo Ártico<sup>46</sup>, el Grupo de Trabajo que se encarga de las cuestiones relativas a la biodiversidad es el Grupo de Trabajo sobre Conservación de la flora y fauna árticas (CAFF, en sus siglas en inglés). No obstante, hasta el momento este no ha considerado específicamente la cuestión de la bioprospección ni de la bioprospección marina.

Más fructífera en el tema que nos ocupa ha sido la cooperación establecida entre los países nórdicos a través de dos foros, el Consejo Nórdico y el Consejo Nórdico de Ministros<sup>47</sup>. La cooperación nórdica a nivel de recursos genéticos tiene lugar dentro del Consejo Nórdico de Ministros de Pesquerías, Agricultura, Bosques y Alimentación y el Consejo Nórdico de Ministros de Medioambiente. A su vez, las dos formaciones son asesoradas por diversos Comités. Existen, por lo demás, otras instituciones relacionadas con la cuestión de entre las cuales destaca NordGen<sup>48</sup> —Centro Nórdico de Recursos Genéticos—, un organismo dedicado a la protección y el uso sostenible de plantas, animales de granja y bosques, que se estableció en enero de 2008 como resultado de una fusión entre el Banco Genético Nórdico (*Nordic Gene*

<sup>45</sup> En la actualidad existe en la doctrina un debate en torno a si la región ártica es y continuará siendo en el futuro próximo un espacio de cooperación o sí, por el contrario, las tensiones que han determinado una remilitarización de ese espacio, así como la postura agresiva de Rusia frente a Ucrania y las correspondientes sanciones aplicadas contra dicho país, provocarán la aparición de un posible espacio de confrontación. Por lo que se refiere a las controversias territoriales en el Ártico, se puede afirmar que hasta el momento presente —y con perspectivas de continuar en el futuro— las relaciones entre los Estados árticos se han apoyado en el paradigma de una cooperación fructífera a distintos niveles (político, científico y tecnológico) y que, incluso allí donde persisten controversias territoriales o marítimas, el ambiente entre las partes enfrentadas es de cooperación, o que dichas controversias se mantienen «frías» y con visos de ser resueltas por vías del entendimiento pacífico.

<sup>46</sup> El Consejo Ártico —creado por la Declaración de Ottawa de 1991— es el principal foro político de la región circumpolar norte, con una peculiar estructura en la que tienen cabida tanto los ocho Estados árticos como los representantes de las poblaciones indígenas de la región. Sus objetivos básicos son cooperación, el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente polar, así como fomentar la investigación científica sobre los cambios que se registran en la región del Polo Norte. Sin ser aún una organización internacional propiamente dicha, parecen haberse dado pasos en este sentido, véase GRACZYK, P. y KOIVUROVA, T., «A new era in the Arctic Council's external relations? Broader consequences of the Nuuk observer rules for Arctic governance», *Polar Record*, vol. 50, 2014, pp. 225-236.

<sup>47</sup> El Consejo Nórdico fue establecido en 1952, y es un foro de cooperación interparlamentaria; por su parte, el Consejo Nórdico de Ministros fue creado en 1971 y, a pesar de su nombre, consiste en varios consejos de ministros. Los ministros nórdicos reúnen sus respectivos Consejos de Ministros según las áreas políticas específicas un par de veces al año: actualmente, existen 10 distintos grupos, aparte del Consejo formado por los ministros de cooperación. Las decisiones en todos los consejos de ministros deben ser unánimes. La Presidencia del Consejo Nórdico de Ministros, que se mantiene durante un periodo de un año, gira entre los cinco países nórdicos y el país que ejerce la Presidencia tiene que elaborar un programa marco para orientar la cooperación nórdica durante este periodo de acción.

<sup>48</sup> Véase la página oficial de NordGen: <http://www.nordgen.org/index.php/en/content/view/full/2/> (consultada el 15 de junio de 2016).

*Bank*), el Banco Genético Nórdico de Animales de Granja (*Nordic Gene Bank Farm Animals*) y el Consejo Nórdico de Materiales Forestales de Reproducción (*Nordic Council for Forest Reproductive Material*). NordGen se financia fundamentalmente por el Consejo Nórdico de Ministros y su tarea principal es la de contribuir a asegurar una amplia diversidad de recursos genéticos vinculados a la alimentación y la agricultura. Esto se hace mediante la conservación y el uso sostenible, la documentación sólida y el trabajo de información y los acuerdos internacionales.

A pesar de que, como es obvio, la cooperación nórdica ha producido una gran cantidad de instituciones, no existe una institución que se ocupe del acceso a los mismos y el reparto de beneficios en relación con los recursos genéticos, lo que revela la diferente aproximación que a este tema existe desde cada uno de los países nórdicos. Esta es una cuestión trascendente en el espacio ártico debido a que en el mismo viven poblaciones indígenas que se han abastecido de los recursos naturales de su hostil medio, y sus conocimientos tradicionales pueden resultar básicos en el desarrollo de las actividades de bioprospección marina. De las tres cuestiones candentes —acceso, reparto de beneficios y cumplimiento— reguladas en la CDB y en sus instrumentos anejos, particularmente el Protocolo de Nagoya, cada Estado parte debe ir legislando sobre el acceso a sus recursos genéticos. A este respecto es de particular interés la legislación noruega, donde destacan la Ley sobre Diversidad Natural (2009) y la Ley sobre Recursos Marinos (2008)<sup>49</sup>. El Capítulo I, Sección 3.<sup>a</sup> de esta última normativa determina su alcance material y qué se entiende por «recursos marinos». Por lo que se refiere al alcance territorial, la Sección 4.<sup>a</sup> especifica que la Ley se aplica a bordo de los barcos de Noruega, y dentro del territorio terrestre noruego con la excepción de Jan Mayen y Svalbard/Spitzbergen, en el mar territorial y las aguas internas, en la plataforma continental y en las zonas establecidas en los puntos 1 y 5 de la Ley núm. 91, de 17 de diciembre de 1976, relativa a la Zona Económica Exclusiva de Noruega<sup>50</sup>. Asimismo, el Rey puede prescribir que la totalidad o parte de la Ley sea aplicable al territorio terrestre de Noruega en Jan Mayen, Svalbard/Spitzbergen, Isla Bouvet, Isla de Pedro I y Dronning Maud Land. Asimismo, en el Capítulo 2, Sección 4.<sup>a</sup> de la norma se regula la bioprospección marina, exigiendo un previo permiso público que determinará de qué forma los beneficios derivados de estas actividades podrían repercutir a favor del Estado.

<sup>49</sup> Noruega es parte de la Convención sobre Diversidad Biológica, que ratificó el 7 de julio de 1993 y entró en vigor en diciembre de ese año. También es parte del Protocolo de Nagoya, que ratificó el 1 de octubre de 2013 y entró en vigor el 12 de octubre de 2014. Los textos de las normas citadas se pueden consultar respectivamente en <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/nature-diversity-act/id570549/> y <http://www.fisheries.no/Publications/The-marine-resources-act/#.V3UQqE1f2po> (ambos consultados el 15 de junio de 2016).

<sup>50</sup> «*This Act applies on board Norwegian vessels, within Norwegian land territory with the exception of Jan Mayen and Svalbard, in the Norwegian territorial sea and internal waters, on the Norwegian continental shelf, and in the areas established under sections 1 and 5 of the Act of 17 December 1976 No. 91 relating to the Economic Zone of Norway. The King may prescribe that all or part of the Act is to apply to Norwegian land territory on Jan Mayen, Svalbard, Bouvet Island, Peter I's Island and Dronning Maud Land*».

Asimismo, de la legislación referida se desprende que el permiso puede establecer que los logros derivados de la bioprospección marina en Noruega no son patentables sin permiso del Gobierno (Capítulo 2, Sección 10.<sup>a</sup>).

Como señala David Leary<sup>51</sup> con acierto, esta regulación es relevante en relación con el estatuto peculiar de las islas Svalbard/Spitzbergen, particularmente en la medida en que pueden chocar con los arts. 3 y 8 del Tratado de París de 1920<sup>52</sup>. Se plantea hasta qué punto este Tratado impone restricciones a los derechos de Noruega en relación con el reparto de beneficios derivado de las actividades de bioprospección en Svalbard/Spitzbergen. El art. 8.2 del Tratado de Svalbard/Spitzbergen parece determinar que todos los beneficios derivados de las actividades de bioprospección en Svalbard/Spitzbergen deberían repercutir en favor de las islas<sup>53</sup>. Más problemática es la cuestión de hasta dónde puede Noruega reclamar la extensión de sus espacios marítimos alrededor de Svalbard/Spitzbergen pues existe una diferencia de interpretación acerca de la extensión territorial del Tratado de Svalbard/Spitzbergen y, en consecuencia, respecto de la extensión de los derechos soberanos de Noruega en las islas y sus espacios marinos adyacentes. El Tratado, en distintas de sus disposiciones, establece que el derecho de igualdad de acceso de las partes contratantes a la explotación de los recursos se extiende al mar territorial. La determinación de la extensión del mar territorial ha cambiado siguiendo la evolución del Derecho del mar. Como los conceptos de plataforma continental y de ZEE no existían en 1920, Noruega arguye que los límites trazados en el Tratado de Svalbard/Spitzbergen deben ser interpretados restrictivamente. Asimismo, señala que la plataforma continental alrededor de Svalbard/Spitzbergen es una prolongación natural de la plataforma continental de Noruega, por lo que el derecho de acceso a la explotación de los recursos en esta zona no existiría para los Estados partes en el Tratado de Svalbard. La postura de España a este respecto en su nota verbal de 2 de marzo de 2007<sup>54</sup>, en respuesta a la solicitud de plataforma continental extendida alrededor de las Svalbard/Spitzbergen por parte de Noruega, señala que nada precluye el derecho de Noruega a extender sus espacios marinos, siempre y cuando a los mismos se les siga aplicando el Tratado de Svalbard/Spitzbergen. Esta fue también la postura de Rusia<sup>55</sup>. No obstante, los últimos desarrollos en la región relativos a la plataforma continental extendida ártica,

<sup>51</sup> LEARY, D. K., *op. cit.*, nota 34, pp. 53-54.

<sup>52</sup> El Tratado de Svalbard de 1920, del que son parte 40 Estados, entre ellos España, establece un régimen de soberanía noruega sobre el archipiélago pero reconoce el derecho de igualdad de acceso sin discriminación a la explotación de los recursos naturales de las demás partes contratantes, véase CONDE PÉREZ, E., «Geopolítica del Ártico: el Derecho Internacional ante los retos del cambio climático en la región», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2014*, Bilbao, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 123-124.

<sup>53</sup> «*Taxes, dues and duties levied shall be devoted exclusively to the said territories and shall not exceed what is required for the object in view*».

<sup>54</sup> [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/nor06/esp\\_0700348.pdf](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/esp_0700348.pdf) (consultado el 15 de junio de 2016).

<sup>55</sup> [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/nor06/rus\\_07\\_00325.pdf](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/nor06/rus_07_00325.pdf) (consultado el 15 de junio de 2016).

hacen presumir un equilibrio de fuerzas en el que la oposición a la extensión noruega se ha diluido en favor de soluciones cooperativas en otros ámbitos<sup>56</sup>.

Por otra parte, no hay que perder de vista que todos los Estados árticos —a excepción de los Estados Unidos de América, que no es parte en la CNUDM— se han embarcado en el proceso de solicitud de una plataforma continental extendida<sup>57</sup>, lo cual, como se ha señalado más atrás puede tener trascendencia dada la incierta regulación de los derechos del ribereño respecto del material genético existente en este espacio. Una cuestión que se plantea es la relativa a si un Estado ribereño podría aplicar su normativa —en este caso en materia de biodiversidad— respecto de una embarcación que se encuentra en alta mar, pero que presuntamente está tomando muestras genéticas de especies sedentarias. Si bien la CNUDM contiene disposiciones específicas para hacer efectiva la legislación del ribereño en la ZEE (art. 73 de la CNUDM) o en el mar territorial (art. 25 de la CNUDM), en la Parte VI que regula la plataforma continental no se dispone nada al respecto, es más, por lo que se refiere a la plataforma continental ampliada, el art. 78 de la CNUDM señala que la columna de agua sobre aquella es alta mar y los Estados ribereños deben abstenerse de interferir en los derechos y libertades propias del alta mar.

Como varios Estados nórdicos son miembros de la Unión Europea (UE) hay que tener en cuenta también la normativa europea contenida en la Estrategia sobre la biodiversidad hasta 2020<sup>58</sup>. En este marco, la UE deberá intensificar su aportación a la lucha contra la pérdida de biodiversidad a nivel mundial cumpliendo los compromisos asumidos en la 10.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes (CoP10) del Convenio sobre la diversidad biológica de las Naciones Unidas, celebrada en Nagoya en 2010<sup>59</sup>. En esta conferencia, la UE se comprometió a: alcanzar los objetivos fijados en el Plan estratégico mundial para la biodiversidad 2011-2020; aplicar el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización para el Convenio sobre la diversidad biológica; y movilizar los recursos financieros suplementarios a la altura del desafío de la conservación de la biodiversidad a nivel mundial.

La política de la UE en esta materia ha sido que las disposiciones del Protocolo se aplican a los recursos genéticos solo tras la entrada en vigor del mismo y solo respecto del acceso en Estados partes en dicho Protocolo. Por

<sup>56</sup> CONDE PÉREZ, E., «Delimitaciones marítimas y territoriales en el Ártico: desarrollo y tendencias», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, núm. 1, pp. 238-239.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural», COM(2011) 244 final, de 3 de mayo de 2011, en [http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/brochures/2020%20Biod%20brochure\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/brochures/2020%20Biod%20brochure_es.pdf) (consultada el 13 de junio de 2016).

<sup>59</sup> Por la Decisión 2014/283/UE, del Consejo, de 14 de abril, relativa a la celebración en nombre de la Unión Europea del Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, se decide la participación de la UE en el mismo (DO L núm. 150, de 20 de mayo de 2014, pp. 231-233).

lo demás, la importancia que la UE reconoce al potencial biogenético del Ártico se pone de manifiesto en su muy reciente Comunicación «An integrated European Arctic Policy for the Arctic»<sup>60</sup> (27 de abril de 2016), en relación con el desarrollo de la «Economía Azul» de la UE<sup>61</sup>. Teniendo en cuenta que España aún no ha aprobado su Documento de Estrategia Polar, largamente anunciado, y que las Líneas Directrices del Documento para una Estrategia Polar Española, presentadas en julio de 2016, ponen énfasis en la actividad científica española en el Ártico, así como en nuestro alineamiento con la política de la UE, no es desdeñable el papel que pueda jugar nuestra ciencia bioprospectiva ni nuestra industria biotecnológica, que ya ha participado en consorcios a tales fines en el Ártico.

#### 4. CONCLUSIONES

Los usos derivados de las actividades de bioprospección son múltiples, en campos tan sumamente diversos y que afectan tan de lleno a nuestra vida cotidiana como la farmacología, algunos procesos industriales básicos para la conservación de los alimentos o la cosmética. Por otra parte, los beneficios comerciales de esta incipiente industria —aunque ya sólidamente asentada en algunos Estados— son ingentes y parecen destinados a aumentar progresivamente, por lo que el interés de las empresas, Estados y organizaciones internacionales en este ámbito es creciente. En esta misma línea de pensamiento, las actividades de bioprospección marina ofrecen un marco aún más optimista en cuanto a los productos derivados de aquella (los recursos marinos en gran medida están aún por explorar), su rentabilidad y sus usos.

Sin embargo, una serie de retos rodean a estas actividades y su desarrollo ordenado, como son los propios riesgos que acechan a la biodiversidad marina, cada vez más mermada debido a prácticas humanas poco sostenibles —pesca de arrastre, por ejemplo— o a los propios procesos naturales que enfrenta la Humanidad —como el cambio climático y la acidificación progresiva de los océanos— y la inexistencia de un régimen jurídico adecuado y específico que regule con propiedad las actividades de bioprospección marina. Esto es así porque aunque una multiplicidad de regímenes jurídicos interactúan en la materia, quedan cuestiones sin respuesta jurídica adecuada. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, que regula la utilización de los recursos genéticos, no contiene disposiciones particulares relativas a los recursos genéticos marinos. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, que contiene disposiciones relativas a la investigación científica marina, no aborda expresamente

<sup>60</sup> EUROPEAN COMMISSION AND HIGH REPRESENTATIVE OF THE UNION FOR FOREIGN AFFAIRS AND SECURITY POLICY, «Joint Communication: An integrated European Union Policy for the Arctic», Bruselas, 2016, en [http://eeas.europa.eu/arctic\\_region/docs/160427\\_joint-communication-an-integrated-european-union-policy-for-the-arctic\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/arctic_region/docs/160427_joint-communication-an-integrated-european-union-policy-for-the-arctic_en.pdf) (consultada el 15 de junio de 2016).

<sup>61</sup> *Ibid.*, pp. 9 y 16.

la bioprospección marina como parte de ella y surgen dudas en torno a la calificación jurídica de las actividades de bioprospección como investigación científica marina pura, debido al componente comercial que persiguen dichas actividades. Es dudoso también que la bioprospección marina pueda considerarse propiamente una actividad extractiva a gran escala, por lo que las disposiciones de la CNUDM para regular la pesca resultan también inadecuadas en este punto. Existe una absoluta desregulación de la bioprospección marina en la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos, ya que el régimen previsto, basado en el patrón del concepto de «Patrimonio Común de la Humanidad», que se institucionalizó con una organización internacional, como la Autoridad, fue pensado exclusivamente para los recursos no vivos, concretamente los minerales. Otro espacio problemático, respecto de estas actividades y los poderes del ribereño respecto de las mismas, es la plataforma continental extendida.

Es decir, a pesar de los intentos por interpretar los instrumentos jurídicos existentes a la luz de la utilización de los recursos genéticos marinos, la situación jurídica de los mismos, especialmente los situados fuera de la jurisdicción nacional, sigue siendo incierta. La adopción de un marco jurídico específico, que promueva el desarrollo sostenible, el reparto de beneficios, el respeto a los conocimientos tradicionales de las poblaciones autóctonas y fomente la llamada «economía azul», parece urgente y deseable, pero no obstante sigue sin ser la panacea a todos los problemas.

El análisis de la situación de las actividades de bioprospección marina en las regiones polares arroja resultados diferentes al tratarse de espacios que tienen en común su carácter remoto y su condición helada, pero que difieren en muchos otros aspectos: la Antártida es un continente (helado), rodeado de mar y regido por un peculiar sistema de gestión que ha perdurado y gestionado con éxito este *global common* durante más de cincuenta años. El Ártico es un conjunto de océanos, rodeado de Estados, de forma que una multiplicidad de regímenes jurídicos interactúan en este espacio, con particular atención al Derecho del mar, pero sin olvidar las normas regionales (incluidas las de la propia UE) y las normas estatales. Además, el Ártico es un espacio donde habitan desde tiempos inmemoriales poblaciones indígenas, que se han servido tradicionalmente de sus conocimientos para aprovechar los recursos procedentes de la biodiversidad marina que los rodea.

El resultado de la comparación de la regulación de las actividades de bioprospección marina en ambos espacios arroja, como no podía ser de otro modo, resultados muy diversos. En la Antártida se plantean múltiples dudas derivadas fundamental, aunque no exclusivamente, de la interacción normativa entre la CNUDM, los tratados del STA, particularmente el Tratado Antártico, el CDB y sus instrumentos anejos, como el Protocolo de Nagoya. El carácter de la Antártida como un *global common* dedicado a la ciencia y a la difusión de los resultados de esta choca con los objetivos de las actividades de bioprospección. Por otra parte, es difícil determinar en beneficio de quién repercutirían los beneficios derivados de las actividades de bioprospección.

Quizá a estos efectos un tratado para los espacios situados más allá de las jurisdicciones nacionales, como se ha apuntado más arriba, podría resolver estas lagunas.

El espacio ártico ofrece un panorama totalmente diverso al antártico en lo que se refiere a la regulación de las actividades de bioprospección marina. Por un lado, los países árticos son especialmente activos en la materia. Por otro lado, se han alumbrado soluciones regionales, al menos entre los países nórdicos, lo que es síntoma de una cooperación fructífera. De entre los países nórdicos, Noruega es el más implicado en actividades de bioprospección y su legislación interna en cumplimiento de las disposiciones del CDB y el Protocolo de Nagoya plantea a su vez retos internacionales de donde pueden surgir controversias jurídicas futuras, pues entra de lleno en la regulación de un espacio en cierta medida internacionalizado, como son las islas Svalbard, bajo soberanía noruega, pero con un régimen de uso y disfrute equitativo en favor de todas las partes del Tratado de París de 1920, entre las que se cuenta España.

El diseño de una Estrategia Polar Española en consonancia con la política de la UE hacia los espacios polares —específicamente el Ártico—, estrategia en la que prima el interés científico de España en ambas zonas, exige tomar en consideración desde una perspectiva nacional actividades de la relevancia social y económica como las de bioprospección marina.

## RESUMEN

### RETOS JURÍDICOS DE LAS ACTIVIDADES DE BIOPROSPECCIÓN MARINA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ZONAS POLARES

Las actividades de bioprospección marina abren inmensas posibilidades para desarrollar productos en múltiples áreas que afectan a nuestra vida cotidiana. No obstante, la aplicación conjunta de diversos instrumentos jurídicos —Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, Convenio sobre la Diversidad Biológica e instrumentos conexos, como principales referencias jurídicas en este estudio— ponen de relieve la existencia de lagunas jurídicas en su regulación. En el artículo se hace referencia a las actividades de bioprospección marina en los espacios polares —Ártico y Antártida— con el fin de establecer una comparación que arroja resultados muy diferentes —con graves problemas de concepto en un caso (Antártida) y con importantes soluciones nacionales y regionales en el otro (Ártico)— que pueden servir de base para abordar la cuestión de forma constructiva en el futuro.

**Palabras clave:** bioprospección marina, Antártida, Ártico, investigación científica marina, plataforma continental ampliada, diversidad biológica, recursos genéticos marinos, reparto de beneficios, propiedad intelectual, conocimientos tradicionales.

## ABSTRACT

### LEGAL CHALLENGES RELATED TO MARINE BIOPROSPECTING ACTIVITIES SPECIAL FOCUS ON THE POLAR REGIONS

Marine bioprospecting activities open immense possibilities for the development of products in a number of areas that affect our daily lives. However, the combined applica-

tion of various legal instruments —the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Convention on Biological Diversity and related instruments, as the most relevant in this study—, highlights the existence of regulatory loopholes. In the article reference is made to marine bioprospecting activities in the Polar Regions —the Arctic and Antarctica— with the aim of establishing a comparison that sheds light on important differences —with severe conceptual problems in one case (Antarctica) and important national and regional solutions in the other (the Arctic)— that may allow to address the issue in a constructive way in the future.

**Keywords:** marine bioprospecting, Antarctica, the Arctic, marine scientific research, extended continental shelf, biological diversity, marine genetic resources, benefit sharing, traditional knowledge.



## «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» Y CONFLICTOS ARMADOS: UTILITARISMO INMEDIATO ANTE FENÓMENOS NO RESUELTOS Y NORMAS NO CONSENSUADAS \*

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA

Profesor titular de Derecho internacional público  
Universidad Rey Juan Carlos

**SUMARIO:** 1. LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ANTE LA PERPLEJIDAD DE LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL TERRORISMO Y LA FUNCIÓN HEGEMÓNICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD.—2. EL FENÓMENO DE LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS»: ORÍGENES, EXÉGESIS Y SECUENCIAS POSTERIORES DEL CONCEPTO.—3. «COMBATIENTES Y TERRORISTAS»: ¿UN OXÍMORON JURÍDICO O UNA TERCERA CATEGORÍA *IN NASCENDI*?—4. REACCIONES Y TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ENTRE LA INMEDIATEZ Y LA (IN)CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO.—4.1. Las novedades europeas y española en la prevención y lucha contra los «combatientes terroristas extranjeros». Los riesgos de una posible *objetivación* de la responsabilidad penal.—4.2. La jurisprudencia ante la nueva figura: incertidumbres sobre el Derecho aplicable.—5. LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» COMO FUNDAMENTO PARA UNA NUEVA EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA: ¿AMPLIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O GUERRA GLOBAL Y PREVENTIVA CONTRA EL TERRORISMO?—6. CONCLUSIONES: MÁS INCERTIDUMBRES QUE CERTEZAS.

### 1. LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ANTE LA PERPLEJIDAD DE LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL TERRORISMO Y LA FUNCIÓN HEGEMÓNICA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

El concepto de «combatiente terrorista extranjero» (CTE) y su vinculación con los conflictos armados consagrados en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad causan, cuando menos, perplejidad dentro de la terminología del ordenamiento internacional, pues se conjuga dos categorías

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientado a los Retos de la Sociedad, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Referencia DER2013-41962-R).

jurídicas en principio excluyentes, que operan en ámbitos diferentes y que presentan consecuencias divergentes. Igualmente, la adopción de esta resolución ha supuesto anticipar un tipo penal específico de terrorismo, sin que por el momento se haya consensuado una definición del crimen terrorista, precisamente por el carácter irreconciliable en la utilización de estos términos por parte de los negociadores del proyecto de convenio general sobre terrorismo.

Es verdad que el terrorismo y el conflicto armado referidos en la mencionada resolución presentan singularidades hasta ahora desconocidas. En ella el Consejo de Seguridad observa con preocupación que la amenaza del terrorismo ha cobrado un carácter cada vez más *difuso*, mientras que el Secretario General de las Naciones Unidas ha resaltado que la creciente amenaza que supone el Estado Islámico en el Iraq y el Levante (EIIL, ISIS, conocido también como Daesh) para la paz y la seguridad internacionales se refleja en su estrategia de expansión mundial ante el juramento de vasallaje prestado por numerosos grupos de todo el mundo a Abu Bakr al-Baghdadi y a su «califato»<sup>1</sup>. Por otra parte, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, tras enumerar las cruentas prácticas ejecutadas por la dictadura del terror del ISIS (violaciones generalizadas, sistemáticas y gravísimas de los derechos humanos y del derecho humanitario que podrían calificarse como genocidio y crímenes de lesa humanidad), concluye señalando que «la brutalidad y el carácter generalizado de los abusos parecen estar destinados a reforzar el monopolio absoluto del grupo en la vida política y social y lograr el sometimiento y la obediencia de las comunidades bajo su control. En consecuencia, los civiles que permanecen en las zonas controladas por el EIIL viven en un estado constante y casi inimaginable de pavor»<sup>2</sup>.

Este estado de control efectivo y la subsiguiente expansión global del terror no han encontrado una explicación satisfactoria sobre los logros de estos grupos que combinan la inmediatez y eficacia de su mensaje ideológico con la debilidad en la justificación del mismo. John Carlin, en un artículo publicado en *El País* poco tiempo después de los atentados terroristas de 22 de marzo de 2016 en Bruselas y en referencia a una extensa crítica de dos libros sobre el ISIS publicada en el *New York Review of Books*, afirmaba que «no está claro que nuestra cultura sea capaz de acumular el suficiente conocimiento, rigor, imaginación o humildad para comprender el fenómeno del ISIS. Por ahora deberíamos reconocer que estamos no solo horrorizados, sino perplejos»<sup>3</sup>. El autor anónimo de la crítica, un *ex* oficial de la OTAN, destacaba que el aumento de los combatientes extranjeros no ha resultado impulsado por nin-

<sup>1</sup> Cfr. Informe de 29 de enero de 2016 sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza, S/2016/92 29, p. 3.

<sup>2</sup> Cfr. párrs. 24 a 29 del Informe de 2015, A/HRC/29/51.

<sup>3</sup> «La nueva normalidad», *El País*, 26 de marzo de 2016.

gún cambio reciente en la política nacional o en el Islam. Nada fundamental ha cambiado en el fondo de la cultura o las creencias religiosas entre 2012, cuando apenas había combatientes extranjeros en Iraq, y 2014, cuando se registraron más de 200.000. El único cambio real, según este autor, es que existía un territorio disponible para atraerlos y alojarlos. Si el ISIS no se hubiera apoderado de Raqqa y Mosul, muchos de estos hombres seguirían viviendo sus rutinarias vidas en sus ciudades<sup>4</sup>. Estamos, además, ante lo que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha denominado como la consecuencia de la «trampa del conflicto»: conflictos que engendran más conflictos, partes en un conflicto armado que se fracturan y se multiplican y nuevas partes que intervienen en conflictos en curso. Las tensiones no resueltas, acumuladas a lo largo de los años y las décadas, continúan, según el CICR, agotando los recursos y corroyendo peligrosamente el tejido social y los medios de resiliencia de las poblaciones afectadas<sup>5</sup>.

La perplejidad se debe también a que esta resolución ahonda en la controvertida trayectoria legislativa hegemónica del Consejo de Seguridad pues *ex novo* introduce obligaciones internacionales que a diferencia de otras resoluciones, por ejemplo la Resolución 1373 (2001) y su relación con el Convenio contra la financiación del terrorismo de 1999, no cuentan con un soporte consensuado (un *consensus* mínimo previo) de carácter convencional, institucional o consuetudinario<sup>6</sup>. Haciendo analogía con los procesos de formación de ciertas costumbres, se trataría de la aparición de una «resolución normativa instantánea», en la que la ausencia de una práctica generalizada previa resultaría compensada por la intensidad en la aceptación de la misma. Al margen de la viabilidad de este proceso normativo, cabría preguntarse si el actual orden público internacional asumiría tal posibilidad en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), del Derecho internacional penal y humanitario y del *ius ad bellum*, ámbitos donde se imponen interpretaciones restrictivas y donde resulta altamente cuestionable que este tipo de combustiones instantáneas se produzca salvo que admitamos que su base inflamable son los principios elementales del Estado de Derecho de la comunidad internacional.

<sup>4</sup> Cfr. «The Mystery of ISIS», *The New York Review of Books*, 13 de agosto de 2015 (<http://www.nybooks.com/articles/2015/08/13/mystery-isis/>).

<sup>5</sup> Véase CIRC, *El Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos* (2015), 32IC/15/11, XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2015, p. 6.

<sup>6</sup> Véase la opinión de SCHEINI, M., *ex Relator Especial sobre derechos humanos en la lucha contra el terrorismo*, en «A Comment on Security Council Res 2178 (Foreign Terrorist Fighters) as a “Form” of Global Governance» (<https://www.justsecurity.org/15989/comment-security-council-res-2178-foreign-fighters-form-global-governance/>). Asimismo, los comentarios de GARRIDO MUÑOZ, A., «Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros», *REDI*, 2015-1, pp. 303-307, y de PETERS, A., «Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person», de 21 de noviembre de 2014 en *EJIL Talk!* (<http://www.ejiltalk.org/>). Asimismo, KATZ COGAN, J., «Stabilization and the expanding scope of the Security Council’s work», *AJIL*, 2015-2, pp. 324-339.

## 2. EL FENÓMENO DE LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS»: ORÍGENES, EXÉGESIS Y SECUENCIAS POSTERIORES DEL CONCEPTO

Como reiteradamente se ha afirmado, el fenómeno de los combatientes extranjeros no resulta nada novedoso en el panorama de los conflictos armados, tiene casi dos siglos de historia y hace referencia a las personas que abandonan su país de origen o de residencia habitual para intervenir en actividades violentas como parte de la insurgencia o de un grupo armado no estatal en un conflicto bélico<sup>7</sup>. Como ha sucedido con otras reglas o principios del Derecho internacional humanitario (DIH)<sup>8</sup>, la Guerra Civil española suele presentarse como uno de los escenarios al que se desplazaron entre 35.000 a 50.000 voluntarios en apoyo de las fuerzas republicanas o de las fuerzas golpistas sublevadas<sup>9</sup>. Especialmente significativo fue el reclutamiento fascista de los denominados «camisas negras» italianos o cómo se burlaba la prohibición de utilizar el pasaporte estadounidense para alistarse en el ejército de otro Estado, en este caso en defensa de la República española, por parte de la *Brigada Abraham Lincoln*, los «*commis-voyaguers en idéologie*» como los denominó el coronel Morell, agregado militar francés en Madrid<sup>10</sup>. Posteriormente, y sin olvidar el conflicto árabe-israelí de 1948, este fenómeno ha estado presente en la mayoría de los conflictos armados tanto internacionales como internos. En tal sentido, los combatientes extranjeros han resultado decisivos en los conflictos desarrollados en Afganistán, tanto el ocupado por la Unión Soviética durante la década de 1980 como el invadido por los Estados Unidos tras la operación «Libertad Duradera» de 2001; en la guerra de los Balcanes tras la desintegración de la antigua Yugoslavia así como en el conflicto checheno de 1999; en las hostilidades y guerras suscitadas en Argelia, Somalia, la zona de los Grandes Lagos o, más recientemente, en Libia, Yemen y en el Sahel.

En cuanto a la vinculación entre combatientes extranjeros y terrorismo, según el informe del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones, elaborado de conformidad con lo dispuesto en el párr. 23 de la Resolución 2178 (2014), se indica lo siguiente:

«A menudo se considera que Afganistán fue la zona donde aparecieron los primeros combatientes terroristas extranjeros. Fue allí donde Al-Qaida cons-

<sup>7</sup> MARRERO ROCHA, I., «Combatientes extranjeros y conflictos armados contemporáneos», en *Conflictos Armados, Género y Comunicación*, Madrid, 2015, pp. 82-84.

<sup>8</sup> Además de la aplicación del DIH a los conflictos internos, C. Fernández Liesa ha relatado el relevante precedente que supuso la Guerra Civil española en las reglas de limitación de medios de combate, las relativas a los bombardeos aéreos y a la protección de bienes culturales, o las de prisioneros y detenidos políticos (*El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*, Cizur Menor, 2013, pp. 476-481).

<sup>9</sup> MALET, D., *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, Oxford University Press, 2013, pp. 92-126, y «Why Foreign Fighters? Historical Perspectives and Solutions», *Orbis Journal of World Affairs*, 54, 2010-1, pp. 102-105.

<sup>10</sup> Citado por THOMAS, H., *La Guerra Civil Española*, vol. 2, Barcelona, 2003, pp. 621 y 623.

truyó un marco ideológico y organizativo para los combatientes terroristas extranjeros en 1998, mediante la declaración de un denominado “Frente Islámico Mundial para la Jihad contra los Judíos y los Cruzados”. Antes de 2001, Al-Qaida mantenía una red de campamentos de adiestramiento de terroristas en el Afganistán, que albergaba a un número significativo de combatientes terroristas extranjeros, que quizás sumaban varios miles. Debido a una relación simbiótica con el movimiento talibán, la mayoría de estos combatientes adiestrados por Al-Qaida fueron asignados a las fuerzas militares de combate de los talibanes»<sup>11</sup>.

Finalmente, la expresión CTE ha adquirido un estatuto jurídico singular respecto a la lucha contra el denominado Estado Islámico, el Frente Al-Nusra (FNA), así como contra otras entidades afiliadas o grupos disidentes o derivados de Al-Qaida, en virtud de los siguientes factores. En primer lugar, el incremento del número de combatientes extranjeros, la *heterogeneidad* de los Estados de origen<sup>12</sup> y la dificultad en concretar el perfil de sus integrantes<sup>13</sup>. Asimismo, se ha resaltado el fenómeno del *retorno de los combatientes terroristas* (en particular hacia *Occidente*), no solo en la medida en que traen consigo técnicas terroristas desplegadas por el EIIL y están dispuestos a cometer o tramar atentados, sino también porque participan en otras formas de apoyo a las actividades terroristas, incluidas la radicalización, la financiación, el reclutamiento y la incitación<sup>14</sup>. Finalmente, el rasgo singular de la «para-estatalidad» que presentan no solo mediante la ocupación efectiva de territorios en Iraq, Siria o, más recientemente, Libia, sino también por

<sup>11</sup> S/2015/358, p. 7. No obstante, autores como Hegghammer consideran que no pueden identificarse ambas categorías, pues la realidad presenta una complejidad que se cohonesto mal con esta asimilación. Como indica este autor, «*the distinction between foreign fighters and international terrorists notably allows scholars to show that, although foreign fighters and al-Qaida hail from the same pan-Islamist mother movement, they do not have exactly the same political preferences. Crucially, the two communities have often competed over resources, usually to the detriment of the latter. It also reveals that foreign fighters consistently enjoy higher levels of popular support across the Muslim world, and thus recruit and fund raise more easily than al-Qaida. The existence of links and movement of individuals between the two categories does not reduce the value of the analytical distinction; if anything, it calls for more research into the nature of those links*», HEGGHAMMER, Th., «The Rise of Muslim Foreign Fighters. Islam and the Globalization of Jihad», *International Security*, vol. 35, núm. 3 (Winter 2010/11), pp. 53-94, en particular, pp. 89-90.

<sup>12</sup> Sobre la evolución de este fenómeno véanse los informes del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones del Consejo de Seguridad: S/2015/358 y S/2015/683.

<sup>13</sup> En el Informe presentado por el Secretario General (S/2016/92, pp. 8-9) se insiste en la ausencia de una «personalidad tipo» bien definida que sea más propensa que otras a participar en actividades terroristas. No obstante, se resalta que «con el fin de atraer a las personas a su causa, el EIIL explota las dificultades socioeconómicas y los sentimientos de alienación, marginación, discriminación o victimización, precipitados, entre otras cosas, por la falta, real o aparente, de buena gobernanza y por la desigualdad, la injusticia y la falta de oportunidades. En apariencia, ofrece a los posibles candidatos la oportunidad de lograr un “prestigio social”, compañerismo, sensación de identidad y de pertenencia, cumplir un deber religioso, y un objetivo en la vida. Su ideología se basa en una interpretación perversa del Islam que también aprovecha los agravios históricos (y ofrece la oportunidad no solo para rebelarse contra la corrupción del actual orden político, sino también de erradicar la frontera “artificial” que divide el Iraq y la República Árabe Siria)».

<sup>14</sup> Cfr. Informe del Comité 1373 (2001), S/2015/338, p. 12, así como el informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo (S/2015/975, p. 8). Véase también HEGGHAMMER, T. y NESSER, P., «Assessing the Islamic State's commitment to attacking the West», *Perspectives on Terrorism*, 2015-4, pp. 14-30.

el control y efectividad de la propaganda (su «ciber-estatalidad») <sup>15</sup> y por los recursos financieros de los que disponen <sup>16</sup>.

No obstante lo anterior, el concepto CTE tiene su origen en la estrategia policial desarrollada por la Interpol e inmediatamente asumida por el Foro Global contra el Terrorismo (FGCT) <sup>17</sup>, un particular «*think tank*» internacional creado en 2011 y que obedece a los parámetros de la denominada gobernanza global y el «*global law*», pues se trata de un organismo sin subjetividad internacional, sus estatutos fundacionales son declaraciones políticas y se ha constituido en un importante foro generador de *soft law* integrado por memorandos, recomendaciones y buenas prácticas. En abril de 2013, Interpol aprobaba un proyecto sobre combatientes terroristas extranjeros, con la creación y el mantenimiento de una base de datos que permite, en el marco del denominado Centro de Fusión contra el Terrorismo, tanto el intercambio de información como la elaboración de análisis sobre distintas facetas del fenómeno <sup>18</sup>. En julio de ese mismo año se celebró en su sede de Lyon la primera reunión que implementaba el proyecto, en cuyo desarrollo España ha asumido desde el principio un destacado liderazgo <sup>19</sup>, mientras que en septiembre Marruecos y Países Bajos presentaron una iniciativa ante el FGCT respecto a este fenómeno.

Esta iniciativa dio lugar al Memorando de La Haya-Marraquech de 23 septiembre de 2014 sobre *Buenas Prácticas para dar una respuesta más eficaz al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros* que prevé la adopción por los Estados de una serie de medidas preventivas y de intervención social que resulten eficaces para crear estructuras de resiliencia frente al discurso violento y extremista de los terroristas. Pero, además, se recomienda el establecimiento de regímenes jurídicos completos que penalicen las actividades preparatorias a los actos criminales de terrorismo, en particular, las relacionadas con los viajes a un país extranjero para integrarse en grupos terroristas, participar en actividades terroristas o prestar apoyo a estos grupos, incluso en relación con conflictos armados.

Unos días antes, el 15 de agosto de 2104, el Consejo de Seguridad había adoptado la Resolución 2170 que en el marco de la lucha contra el terrorismo

<sup>15</sup> Cfr. Informe Comité 1373 (2001), S/2015/683, pp. 9-10.

<sup>16</sup> Cfr. Informe Comité 1373 S/2015/338, p. 11; Informe GAFI, «Financing of the terrorist organization Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL)» París, 2015, p. 5; Informe del Secretario General de 2016, S/2016/92, pp. 6-8.

<sup>17</sup> Bajo los auspicios de Estados Unidos y Turquía, este Foro se creó el 22 de septiembre de 2011 en Nueva York en la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores de sus 30 miembros fundadores, entre ellos España. Acerca de este organismo, miembros, socios y documentación: <https://www.thegctf.org/web/guest/home>.

<sup>18</sup> Véase *INTERPOL's activities against the foreign terrorist fighter threat, published on the occasion of the Leaders' Summit on Countering ISIL and Violent Extremism*, 29 de septiembre de 2015, Nueva York, Naciones Unidas (<http://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Publicaciones>).

<sup>19</sup> Cfr. REINARES, F., «Interpol, España y los combatientes terroristas extranjeros», publicado el 27 de mayo de 2015 en el blog del Real Instituto Elcano (<http://www.blog.rielcano.org/interpol-espana-los-combatientes-terroristas-extranjeros>).

internacional, ahora centrado en el EIIL y el FNA, dedica un apartado específico a los CTE en los términos expresados en el Memorándum. Pero será con la Resolución 2178, adoptada el 24 de septiembre de 2014 por el Consejo de Seguridad reunido en sesión del más alto nivel de jefes de Estado y Gobierno, cuando se adopte por unanimidad e igualmente dentro del Capítulo VII de la Carta, el marco regulatorio general de la nueva figura del «combatiente terrorista extranjero», *incluso en relación con conflictos armados*. El Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, que presidió esta sesión y que había impulsado su celebración<sup>20</sup>, resumía el contenido de la misma con dos importantes afirmaciones. En primer lugar que «en la resolución se reconoce que no existe una solución militar al problema de las personas que equivocadamente desean incorporarse a organizaciones terroristas», por lo que se insta a políticas proactivas y de integración que sean capaces de contrarrestar el extremismo violento que radicaliza, recluta y moviliza a personas para que participen en actividades terroristas. Por este motivo se reconoce que son «las comunidades locales —las familias, los amigos, los vecinos y los líderes religiosos— los más capaces de reconocer y ayudar a personas desilusionadas antes de que se dejen arrastrar por las ideologías extremistas y se vean envueltas en actos violentos»<sup>21</sup>. En segundo lugar, el presidente estadounidense declaraba que,

«las resoluciones por sí solas no serán suficientes. Las promesas en el papel no pueden mantenernos a salvo. La retórica idealista y las buenas intenciones no detendrán un solo ataque terrorista. Las palabras pronunciadas hoy aquí deben verse respaldadas por acciones y traducirse en hechos. Debe haber acciones concretas en el interior de las naciones y en las relaciones entre los países, no solo en los días por venir, sino en los próximos años. Lo cierto es que si alguna vez ha existido en nuestro mundo interconectado un desafío que no puede enfrentar una nación por sí sola, es este, el de terroristas que cruzan las fronteras y amenazan con desatar una violencia inenarrable»<sup>22</sup>.

En este último sentido cabrían destacar la Resolución 2253 (2015) del Consejo de Seguridad, que impone el régimen sancionador de la Resolución 2161 (2014) a los integrantes del EIIL<sup>23</sup>, así como la creación en 2014, fuera del marco institucional de la ONU y al margen de todo control multilateral, de la *Coalición contra el Daesh* con 66 miembros (entre ellos, la Unión

<sup>20</sup> Carta de fecha 3 de septiembre de 2014 dirigida al Secretario General (S/2014/648).

<sup>21</sup> Con la posterior Resolución 2250 de 9 de diciembre de 2015 relativa a los jóvenes en la lucha contra el terrorismo, al igual que ocurriera con la Resolución 1325 (2000) y el empoderamiento de las mujeres respecto a los conflictos armados, se pretende potenciar la presencia de los jóvenes en la toma de decisiones, fomentando su decisivo protagonismo para contrarrestar la propaganda terrorista. Véase también el documento adoptado en la sesión especial celebrada en Madrid (27-28 de julio de 2015) por el Comité contra el Terrorismo sobre el tema «Frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros» (S/2015/939).

<sup>22</sup> S/PV.7272, p. 5.

<sup>23</sup> A partir de ese momento, se denominará Comité del Consejo de Seguridad dimanante de las Resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015) relativas al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas, <https://www.un.org/sc/suborg/es/sanctions/1267>.

Europea y la Liga Árabe)<sup>24</sup>, y la adopción de la Resolución 2249 (2015) que, sin mencionar el marco vinculante del Capítulo VII de la Carta, *exhorta* a los *Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias* contra este fenómeno terrorista de conformidad con el Derecho internacional.

### 3. «COMBATIENTES Y TERRORISTAS»: ¿UN OXÍMORON JURÍDICO O UNA TERCERA CATEGORÍA *IN NASCENDI*?

Pero como señalábamos anteriormente, lo desconcertante es la simbiosis entre combatientes y terroristas, pues se trata de conceptos divergentes. Tal expresión encaja mal en los distintos regímenes jurídicos existentes en el Derecho internacional, pues perturba la aplicación y la razón de ser de los principios del DIH y no añade nada nuevo al varado proceso de regulación general del terrorismo que, además y en todo caso, dejaría al margen el estatuto jurídico de los combatientes. De hecho, el principal motivo de que no se haya adoptado por el momento un convenio general contra el terrorismo internacional es precisamente por la insistencia en diferenciar (así como en identificar y definir) entre fuerzas combatientes («fuerzas armadas» o «partes durante un conflicto armado»), a los que se les aplicaría el DIH y no el convenio general, incluso cuando comentan actos terroristas, y los terroristas cuya actuación quedaría subsumida en el convenio, así como en el régimen general antiterrorista<sup>25</sup>. Como se ha reiterado, la fuerza empleada por los combatientes y los terroristas son formas distintas de violencia que se rigen por regímenes jurídicos diferenciados, pues ambos sistemas tienen fundamentaciones, objetivos y estructuras muy diferentes. Un conflicto armado es una situación en que están permitidos ciertos actos de violencia (lícitos) y otros están prohibidos (ilícitos), mientras que cualquier acto de violencia designado como «de terrorismo» es siempre ilícito<sup>26</sup>.

En términos generales, los combatientes, concepto vinculado con los conflictos internacionales, tienen derecho a tomar parte activa en las hostilidades y, por tanto, no pueden ser perseguidos por participar en ellas, siempre y cuando al hacerlo no cometan una violación del DIH. De su estatuto internacional derivan dos importantes consecuencias. El combatiente es inmune frente a la persecución penal respecto a los actos de beligerancia realizados de conformidad con el Derecho humanitario y, en segundo lugar, si son dete-

<sup>24</sup> <http://theglobalcoalition.org>; MCLNNIS, K. J., «Coalition Contributions to Countering the Islamic State», 18 de noviembre de 2015, <https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R44135.pdf>.

<sup>25</sup> Cfr. AG, A/68/37, p. 19. Como es sabido, este tema se encuentra en *stand by* desde que se adopta el informe de 2013 por parte del Comité Especial establecido al efecto. Posteriormente, en la Resolución 70/120, de 14 de diciembre de 2015, incorporando el tema de los CTE, se recomienda que la Sexta Comisión establezca un grupo de trabajo con miras a finalizar el proceso de elaboración del proyecto de convenio general sobre el terrorismo internacional y las deliberaciones sobre la convocatoria de una conferencia de alto nivel bajo los auspicios de la ONU.

<sup>26</sup> CICR, *op. cit.*, nota 5, p. 22.

nidos gozan del estatuto de prisioneros de guerra<sup>27</sup>. Respecto a los conflictos internos, si bien el Protocolo II de 1977 no contiene una definición en este sentido, en su art. 1 se distingue entre fuerzas armadas de una Alta parte contratante y las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo. La práctica señala, no obstante, que cuando participen directamente en las hostilidades, estas personas pierden la protección contra los ataques otorgada a los civiles y que la simple participación directa en las hostilidades no está prohibida, ni tampoco constituye un crimen de guerra. En virtud de la legislación nacional, los combatientes de la oposición armada siempre podrían ser enjuiciados por la mera participación en las hostilidades, que incluso pueden considerarse como un acto de terrorismo. Sin embargo, el DIH recomienda que se declaren amnistías por la simple participación en esos actos<sup>28</sup>. También se ha destacado que sin conferirles *de jure* la condición de combatiente y para los fines de la aplicación correcta de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución, la calidad de miembro de estos grupos armados depende del criterio decisivo de que la persona en cuestión asuma una «función continua de combate»<sup>29</sup>.

Respecto al concepto de terrorista, en la actualidad presenta distintos enfoques<sup>30</sup>. En primer lugar, es verdad que no se ha alcanzado una necesaria,

<sup>27</sup> En cuanto a los criterios para la identificación del combatiente, el art. 1 del Reglamento de La Haya dispone que no se refieren solo a los miembros del ejército sino también a las milicias y a los cuerpos de voluntarios que reúnan las condiciones siguientes: «i) tener a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; ii) tener una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; iii) llevar las armas ostensiblemente; iv) sujetarse en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra». Esta definición es reiterada por el art. 4 del III Convenio de Ginebra, incorporando a los movimientos de resistencia organizados. No obstante, las anteriores condiciones se han reducido a dos en el Protocolo I, pues conforme a su art. 44.2, aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas del DIH, *la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal*. Asimismo en su párr. 3 se reafirma que los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil en el curso de un ataque o de una operación militar preparatoria de un ataque, sin embargo, dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto siempre que en esas circunstancias lleve sus armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo. Véase HENCKAERTS, J. M. y DOSWALD-BECK, L., *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, vol. 1, Normas, Buenos Aires, CICR, 2007, pp. 3-27.

<sup>28</sup> Véase «Foreign Fighters under International Law», *Academy Briefing*, núm. 7, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, octubre de 2014, pp. 15-21.

<sup>29</sup> A fin de calificar un acto hostil específico como participación directa en las hostilidades, se exige la concurrencia de tres requisitos acumulativos: un umbral respecto del daño; una relación de causalidad directa entre el acto y el daño previsto; y un nexo de beligerancia entre el acto y las hostilidades entre las partes en un conflicto armado. Cfr. MELZER, N., *Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en la Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, CICR, 2010, pp. 33-36 y 46-64. Véase también, KRETZMER, D., «Use of lethal force against suspected terrorists», en SALINAS DE FRÍAS, A. M., SAMUEL, K. y WHITE, N. D. (eds.), *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, pp. 618-655.

<sup>30</sup> DUFFY, H., *The «War on Terror» and the Framework of International Law*, Cambridge, 2015, pp. 29-74; SAUL, B., «Terrorism a legal concept», *Routledge Handbook of Law and Terrorism*, Nueva York, Genevieve Lennon (ed.), 2015, pp. 19-37.

precisa y limitada definición convencional de terrorismo internacional en tiempo de paz, siendo discutible si se podría acudir al Derecho consuetudinario para inferir tal definición<sup>31</sup>. No obstante lo anterior, existe un consolidado régimen general que regula la prevención y lucha contra determinadas actividades terroristas y cuyo eje vertebral estaría constituido por los distintos instrumentos internacionales —convenios universales y regionales que gozan de una amplia ratificación por parte de los Estados, así como la normativa institucional de las distintas organizaciones con competencia en la materia— que actuaría flanqueado por el DIDH como orden público garante, incluyendo las cláusulas de suspensión de derechos y libertades admitidas y regladas en el mismo.

Por otra parte, está unánimemente admitido que el terrorismo constituye una violación grave de las leyes y usos de la guerra (una subcategoría de crimen de guerra sometida a los *principios de responsabilidad penal y justicia universal*), aun cuando siga resistiéndose su consagración estatutaria como *crimen autónomo, incluso respecto a los conflictos armados*<sup>32</sup>. Haciendo aco-

<sup>31</sup> Respecto a esta cuestión presenta especial interés la *Decisión interlocutoria sobre el Derecho aplicable* resuelta el 16 de febrero de 2011 por la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona (STL-11-01/AC/RI76 bis). En la misma se indica que a la hora de interpretar el delito de terrorismo previsto en su Estatuto, se puede acudir a la noción de terrorismo internacional *en tiempo de paz* que habría emergido como norma de Derecho consuetudinario avalada por la práctica internacional sobre la materia (tratados —en concreto, el Convenio contra la financiación del terrorismo de 1999—, resoluciones de las Naciones Unidas —tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad, especialmente su Resolución 1566 de 2004—, legislación y jurisprudencia nacionales), prueba de la formación de una general *opinio iuris*. Según esta norma, los elementos integrantes del concepto de terrorismo serían los siguientes: i) *la intención (dolus)* del crimen subyacente (como el asesinato, el secuestro, toma de rehenes, incendios, etc.); ii) *la intención especial (dolus specialis)* de causar miedo o coaccionar a una autoridad (*mens rea*); iii) *la comisión del acto criminal (actus reus)*; y iv) *el carácter transnacional del acto terrorista*. En la Decisión, además, se añade que muy pocos Estados insisten en la negación de esta definición, en particular aquellos que suelen formular la reserva de los «combatientes de la libertad» que, en su caso, serían considerados objetos persistentes (cfr. p. 4 y párrs. 85 y 111). Para un análisis crítico de esta Decisión, véase AMBOS, K., «Judicial creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under International Law», *LJIL* 2011-3, pp. 655-675; SAUL, B., «Legislating from a radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an international crime of transnational terrorism», *LJIL* 2011-3, pp. 677-700; y GILLET, P. M. y SCHUSTER, M., «Fast-track Justice: The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism», *JICJ*, 2011-5, pp. 989-1020.

<sup>32</sup> Véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Derecho internacional penal y terrorismo. Historia de una relación incapaz de materializarse estatutariamente», en *Conflictos y Protección de Derechos Humanos en el Orden Internacional*, Universidad País Vasco, 2006, pp. 303-348. No obstante y haciendo alusión a la misma práctica convencional, resolutoria de las Naciones Unidas y nacional, la Decisión anteriormente citada del Tribunal Especial para el Líbano va más allá y contempla la posibilidad de la *existencia autónoma del crimen de terrorismo en los conflictos armados sin necesidad de reconducirlo a un crimen de guerra*. En concreto y tomando como referencia el art. 2.1.b) del Convenio contra la financiación del terrorismo, así como la práctica de importantes Estados (entonces 170 de 173 que habían ratificado el Convenio) que no han formulado reservas al mismo excluyendo el supuesto de libre determinación (*combatientes por la libertad*, párr. 108 de la Decisión), se indica que es posible concluir en buen derecho que se estaría gestionado una regla consuetudinaria (*in statu nascendi* o que la actual regla consuetudinaria está siendo progresivamente modificada) relativa al crimen de terrorismo contra civiles o cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades aplicable en los conflictos armados. Según la Decisión, tal conclusión vendría a subsanar la laguna de impunidad existente, pues la *financiación* de los actos de terrorismo contra la población civil o las personas que no participan directamente en las hostilidades no quedaría cubierta por el derecho humanitario como crimen de gue-

pio de su jurisprudencia anterior<sup>33</sup>, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY), en su Sentencia de 24 de marzo de 2016 en el asunto *Radovan Karadžić*, identificaba el terrorismo como los: *a)* actos o amenazas de violencia dirigidos contra la población civil o civiles que no participen directamente en las hostilidades; *b)* cuando el autor de forma intencionada hace de esa población civil o civiles, el objeto de tales actos de violencia; siempre y cuando *c)* se cometan con el propósito principal de generar terror entre la población<sup>34</sup>. Los actos o amenazas de violencia que aterrorizan no tienen por qué limitarse a los ataques directos contra la población civil, sino que pueden incluir además ataques indiscriminados o desproporcionados que causen tal efecto, aun cuando queden excluidos los ataques lícitos contra los combatientes. Por otra parte, el terror que ocasiona todo conflicto armado no queda amparado por el crimen de terrorismo, sino exclusivamente aquellos actos que se cometen con el objetivo principal («*primary purpose*») de aterrorizar, lo que no significa que haya de ser el único objetivo de tales actos o amenazas, basta con que sea el «principal entre los distintos objetivos». A la hora de concretar la empresa criminal conjunta respecto a los actos de terror infligidos contra la población de Sarajevo y su utilización como medida de presión ante la *comunidad internacional*, la Sala de Primera Instancia del TPIY precisó que tal intención puede inferirse, entre otras cosas, de la naturaleza, el modo, reiteración y la duración de los actos o amenazas de violencia, y también del carácter indiscriminado de los ataques que en numerosas ocasiones provocan una deliberada *atmósfera generalizada de terror*<sup>35</sup>. Por otra parte, y de acuerdo con esta jurisprudencia, la intención de aterrorizar a la población que se encuentra bajo su control ha de ser el principal, aunque no sea el único, *modus operandi* de la estrategia militar del grupo armado de que se trate. Provocar un terror perfectamente dirigido a tener miedo del propio miedo, a crear un estado de *ausencia absoluta de seguridad tanto a las personas directamente afectadas como a toda la comunidad internacional*<sup>36</sup>. En palabras del Tribunal Especial para Sierra Leona en el asunto *Charles Taylor*,

*«the Appeals Chamber is further satisfied that the Trial Chamber's findings show that the RUF/AFRC used acts of terror as its primary modus operandi through-*

---

rra. Se precisa, además, que los mismos actos financiados contra los combatientes o las personas que participan directamente en las hostilidades no serían calificados como actos de terrorismo ni crímenes de guerra a menos que no cumplan con lo previsto en el DIH (párrs. 108-109). Esta interpretación ha influido en la jurisprudencia nacional. Así la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales en el asunto *Mohammed Gul* si bien admite la conclusión de la existencia del concepto de terrorismo en tiempo de paz, sin embargo no admite la cristalización consuetudinaria del crimen autónomo de terrorismo en tiempo de guerra [Court of Appeal of England and Wales (Criminal Division), *R v. Mohammed Gul*, Case No. 2011/01697/C5 (2012) EWCA Crim 280 Gul case, párrs. 32-36]. Sobre este caso, véase Coco, A., «The Mark of Cain. The Crime of Terrorism in Times of Armed Conflict as Interpreted by the Court of Appeal of England and Wales in *R v. Mohammed Gul*», *JICJ*, 2013-2, pp. 425-440.

<sup>33</sup> En particular, las decisiones adoptadas en apelación a los asuntos *Stanislav Galić* (IT-98-29-A 30 de noviembre de 2006) y *Dragomir Milošević* (IT-9829/1-A, 12 de noviembre 2009).

<sup>34</sup> Cfr. *Prosecutor v. Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, p. 177, par. 459.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 1887-2029.

<sup>36</sup> BIANCHI, A., «Terrorism and Armed Conflict: Insights from a Law & Literature Perspective», *LJIL* 2011-1, pp. 13-14.

*out the Indictment Period. The RUF/AFRC pursued a strategy to achieve its goals through extreme fear by making Sierra Leone -fearful. The primary purpose was to spread terror, but it was not aimless terror. Barbaric, brutal violence was purposefully unleashed against civilians because it made them afraid-afraid that there would only be more unspeakable violence if they continued to resist in any way, continued to stay in their communities or dared to return to their homes. It also made governments and the international community afraid-afraid that unless the RUF/AFRC's demands were met, thousands more killings, mutilations, abductions and rapes of innocent civilians would follow. The conflict in Sierra Leone was bloody because the RUF/AFRC leadership deliberately made it bloody»<sup>37</sup>.*

Pero además, la expresión de «combatiente terrorista» plantea incertidumbres por sus connotaciones con el doctrinal y jurisprudencialmente cuestionado estatuto de los «combatientes ilegales» cuyo objetivo esencial es el establecimiento de una singular normativa ajena tanto al DIH (más restrictivo en cuanto al alcance de los derechos y libertades fundamentales), como al más garantista DIDH. Con la aplicación de la normativa referida al «combatiente enemigo ilegal», se consagra la *interpretación unilateral y selectiva* de las obligaciones internacionales por parte del Gobierno que la adopta<sup>38</sup>. Asimismo con tal concepción se pretende desmontar los límites geográficos del campo de batalla de las hostilidades, imponiendo un estado de excepción mundial. Frente a tal pretensión, el CICR ha declarado que la misma no parece encontrar sustento en la base esencialmente territorial del DIH pues,

«un enfoque sin límites territoriales implicaría que un miembro de un grupo armado o un civil que participa directamente en las hostilidades “llevaría” automáticamente consigo el CANI “original” dondequiera que fuese al trasladarse por el mundo. Así, de acuerdo con el DIH, sería un objetivo legítimo dentro de un espacio geográfico potencialmente ilimitado. Con muy pocas excepciones, la práctica de los Estados y la *opinio iuris* no parecen reflejar ese enfoque jurídico, y la gran mayoría de los Estados no parece adherir a la noción de “campo de batalla mundial”. Más aún, en términos prácticos, sería perturbador pensar en las posibles ramificaciones de la aplicabilidad territorial ilimitada del DIH si todos los Estados que participaran en un CANI en todo el mundo recurrieran al concepto de “campo de batalla mundial”»<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Véase párr. 300 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2013, Sala de Apelación, SCSL-03-01-A. El énfasis es añadido. Véase *Foreign Fighters under International Law*, *op. cit.*, pp. 27-31; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., «El Derecho penal internacional frente a los actos de terror acaecidos durante un conflicto armado», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 102, 2014, pp. 89-127; KEITH, K., «Deconstructing Terrorism as a War Crime: The Charles Taylor Case», *JICJ* 2013-4, pp. 813-833.

<sup>38</sup> Véanse GÓMEZ CORONA, E., «Guantánamo y los tribunales militares de excepción diez años después de los atentados del 11-S», *REDC*, 2011-2, pp. 377-408; COSTAS TRASCASAS, M., «La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del Derecho internacional», *REEL*, 17 2007; BOLLO AROCENA, M. D., «*Hamdan v. Rumsfeld*. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006», *REEL*, 12, 2006; y PÉREZ GONZÁLEZ, M. y RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos», *REDI*, 2002-1, pp. 11-40.

<sup>39</sup> CIRC, *op. cit.*, nota 5, p. 19.

#### 4. REACCIONES Y TENSIONES EN LA APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 2178 (2014): ENTRE LA INMEDIATEZ Y LA (IN)CONGRUENCIA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

##### 4.1. Las novedades europeas y española en la prevención y lucha contra los «combatientes terroristas extranjeros». Los riesgos de una posible *objetivación* de la responsabilidad penal

Si bien es verdad que ha habido una importante reacción legislativa sobre la incorporación de esta figura<sup>40</sup>, en el tercer informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo se apunta, en referencia al tema de la doble incriminación, que son pocos los Estados que han tipificado específicamente como delito los viajes de los combatientes terroristas extranjeros o su financiación<sup>41</sup>. Para evitar, precisamente, estos problemas de doble incriminación, el Consejo de Europa adoptó el 22 de octubre de 2015 en Riga el Protocolo adicional del Convenio para la prevención del terrorismo por el que se incorporan las previsiones de la Resolución 2178 (2014)<sup>42</sup>.

Ante el carácter restrictivo de las previsiones del Protocolo que podría contravenir la normativa internacional de derechos humanos así como el propio sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus Protocolos, en particular el derecho de libre circulación y el principio de legalidad penal, en el Informe explicativo del Protocolo<sup>43</sup> se precisa que, de la asunción de los tipos penales previstos en la Resolución 2178, no se ha de inferir una obligación para los Estados partes de introducir una *prohibición general o una incriminación de todos los viajes a ciertos destinos*. Es más, se destaca que no incluye necesariamente medidas administrativas de retirada de pasaporte y, en todo caso, las medidas adoptadas han de ser fiscalizadas por un tribunal independiente conforme a los procedimientos penales específicos en vigor en el Estado parte y los principios del Estado de Derecho. Para que una persona resulte incriminada se requiere el cumplimiento de dos presupuestos fundamentales según este Protocolo. En primer lugar, es necesario que la persona que viaja tenga como *objetivo real* cometer infracciones terroristas o participar en ellas, proporcionar o recibir adiestramiento para el terrorismo en un Estado distinto del de su nacionalidad o residencia. En segundo lugar,

<sup>40</sup> Véanse los Informes sobre aplicación de la Resolución 2178 (2014) preparados por la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo ([http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/index.html#ftf\\_documents](http://www.un.org/en/sc/ctc/resources/index.html#ftf_documents)); *Treatment of Foreign Fighters in Selected Jurisdictions*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, diciembre de 2014 (<http://www.loc.gov/law/help/foreign-fighters/treatment-of-foreign-fighters.pdf>) y el documento del Consejo de la UE «Criminal justice response to the phenomenon of foreign fighters: Compilation of replies», Bruselas, 23 de enero de 2015 (5206/15).

<sup>41</sup> Cfr. S/2015/975 pp. 17-18.

<sup>42</sup> CETS núm. 217. Entrará en vigor cuando alcance seis ratificaciones, entre ellas cuatro de los Estados miembros. A 6 de junio de 2016, solo ha sido ratificado por Albania, aunque lo han firmado 26 Estados miembros (entre ellos España: 22 de octubre de 2015) más la Unión Europea.

<sup>43</sup> Sobre el estado de este Protocolo, incluyendo su Informe explicativo, véase <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/217>.

debe cometer la *infracción ilegalmente y de forma intencionada*. En el caso de la financiación, organización o facilitación de los viajes se exige que el autor debe «conocer» tal finalidad terrorista de los viajes al extranjero. A efectos de determinar el carácter ilegal de la participación se ha de tener en cuenta, tal y como se manifiesta en el Informe explicativo, que resultan de aplicación al Protocolo los párrs. 4 y 5 del art. 26 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, de tal forma que ninguna disposición del mismo afectará a otros derechos, obligaciones y responsabilidades que se deriven para las Partes y las personas *del Derecho internacional, incluido el Derecho internacional humanitario*<sup>44</sup>.

Por su parte, la Unión Europea (UE) también ha puesto en funcionamiento su maquinaria legislativa y ejecutiva para dar cumplimiento a la batería de medidas previstas en la Resolución 2178<sup>45</sup>. En tal sentido, la Comisión Europea ha presentado un «Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo»<sup>46</sup> y el 14 de abril de 2016 se desbloqueaban distintas propuestas legislativas sobre el tratamiento de datos personales, incluyendo la intrusiva propuesta de Directiva sobre registro de datos de pasajeros<sup>47</sup>. Asimismo, en estos momentos se está discutiendo la propuesta de Directiva europea relativa a la lucha contra el terrorismo<sup>48</sup> que incorporará el régimen onusiano, así como las previsiones del Protocolo del Consejo de Europa que la UE firmó el mismo día de su adopción. En la propuesta se asumen los tipos penales vinculados a los CTE y a todo acto de organización o facilitación destinado a asistir a cualquier persona para viajar al extranjero con fines terroristas, a sabiendas de que esta asistencia se presta con tales fines. Según su exposición de motivos, esta previsión abarca los viajes tanto a terceros países como a los Estados miembros de la UE, incluidos los países de nacionalidad o residencia del autor del delito.

La tendencia a *objetivar* la responsabilidad penal ha dado lugar a que en ocasiones algunos Estados eludan la intencionalidad del acto y basen la sanción penal en el mero hecho de viajar a zonas calificadas como conflictivas o prohibidas a menos que se invoquen motivos legítimos, como la prestación de ayuda humanitaria, la realización de labores de periodismo o visitas a familiares<sup>49</sup>. Por otra parte, se ha criticado el amplio margen de discrecionalidad que confiere a los Estados una resolución cuyas previsiones no solo presentan un cuestionable grado de indeterminación, sino que además ade-

<sup>44</sup> Cfr. Convenio núm. 196 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009).

<sup>45</sup> Véase la siguiente dirección: <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/foreign-fighters/>.

<sup>46</sup> COM(2016) 50 final.

<sup>47</sup> P8\_TA(2016)0127.

<sup>48</sup> COM(2015) 625.

<sup>49</sup> Cfr. Informe de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, S/2015/975, p. 44; Informe del Grupo de Trabajo sobre la «Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación», A/70/330, p. 18; el segundo Informe sobre la aplicación de la Resolución 2178, S/2015/683, p. 35.

lantan de forma peligrosa la acción punitiva a los actos preparatorios que habitualmente no se consideran punibles<sup>50</sup>. En España, las previsiones de la Resolución 2178 se incorporaron en nuestro Código Penal mediante Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo<sup>51</sup>, en cuya tramitación parlamentaria se denunció que ofrecía una descripción del fenómeno del terrorismo de corte yihadista en clave y términos de «guerra preventiva contra el terror»; que su redacción estaba plagada de términos imprecisos e indeterminados; que agravaba la confusión entre delitos consumados y conductas preparatorias en un grado tan alejado de cualquier forma de ejecución como puede ser la lectura de textos, la posesión de propaganda, el adiestramiento y el adoctrinamiento pasivo o el traslado a las zonas de conflicto; y que no estaba suficientemente claro que se exigiera el requisito de intencionalidad en determinados delitos<sup>52</sup>.

#### 4.2. La jurisprudencia ante la nueva figura: incertidumbres sobre el Derecho aplicable

La propuesta de esta terminología dual sobre el vacío convencional existente viene a quebrar los delicados equilibrios en la aplicación del DIH y del DIDH. Estos desajustes se acentúan si tenemos en cuenta la multitud de entidades que participan en los distintos conflictos armados cuyas vinculaciones con los grupos terroristas listados resultan ambiguas o indeterminadas. La concepción global y globalizante que encierra la categoría CTE presenta resistencias naturales en su aplicación judicial al caso concreto. Además puede suceder, como ha acontecido con los talibanes en el Consejo de Seguridad<sup>53</sup>, el caso judicial de Hamás<sup>54</sup> o la ambivalencia en el tratamiento de Hezbollah<sup>55</sup>, que a partir de un determinado momento, o provisionalmente, ciertos grupos dejen de considerarse como terroristas. En el informe de 2015 del Grupo de Trabajo sobre la «Utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación» se destacaba cómo ante la mirada de grupos armados no estatales que operan en Siria, puede que no siempre sea posible para una persona anticipar si, en un futuro, un grupo concreto podría ser inculcado o no. A tal efecto se hace referencia a que «en algunos informes recientes se

<sup>50</sup> Cfr. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, A/70/371, pp. 8 y 9.

<sup>51</sup> BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>52</sup> Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, núm. B-211-3, X Legislatura, 18 de febrero de 2015, pp. 3-12.

<sup>53</sup> Véase Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad por la que estableció un Comité diferenciado del de Al-Qaida para supervisar la aplicación de las medidas contra las personas y entidades asociadas con los talibanes.

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala 2.ª) de 17 de diciembre de 2014, *Hamás c. Consejo de la Unión Europea*, asunto T-400/10. Frente a esta decisión se ha planteado recurso de casación *Consejo/ Hamas*, asunto C-79/15 P.

<sup>55</sup> A diferencia de Estados Unidos, la UE solo ha incluido como terrorista a la rama militar de esta organización, Reglamento de ejecución 790/2014 del Consejo, de 22 de julio, DO L núm. 217.

destacaron casos en los que se había interrumpido el enjuiciamiento de combatientes extranjeros que habían regresado, porque se habían unido a grupos que recibían apoyo del Estado enjuiciante, incluida asistencia militar»<sup>56</sup>.

Desde la Opinión consultiva de la CIJ en el asunto del *Muro*, se ha generado una relevante jurisprudencia que, en torno al principio de *lex specialis*, ha dotado de un cierto equilibrio de complementariedad a la interacción entre el DIDH y el DIH<sup>57</sup>. No obstante, la locución combatiente terrorista ha introducido otros elementos perturbadores. En el asunto *Abdulrahim* se debatió sobre las conexiones entre el Grupo Islámico Combatiente Libio (LIFG, en sus siglas en inglés), al que perteneció el demandante y que participó activamente contra el régimen del derrocado coronel Gadafi, y el grupo terrorista de Al-Qaida. Pues bien el Tribunal General de la UE concluyó que no todos los miembros del LIFG se asociaron o unieron a Al-Qaida, sino solamente una parte de aquellos. Por estos motivos se rechazó declarar que el hecho de que una persona estuviese vinculada al LIFG demostrara automáticamente su vínculo con Al-Qaida, requiriéndose, para mantener las medidas restrictivas adoptadas en el marco de la UE, examinar los vínculos caso por caso, sobre la base de las acciones concretas de cada uno de los interesados<sup>58</sup>.

En el asunto relativo a los *Tigres para la Liberación de la Patria Tamil*<sup>59</sup>, la demandante invocó, al estimar la existencia de un conflicto armado en su lucha por la libre determinación del pueblo tamil, la aplicación del DIH frente a las medidas restrictivas antiterroristas de la UE<sup>60</sup>. Pues bien, para la resolución de este singular caso que concluyó con la anulación del Reglamento impugnado por falta de suficiente motivación<sup>61</sup>, el Tribunal General reconoció que el Derecho de la UE sobre la prevención del terrorismo también se aplica a los «conflictos armados» en el sentido del Derecho internacional. El resultado lógico hubiese sido afirmar que la base jurídica de las medidas restrictivas era el DIH como *lex specialis*, no obstante consciente de la extravagancia de tal conclusión, el Tribunal fundamentó la legalidad de las mismas en la Resolución antiterrorista 1373 (2001) del Consejo de Seguridad —dirigida, según el Tribunal, a intensificar la lucha contra el terrorismo a escala mundial mediante la cooperación sistemática y estrecha de todos los Estados<sup>62</sup>— y en

<sup>56</sup> A/70/330, p. 21.

<sup>57</sup> Cfr. Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012 y TEDH, asunto *Hassan c. el Reino Unido* (GS), Sentencia de 16 de septiembre de 2014. Véase la opinión separada del Juez Spano en el asunto *Hassan*, MILANOVIC, M., «A few thoughts on *Hassan v. United Kingdom*» (2014) *EJIL:Talk!*

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala 3.ª) asunto T127/09 RENV, *Abdulbasit Abdulrahim c. Consejo y Comisión*, párrs. 80-98, en particular, 80-83. Véase asimismo el caso *Hani El Sayyed Elsebai Yusef c. Comisión*, Sentencia del Tribunal General (Sala 2.ª), de 21 de marzo de 2014, asunto T306/10.

<sup>59</sup> Sentencia de 16 de octubre de 2014 del Tribunal General (Sala 6.ª ampliada), asuntos acumulados T-208/11 y T-508/11. Véase PANTALEO, L., «Of terrorists and combatants: the application of EU anti-terrorist measures to situations of armed conflict in the General Court's Ruling concerning the Liberation Tigers of Tamil Eelam», *European Law Review*, 2015-4, pp. 599-613.

<sup>60</sup> Cfr. párr. 54 de la sentencia.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párrs. 157-229.

<sup>62</sup> Cfr. párr. 129.

el art. 2.1.b) del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo que, al igual que se indicara en la referida Decisión interlocutoria del Tribunal Especial para el Líbano, prevé la comisión de actos de terrorismo en el contexto de un conflicto armado. Realmente el Tribunal llega a una doble y confusa conclusión sobre el Derecho aplicable en los conflictos armados y la autonomía del crimen del terrorismo. Por una parte precisa que el citado Convenio de Naciones Unidas «confirma que, incluso en un conflicto armado en el sentido del Derecho internacional humanitario, pueden existir *actos de terrorismo que pueden ser reprimidos como tales y no solo como crímenes de guerra*. Estos actos incluyen aquellos destinados a causar la muerte o lesiones corporales graves a civiles». Mientras que en su párrafo siguiente asume que el argumento *a contrario* de la demandante, según el cual el art. 2.1.b) del Convenio de Nueva York de 1999 excluye de su ámbito de aplicación cualquier acto dirigido contra personas que participen directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, no desvirtúa en absoluto dicha constatación<sup>63</sup>.

Además de lo anterior y para hacer frente a la escalada de demandas frente a este tipo de medidas restrictivas, la UE ha tomado decisiones que pueden contravenir las exigencias del derecho a un proceso justo. En tal sentido en el decimoséptimo informe del Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones contra Al-Qaida<sup>64</sup>, se presenta como un gran logro frente a la doctrina *Kadi II* que el Consejo de la UE haya aprobado recientemente un nuevo Reglamento del Tribunal General en el que, entre otras enmiendas, se prevé el establecimiento de un mecanismo para que este Tribunal pueda, en determinadas circunstancias, examinar información confidencial sin comunicárselo a la parte interesada, como en el caso de una persona que recurra la imposición de sanciones antiterroristas<sup>65</sup>. A fin de defender igualmente los derechos del sancionado no informado, en los casos en que el Tribunal General tome en consideración esas pruebas confidenciales, la disposición del Reglamento referida concluye con el siguiente enigmático párrafo,

«cuando el Tribunal General considere indispensables para la resolución del litigio una información o unos documentos que, por su carácter confidencial, no se comunicaron a la otra parte principal con arreglo al método contemplado en el apartado 6, podrá, no obstante lo dispuesto en el artículo 64 (*principio contradictorio*) y limitándose a lo que sea estrictamente necesario, basar su fallo en esa información o en esos documentos. Al valorar tal información o tales documentos, *el Tribunal tendrá en cuenta el hecho de que una parte principal no ha podido exponer sus observaciones sobre ellos*»<sup>66</sup>.

Incertidumbres sobre la normativa nacional aplicable también se han planteado en la práctica judicial española como consecuencia de las novedades introducidas en la última reforma del CP. Con anterioridad a la entrada

<sup>63</sup> Cfr. párrs. 64-66.

<sup>64</sup> S/2015/441, p. 17.

<sup>65</sup> DOUE L núm. 105, de 23 de abril de 2015.

<sup>66</sup> Véase el art. 105.8 del Reglamento.

en vigor de la reforma penal de 2015, la Audiencia Nacional (AN) imputó por integración en organización terrorista a dos españoles que fueron detenidos *tras combatir en Siria contra el Daesh* integrados en las milicias kurdas del YPG (*Ejército del Estado de Rojava*) vinculado al Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), organización catalogada de terrorista por la UE y Estados Unidos. Según la información difundida en prensa se les acusaba además «de participar en un conflicto armado fuera de España sin autorización del Estado y poniendo en grave riesgo los intereses nacionales»<sup>67</sup>.

Respecto a otro asunto de terrorismo yihadista en Siria, la AN en su Sentencia de 30 de septiembre de 2015<sup>68</sup>, precisó, tras examinar profusamente la Resolución 2178 (2014), que la incorporación de ciertas actividades terroristas en la reforma del Código Penal español se limitaba a ampliar la casuística de lo que se consideraba actos de colaboración, difusión pública o incitación a la comisión de los delitos de terrorismo<sup>69</sup>. Es verdad que también admitió que el denominado «adiestramiento pasivo» y el delito de «trasladarse o establecerse» en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista son delitos nuevos que se refieren a actividades de *capacitación propia* con los que el legislador amplió la cobertura penal respecto de conductas que conforme a la normativa anterior pudieran haber tenido dudoso encaje en los tipos de integración o colaboración con organización terrorista<sup>70</sup>. No obstante y respecto al tema de los viajes, estimó que una vez que resulta probada la participación y la existencia de una infraestructura logística que facilita los viajes y el establecimiento en el lugar de origen, tales actividades quedarían subsumidas en el tipo penal de integración en organización terrorista<sup>71</sup>.

En la misma sentencia se concluyó que no resultaba necesario para la persecución penal que en el momento de los hechos las organizaciones imputadas (en este caso, Al Nusra y el ISIS) hubiesen sido calificadas internacionalmente como terroristas. Lo fundamental, según la sentencia, es la finalidad perseguida de alterar gravemente la paz pública realizando de forma reiterada acciones violentas capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, con independencia del momento en que se produjera la inclusión formal en el Listado de las Naciones Unidas<sup>72</sup>. Asimismo y forzando la interpretación reconocida por el DIH, entiende que no podían

---

<sup>67</sup> Cfr. *La Vanguardia*, 7 de julio de 2015. Respecto a los «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», el art. 591 CP dispone que será castigado el que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla. Por su parte, el art. 592.1 CP establece que serán castigados los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieran inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras.

<sup>68</sup> Sentencia 23/2015 de la AN, de 30 de septiembre de 2015 (ROJ 3086/2015).

<sup>69</sup> Cfr. FJ 2.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Cfr. FJ 3.

<sup>72</sup> Cfr. FJ 1.

considerarse a los miembros de estas organizaciones como combatientes, o fuerzas armadas en un conflicto armado, pues, haciendo suyas las observaciones de la Sentencia de 11 de febrero de 2015 dictada por la Audiencia de Amberes, no cumplían los requisitos de ser reconocibles a distancia, llevar armas abiertamente y, en particular, respetar las leyes y usos de la guerra<sup>73</sup>.

## 5. LOS «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» COMO FUNDAMENTO PARA UNA NUEVA EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA: ¿AMPLIACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA O GUERRA GLOBAL Y PREVENTIVA CONTRA EL TERRORISMO?

Otro ámbito de incidencia de la Resolución 2178 (2014) se refiere al recurrente y controvertido tema de la «guerra global contra el terrorismo», en particular respecto a los denominados «conflictos híbridos» o conflictos *internos internacionalizados*<sup>74</sup> como es el caso del conflicto multidimensional que transcurre en Iraq y, particularmente, en Siria con la irrupción del EIIL. A tal efecto, esta resolución, junto con la Resolución 2249 (2015), han generado un destacado debate acerca de la virtualidad jurídica de nuevas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza que mutarían el esquema tradicional de la legítima defensa o derivarían en controvertidos supuestos de intervenciones armadas *presuntamente* compatibles con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas<sup>75</sup>.

En primer lugar y al igual que ocurriera con los acontecimientos bélicos tras las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), se ha proyectado la mirada hacia la alternativa jurisprudencial que plantearon algunos jueces en el asunto consultivo sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* (2004) y, en particular, en el asunto contencioso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda*, 2009), y que exigía del Tribunal de La Haya un análisis jurídico más completo de las singularidades y complejidades de

<sup>73</sup> Cfr. *ibid.*

<sup>74</sup> Cfr. el Informe del CICR de 2011 relativo al *Derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*, 31IC/11/5.1.2, Ginebra, 2011, pp. 10-13. Véase asimismo JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Conflictos internos (internacionalizados) y legítima defensa conforme al Derecho internacional», *El Conflicto Colombiano en las Relaciones Internacionales: Factores y Caracteres*, Madrid, Cuadernos de la Escuela Diplomática, 2013, núm. 47, pp. 89-109.

<sup>75</sup> Véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A., «Between old rules and new practices: Spanish practice on the use of force (1990-2015)» 19 *SYBIL* (2015), pp. 329-345; SCHALLER, Ch., «Using Force Against Terrorists “Outside Areas of Active Hostilities” - The Obama Approach and the Bin Laden Raid Revisited», *Journal of Conflict and Security Law*, 2015-2, pp. 195-227; VAN STEENBERGHE, R., «State practice and the evolution of the law of self-defence: clarifying the methodological debate», *Journal on the Use of Force and International Law*, 2015-1, pp. 81-96; HENRIKSEN, A., «Jus ad bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism Around the World», *Journal of Conflict and Security Law*, 2014-2, pp. 211-250; HENDERSON, Ch., «The Use of Force and Islamic State», *Journal on the Use of Force and International Law*, 2014-2, pp. 209-222.

los actuales conflictos armados y de sus consecuencias jurídicas respecto a la invocación de la legítima defensa frente a grupos armados no estatales<sup>76</sup>. Según esta tendencia, ante supuestos de falta de control efectivo por parte del Estado desde donde se producen los ataques armados por parte de grupos irregulares o terroristas, se podrá invocar el derecho *inmanente* de legítima defensa del art. 51 de la Carta cuando por sus dimensiones y efectos puedan ser calificados como agresión si tales ataques hubieran sido realizados por fuerzas armadas regulares. Respecto a estas situaciones, no se entendería razonable negar al Estado agredido tal derecho por el solo hecho de que no haya Estado agresor cuando, además, tal condición no es exigida por la Carta de las Naciones Unidas.

Tales requisitos serían cumplidos en atención a la situación de control efectivo y «para-gobernabilidad» del Daesh, por lo que se podría admitir la invocación del derecho de legítima defensa tanto por parte de Iraq como de Siria o aquellos Estados que sufrieran, en las mismas condiciones, ataques armados contra su integridad territorial o independencia política<sup>77</sup>. Además, en virtud de este derecho, cabría también invocar la legítima defensa colectiva en el caso de la existencia de una solicitud previa y expresa de ayuda. Este argumento vendría avalado de forma indirecta por la decididamente ambigua, y complaciente para las distintas partes implicadas, Resolución 2249 (2015)<sup>78</sup> en la que, sin referencia al Capítulo VII de la Carta ni al derecho a la legítima defensa y tomando nota de las cartas de fecha 25 de junio de 2014 y 20 de septiembre de 2014 de las autoridades iraquíes, se *exhorta a los Estados miembros que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias* sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIIL en Siria e Iraq, redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos y *erradiquen el cobijo* establecido en estos Estados<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. las opiniones de los Jueces R. Higgins (párr. 33) y Kooijmans (párr. 35) en la Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, y las opiniones de los Jueces Kooijmans (párrs. 26-35) y Simma (párrs. 4-15) respecto a la Sentencia de 19 de diciembre de 2009.

<sup>77</sup> En el informe del Secretario General de 2016 se hace mención a grupos terroristas vinculados al EIIL que operan en Derna (Libia), en Túnez, en Pakistán y en Filipinas, aun cuando matiza que en ese momento solo sus asociados en Libia y Afganistán tienen territorios de importancia bajo control (S/2016/92, p. 3). Respecto a Boko Haram, se ha indicado que en marzo de 2015 se declaró leal al EIIL y, posteriormente, cambió su propio nombre por el de «Provincia del Estado Islámico en África Occidental», aun cuando se desconoce el alcance total del apoyo material prestado por el EIIL (S/2015/975, párr. 49).

<sup>78</sup> Véase el debate suscitado en el blog *EJIL Talk!* por AKANDE, D. y MILANOVIC, M., «The constructive ambiguity of the Security Council's ISIS resolution», y WELLWE, M., «Permanent imminence of armed attacks: Resolution 2249 (2015) and the right to self defence against designated terrorist groups». Asimismo, HILPOLD, P., «The evolving right of counter-terrorism: An analysis of SC Resolution 2249 (2015) in view of some basic contributions in International Law literature», *Questions of International Law, Zoom-out*, 24 (2016), pp. 15-34.

<sup>79</sup> Fuera también del marco del Capítulo VII, resulta de interés la Resolución 2259 (2015) sobre Libia en cuya parte expositiva el Consejo de Seguridad reafirma la necesidad de combatir *por todos los medios* las amenazas para la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas, incluidos los cometidos por los grupos que proclaman su adhesión al EIIL en Libia. Esta expresión aparece en las resoluciones previas adoptadas en 2015: Resoluciones 2213, 2214 y 2238. En la Resolución 2214 se reafirma «su determinación de combatir por todos los medios, de conformidad con la Carta de las

Esta *legítima defensa ampliada* ha sido invocada por distintos Estados. La participación española en la *Coalición para la lucha contra el Daesh* ha sido justificada en la solicitud de ayuda del gobierno iraquí dirigida al Secretario General de la ONU mediante carta de 25 de junio de 2014 y reiterada en la Conferencia de París de 15 de septiembre<sup>80</sup>; en las Resoluciones 2169 (2014) y 2170 (2014) adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta; así como en el *llamamiento del presidente de los Estados Unidos (sic)* para liderar una amplia coalición internacional de lucha contra el ISIL<sup>81</sup>. Similares argumentos han sido esgrimidos por otros Estados<sup>82</sup>, incluido los Estados Unidos cuyo representante en el Consejo de Seguridad avaló la expresión «todas las medidas necesarias» de la Resolución 2249 (2015), insistiendo en que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho inherente a la legítima defensa individual y colectiva, están adoptando las medidas militares necesarias y proporcionales para privar de refugio seguro al ISIS<sup>83</sup>.

Por otra parte, Rusia ha invocado «la solicitud del Presidente de la República Árabe Siria, Basahr al-Asad» y ha reivindicado, para este caso, la necesidad de adoptar enfoques verdaderamente colectivos, basados en las normas y principios de Derecho internacional y las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, que reúnan a todas y cada una de las fuerzas comprometidas contra el terrorismo<sup>84</sup>. Respecto a la Resolución 2249 (2015) pre-

---

Naciones Unidas y el Derecho internacional, las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por los actos terroristas, incluidos los cometidos por el Estado Islámico del Iraq y el Levante (EIL, también conocido como Daesh), *en todas partes*, e instando a todos los Estados miembros a cooperar activamente a ese respecto».

<sup>80</sup> En la carta de 20 de septiembre de 2014 dirigida a la presidenta del Consejo de Seguridad (S/2014/691), Iraq centra su petición en las conclusiones de la Conferencia de París de 15 de septiembre de 2014. En tal sentido, acoge con beneplácito el compromiso asumido entonces por 26 Estados de prestar al nuevo Gobierno del Iraq todo el apoyo que sea necesario en esta guerra contra el EIL, lo que incluye asistencia militar adecuada mediante el suministro de cobertura aérea en coordinación con las fuerzas armadas iraquíes y de conformidad con el Derecho internacional, sin poner en riesgo la seguridad de civiles y velando para que no se ataquen zonas pobladas y se respete la soberanía del Iraq.

<sup>81</sup> Cfr. el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita la autorización de las Cortes, *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 540, de 17 de octubre de 2014, pp. 24-26. El ministro de Defensa, alegando la Resolución 2170, predecesora de la Resolución 2178, defendió en sede parlamentaria que en ella «se realiza un llamamiento para que bajo el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas que, como saben, autoriza el uso de la fuerza ante agresiones y amenazas a la paz, se tomen todas las medidas para frenar, primero, y erradicar, después, las atrocidades cometidas por el Estado Islámico en Irak y en Siria», *BOCG*, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, 22 de octubre de 2014, núm. 233, p. 37. La autorización del Congreso de los Diputados fue adoptada por 314 votos a favor, 11 en contra y cuatro abstenciones. Acerca de la posición española, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «The question of the use of force in Spanish practice (2012-2015): a legal perspective», 19 *SYBIL* (2015), p. 3235.

<sup>82</sup> Cfr. Estados Unidos mediante carta de 23 de septiembre de 2014 (S/2014/695); Australia en su carta de 9 de septiembre de 2015 (S/2015/693) y Dinamarca mediante carta de 11 de enero de 2016 (S/2016/34).

<sup>83</sup> S/PV.7565, p. 4.

<sup>84</sup> S/2015/792. El 14 de octubre de 2015, el representante sirio remitía cartas idénticas al Secretario General y al presidente del Consejo de Seguridad en las que reconocía que las medidas adoptadas por la Federación Rusa obedecían a la solicitud presentada por el Gobierno de la República Árabe Siria (A/70/429-S/2015/789). En contra de tal intervención, véase la carta de la Coalición Nacional de las

cisó que «la resolución de Francia es un llamamiento político más que una petición de cambiar los principios jurídicos en los que se basa la lucha contra el terrorismo»<sup>85</sup>. A su vez Turquía, que mantiene un contencioso cuasi-bélico con Rusia<sup>86</sup>, ha invocado el derecho inmanente a la legítima defensa, así como las Resoluciones 2170 (2014) y 2178 (2014) para proteger a sus ciudadanos y sus fronteras de forma proporcional frente al «fuego dimanante del territorio sirio». Si bien reconoce que *no existe vinculación con el Daesh*, también ha alegado tal derecho para justificar sus incursiones militares contra los grupos kurdos en Siria (PYD/YPG) al vincularlos con el PKK y el régimen sirio<sup>87</sup>.

No obstante, el principal debate no se plantea acerca de este hipotético supuesto de legítima defensa colectiva. No, los Estados que han intervenido militarmente en la zona defienden otros argumentos que no encajan en esta modalidad, sino que se orientaran más bien a la reformulación (*¿uti singuli otra vez?*) de la «guerra global y preventiva contra este tipo de terrorismo». Su principal argumentación no es que estén actuando frente a un ataque armado en curso contra la integridad territorial o política del Estado agredido, sino que actúan para conjurar el *estado de inseguridad global* que provoca la *amenaza terrorista que representa el Daesh* en virtud de los crímenes terroristas cometidos fuera del escenario bélico de Iraq y Siria. Se trata de amalgamar en torno al supuesto del terrorismo del ISIS distintas justificaciones pretendidamente compatibles con los propósitos de las Naciones Unidas, a pesar de no contar con el marchamo explícito de la ONU ni cabida en la jurisprudencia de la CIJ<sup>88</sup>.

En este sentido se han manifestado algunos Estados<sup>89</sup> y, particularmente, el gobierno francés. Para justificar la participación de su fuerza aérea, Fran-

Fuerzas de la Revolución y la Oposición Sirias de 16 de noviembre, transmitida por parte de Lituania (S/2015/882).

<sup>85</sup> S/PV.7565, p. 5.

<sup>86</sup> Véanse los siguientes documentos remitidos por Siria y Rusia, incluyendo las acusaciones de violaciones del espacio aéreo: por parte de Turquía (S/2016/148 y S/2016/126); por parte de Rusia (S/2016/143 y S/2016/94).

<sup>87</sup> Cfr. S/2015/563 de 24 de junio y S/2016/163 de 19 de febrero. En contra de las intervenciones turcas, se presentaron cartas idénticas de 16 de febrero por parte de Siria al Consejo de Seguridad y al Secretario General (S/2016/149).

<sup>88</sup> Acerca de las intervenciones indirectas en Libia y Siria, Sánchez Legido ha destacado que aquellos que han proclamado su interés en armar a grupos rebeldes, han tratado en primer lugar de encontrar la cobertura del Consejo de Seguridad o del consentimiento del gobierno en cuyo territorio operan y cuando ello no ha sido posible, «no han faltado los intentos por forzar las reglas establecidas, sea “reconociendo” a los rebeldes, sea apelando a interpretaciones como poco dudosas de la legítima defensa, sea en fin tratando de extraer de la noción de Responsabilidad de Proteger unas consecuencias que en modo alguno gozan de aceptación generalizada en la Comunidad Internacional» en «¿Podemos armar a los rebeldes? La legalidad internacional del envío de armas a grupos armados no estatales a la luz de los conflictos libio y sirio», 29 *REEI*, 2015, p. 42.

<sup>89</sup> El Reino Unido, mediante carta de 7 de septiembre de 2015 (S/2015/688), calificó como ejercicio necesario y proporcionado de la legítima defensa individual el ataque aéreo realizado por sus fuerzas armadas contra un vehículo en el que «viajaba un objetivo del que se sabía que estaba participando en la planificación y dirección de ataques armados inminentes contra el Reino Unido». Tales argumentos, más la Resolución 2249, fueron reiterados en la carta de 3 de diciembre de 2015 (S/2015/928) y en el Memorándum de noviembre presentado por David Cameron ante el Parlamento británico. Razones

cia remitió el 8 de septiembre de 2015 cartas idénticas al Secretario General y al Consejo de Seguridad en las que invocaba las Resoluciones 2170 (2014), 2178 (2014) y 2199 (2015) en la medida en que describen los actos terroristas cometidos por el Daesh como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales así como una *amenaza directa y grave contra Francia*<sup>90</sup>. Tras los atentados terroristas de 13 de noviembre de 2015, el presidente francés en su discurso ante el Parlamento declaró que «*France est en guerre*» y que intensificaría sus operaciones militares en Siria<sup>91</sup>. A tal efecto proclamó que se trataba de una guerra frente a un adversario nuevo como es el Daesh y ante actos bélicos que fueron decididos y planificados en Siria, organizados en Bélgica y perpetrados en Francia con complicidades francesas. En su discurso, el Presidente francés, François Hollande, hizo un recorrido por los distintos Estados en los que el Daesh había cometido atentados (Dinamarca, Túnez, Egipto, Líbano, Kuwait, Arabia Saudita, Turquía y Libia), así como por las diferentes operaciones militares francesas contra este terrorismo (Mali, en el Sahel frente al grupo terrorista Boko Haram, Iraq y Siria), para resaltar que la necesidad de destruir el Daesh constituía un objetivo que concierne a toda la comunidad internacional. A tal fin, destacó que había solicitado al Consejo de Seguridad una reunión para adoptar una resolución que marque esta voluntad común<sup>92</sup> y convocado a los ministros de defensa de los Estados miembros de la UE en virtud de la cláusula de asistencia mutua del art. 42.7 del TUE<sup>93</sup>.

Frente a este conjunto de alegaciones y justificaciones, el gobierno de Siria, que también defiende su derecho a la legítima defensa frente al terroris-

---

similares se arguyeron por Canadá en su carta de 31 de marzo de 2015 (S/2015/221) y Alemania quien en su carta de 10 de diciembre de 2015 (S/2015/946) precisaba que estaba justificado que, con arreglo al art. 51 de la Carta, los Estados que han sufrido ataques armados del EIIL *originados en esta parte del territorio sirio* adopten las medidas necesarias de legítima defensa, aun sin el consentimiento del Gobierno sirio.

<sup>90</sup> S/2015/745.

<sup>91</sup> <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/>.

<sup>92</sup> Con motivo de la adopción de la Resolución 2249, el representante francés, Sr. Delattre, afirmó que *los atentados del 13 de noviembre constituyeron un acto de agresión armada contra Francia*, por lo que las medidas militares que se habían comunicado al Consejo de Seguridad desde el principio, justificadas como medidas de legítima defensa colectiva, pueden en adelante fundamentarse igualmente como *legítima defensa individual* (S/PV7565, p. 2). Para un análisis crítico, véase LATTY, F., «Le brouillage des repères du jus contra bellum. A propos de l'usage de la force par la France contre Daesch», *RGDIP*, 2016-1, pp. 11-39.

<sup>93</sup> Junto a esta cláusula, el art. 222 TFUE regula la no invocada *cláusula de solidaridad* prevista para hacer frente a los *ataques terroristas* contra los Estados miembros de la UE. En la Sesión 3426 celebrada el 17 de noviembre de 2015, los ministros de Defensa manifestaron *unánimemente su pleno apoyo a Francia* y su disposición a prestar toda la ayuda y asistencia necesarias. Por otra parte y en atención a lo indicado por la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Sra. Mogherini, las propuestas pueden consistir en asistencia y ayuda sobre los diferentes teatros de operaciones en los que está presente Francia decididas por los distintos Estados, pues la puesta en práctica del art. 42.7 TUE no requiere ninguna decisión o conclusión formal por parte del Consejo. No se tratarían, pues, de operaciones PSDC sino más bien de supuestos de ayuda y de asistencia entre Estados miembros (Consejo de la Unión Europea, <http://www.consilium.europa.eu/es/meetings/fac/2015/11/16-17/>). Acerca de la solicitud francesa, véase 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*, 2016-1, pp. 41-67.

mo<sup>94</sup>, ha declarado que la legítima defensa invocada constituye una lectura distorsionada de la intención del art. 51 y es abiertamente incompatible con la Carta y las Resoluciones 2170 (2014), 2178 (2014) y 2199 (2015) del Consejo de Seguridad que exigen el respeto de la unidad, la soberanía y la integridad territorial de Siria. Entre las razones que expone para justificar dicha incompatibilidad señala que su gobierno no ha formulado ninguna solicitud a estos Estados, por lo que cualquier presencia de los mismos en el territorio sirio sin tal consentimiento, ya sea en su espacio terrestre o aéreo o en sus aguas territoriales, supondrá una violación de su soberanía. Otra interpretación de la Carta supone correr el riesgo de provocar el caos y la guerra en todo el mundo<sup>95</sup>. Asimismo precisó que el art. 51 de la Carta exige que se esté produciendo efectivamente un acto de agresión por parte de una fuerza armada contra un Estado, que la respuesta debe ser temporal y que se debe respetar la autoridad y la responsabilidad del Consejo de Seguridad<sup>96</sup>. También ha rechazado de pleno la invocación de la Resolución 2499 pues,

«no se aprobó en virtud del Capítulo VII de la Carta y no faculta a los Estados miembros a emplear la fuerza militar ni les solicita que la empleen. Más bien se limita a pedir medidas de conformidad con la Carta y el Derecho internacional, teniendo en cuenta que ambos defienden la soberanía y la igualdad de los Estados y prohíben la amenaza o el uso de la fuerza. ¿Podría darse el caso de que el representante de un Estado que lleva siendo miembro permanente del Consejo de Seguridad durante siete decenios ignore esos hechos?»<sup>97</sup>.

## 6. CONCLUSIONES: MÁS INCERTIDUMBRES QUE CERTEZAS

El terrorismo del Daesh constituye, sin ninguna duda, un reto ineludible para la comunidad internacional que ha de afrontarse desde distintas perspectivas que sean capaces de concitar el necesario consenso internacional y una efectiva respuesta que anule las perversas y cruentas consecuencias de su existencia. No obstante, el entramado normativo generado en torno a la expresión «combatientes terroristas extranjeros», compleja simbiosis entre categorías ampliamente conocidas por el Derecho internacional pero que representan realidades divergentes, derechos aplicables diferentes y evocan figuras que se entendían superadas por contrarias a Derecho (*combatiente enemigo ilegal/guerra global y preventiva contra el terrorismo*), plantea más incertidumbres que certezas.

La velocidad de los acontecimientos, la conmoción social y la inminencia en la respuesta no suelen ser buenos aliados en los ámbitos jurídicos, en particular cuando afectan a temas tan cruciales como los derechos humanos, el Derecho internacional humanitario o el *ius ad bellum*. Si bien es verdad que

<sup>94</sup> Cartas idénticas de fecha 30 de marzo de 2016 (S/2016/294).

<sup>95</sup> Carta de 17 de septiembre de 2015 (S/2015/719) referida a las intervenciones de Australia, Reino Unido y Francia.

<sup>96</sup> Carta de 29 de diciembre de 2015, A/70/673/-S/2015/1048, punto 4.

<sup>97</sup> *Ibid.*, punto 5. Véanse también las cartas idénticas de fecha 23 de febrero de 2016 (S/2016/174).

se ha generado una relevante práctica en la materia, cabría preguntarse si la misma ha ido acompañada de la necesaria *opinio iuris generalis* compartida por los distintos integrantes de la comunidad internacional más allá de los Estados directamente implicados. Quizá los distintos mecanismos que ya ofrece el Derecho internacional hubiesen resultado suficientes para luchar contra este terrorismo, quizá nos falta una apuesta más decidida de confianza en ellos y otorgarles una mayor efectividad.

## RESUMEN

### «COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS» Y CONFLICTOS ARMADOS: UTILITARISMO INMEDIATO ANTE FENÓMENOS NO RESUELTOS Y NORMAS NO CONSENSUADAS

La adopción de la Resolución 2178 (2014) y la expresión «combatientes terroristas extranjeros» vinculada a los conflictos armados, han suscitado numerosos interrogantes. Frente a la unanimidad en la adopción de la resolución, se han planteado distintas cuestiones que afectan a la elección del Derecho aplicable, a la creación de categorías jurídicas y su compatibilidad con los principios del Estado de Derecho y, finalmente, al debate sobre la posibilidad de reconocer nuevas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza (legítima defensa ampliada/guerra global y preventiva contra el terrorismo) ante actores no estatales.

**Palabras clave:** combatientes terroristas extranjeros, Resolución 2178 (2014), terrorismo, Derecho internacional humanitario, legítima defensa, guerra global contra el terrorismo.

## ABSTRACT

### «FOREIGN TERRORIST FIGHTERS» AND ARMED CONFLICTS: IMMEDIATE UTILITARIANISM TO UNSOLVED PHENOMENA AND NON-AGREED NORMS

The adoption of Resolution 2178 (2014) and the expression «foreign terrorist fighters» linked to armed conflict, have generated many questions. Despite the unanimity in the adoption of this resolution, different issues have been raised which affect the choice of the applicable law, the creation of legal categories and their compatibility with the principles of the rule of law. Finally, another controversy is the possibility to recognize new exceptions to the prohibition of the use of force (expanded self-defense/global and preventive war on terrorism) against non-state actors.

**Keywords:** foreign terrorist fighters, Resolution 2178 (2014), terrorism, international humanitarian law, self-defense, global war on terrorism.



Coordinación a cargo de  
Luis HINOJOSA, Blanca VILÁ  
y José Luis DE CASTRO

## DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

### EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTE LOS DESAFÍOS QUE PLANTEAN LOS ACTORES NO ESTATALES

José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

Doctor en Derecho  
Director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario  
de la Cruz Roja Española

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. La desprotección de las personas civiles en los conflictos armados actuales.—1.2. Los desafíos de los conflictos armados actuales y los actores no estatales.—2. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LAS PERSONAS CIVILES EN LAS HOSTILIDADES.—2.1. Consideraciones generales.—2.2. La excepción a la inmunidad de las personas civiles.—2.3. Delimitación de la noción de participación directa en hostilidades.—2.4. La teoría de la *revolving door*.—3. ACTOS DE TERROR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.—3.1. ¿A qué llamamos terrorismo o actos de terror?—3.2. ¿Cuál es la respuesta del Derecho internacional humanitario ante los actos de terror?—3.3. ¿Las normas imperativas del Derecho internacional humanitario son un obstáculo en la lucha contra el terrorismo?—3.4. Los desafíos y los actores no estatales.—4. LA ASISTENCIA DE LA SALUD EN PELIGRO. PROTECCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO Y DE LA MISIÓN MÉDICA.—4.1. La protección de los protectores.—4.2. La reacción de la comunidad internacional.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. La desprotección de las personas civiles en los conflictos armados actuales

Las personas civiles desarrollan un rol en los conflictos armados actuales que se incrementa cada vez más en importancia y aumenta su complejidad<sup>1</sup>. Ahora bien, su participación tiene dos aspectos que parecen contradictorios: son víctimas pero también victimarios y, paradójicamente, esta incidencia se produce tanto en los enfrentamientos con armas convencionales y escaso uso

<sup>1</sup> WENGER, A. y MASON, J. A., «Participación directa de civiles en conflictos armados: tendencias e implicaciones», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2008, núm. 872, pp. 339 y ss.

de la tecnología armamentística (típica de los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados o Estados fallidos) como en aquellos donde se utiliza la alta tecnología.

Podríamos resumir las causas de este fenómeno bélico destacando, en primer lugar, la disminución de las guerras entre Estados y el aumento de los conflictos armados internos o no internacionales, que alcanzan más del 90 por 100 de los actuales. En segundo lugar, la confusión en la práctica entre combatientes y personas civiles. En tercer lugar, el desconocimiento o no aceptación del principio del monopolio estatal del uso legítimo de la fuerza, dogma incontrovertido en los países occidentales pero no compartido en numerosos Estados donde se considera legítima la resistencia armada de entidades no estatales frente a un Estado que se considera opresor. En cuarto lugar, el aumento exponencial de las víctimas civiles por la utilización de armas o métodos de combate de alta tecnología que no respetan los principios de distinción, precaución y proporcionalidad. En quinto lugar, la violación de las normas más elementales del Derecho internacional humanitario (DIH) en los combates que se desarrollan en los conflictos armados asimétricos, en países desestructurados, donde realmente no existe un Estado capaz de respetarlas. Y, en sexto lugar, la privatización de la guerra, con la intervención masiva de empresas privadas militares y de seguridad.

En el Informe del secretario general de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad de 18 de junio de 2015 sobre la protección de los civiles en los conflictos armados<sup>2</sup> se señalan los problemas existentes en la actualidad y las recomendaciones para fortalecer esta protección. Se deja constancia de que se ha triplicado el número de personas necesitadas de asistencia humanitaria internacional, cuya inmensa mayoría son personas civiles afectadas por conflictos armados.

En este informe se advierte que la mayoría de los conflictos armados actuales se caracterizan por niveles estremecedores de brutalidad y se da muerte y se mutila a personas civiles en ataques selectivos o indiscriminados. Asimismo, se denuncia la tortura, la toma de rehenes, el reclutamiento forzoso, el desplazamiento y la separación familiar, la desaparición forzada, la violencia sexual y por razón de género, los ataques deliberados contra escuelas, hospitales y trabajadores humanitarios, la violación de las normas más elementales del DIH y la impunidad de estas graves infracciones.

## **1.2. Los desafíos de los conflictos armados actuales y los actores no estatales**

Los principales desafíos<sup>3</sup> que los conflictos armados presentan al DIH podrían concretarse en la determinación del principio y fin de la aplicabilidad

<sup>2</sup> Consejo de Seguridad, S/2015/453, de 18 de junio de 2015, pp. 1-2.

<sup>3</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, «El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos», 2015, <http://www.icrc-cicr.org> (consultada el 6 de junio de 2016).

del DIH y su alcance geográfico, el terrorismo, la asistencia y acceso humanitario, la protección del personal y bienes sanitarios, el estatuto de las fuerzas multinacionales, las limitaciones al uso de la fuerza, la detención de personas en los conflictos armados, las nuevas tecnologías de guerra (cibernética o armas autónomas), el uso de armas explosivas en zonas pobladas, la transferencia de armas, la existencia de armas nucleares y la falta de regulación de las empresas privadas militares y de seguridad. Y, naturalmente, como reto esencial, el establecimiento de un mecanismo eficaz para el cumplimiento del DIH.

Las características de los conflictos armados actuales desbordan la tipología tradicional al proliferar los actores no estatales y traspasar las fronteras en un fenómeno complejo de violencia transnacional<sup>4</sup>. Ahora bien, con frecuencia participan en las hostilidades numerosos *grupos armados organizados no estatales* que multiplican los frentes de batalla y constituyen un riesgo evidente para la población civil y para la acción humanitaria. En ocasiones, los conflictos armados no internacionales no conocen de fronteras y se extienden hacia los Estados vecinos. A continuación expondremos un muestrario, necesariamente incompleto, de las situaciones más relevantes que pueden considerarse como los principales desafíos que plantean los actores no estatales al DIH: la participación directa de las personas civiles en las hostilidades, los actos de terror y la asistencia de salud en peligro.

## 2. LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LAS PERSONAS CIVILES EN LAS HOSTILIDADES

### 2.1. Consideraciones generales

La paradoja de los conflictos armados actuales es que, por una parte, las personas civiles combaten ocultando su condición de combatientes y, por la otra, las personas civiles que se abstienen de todo acto hostil son objeto de ataques directos por las partes en el conflicto, que no respetan su inmunidad contra los ataques.

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ha elaborado una «Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el Derecho internacional humanitario»<sup>5</sup>.

Los grupos armados organizados deben pertenecer a una parte en el conflicto (un Estado responsable o un movimiento de liberación nacional en el caso de los conflictos armados internacionales por extensión a que hace referencia el art. 1.4 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenio de

<sup>4</sup> SALMON, E., *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima, Idehpucp/Pontificia Universidad Católica de Perú/CICR, 2004, pp. 79 y ss.

<sup>5</sup> MELZER, N., «Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2008, núm. 872, pp. 991-1047.

Ginebra)<sup>6</sup>, incluyendo expresamente las milicias irregulares, cuerpos de voluntarios y movimientos de resistencia, además de los miembros combatientes de las fuerzas armadas.

Así, los grupos organizados de violencia armada (delincuencia común, terroristas o piratas) sin relación con ninguna parte en el conflicto armado, no son miembros de las fuerzas armadas ni combatientes.

En cuanto al concepto de personas civiles en los conflictos armados no internacionales, se estima que son todas las que no son miembros de las fuerzas armadas del Estado, ni de grupos armados organizados por una parte en el conflicto. Estos últimos constituyen las fuerzas armadas de la parte no estatal en el conflicto y comprenden únicamente a los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades (función de combate continua).

## 2.2. La excepción a la inmunidad de las personas civiles

El principio de inmunidad de la población civil contra los ataques directos en los conflictos armados contiene una excepción que constituye el mayor problema jurídico<sup>7</sup> que se presenta en los conflictos actuales. Se trata de la determinación de lo que debe entenderse por *participación directa* (Protocolos I y II de 1977, Adicionales a los Convenios de Ginebra) o por *participación activa* (art. 3 común a los Convenios de Ginebra)<sup>8</sup>. Como advierte la doctrina<sup>9</sup> no se cuestiona esta calificación en la conducta consistente en participar en la acción militar. Pero caso distinto es la contribución general al esfuerzo bélico, aportando víveres a los que combaten o trabajando en una fábrica de armamento, porque hay que tener en cuenta que todas las personas civiles de un territorio en conflicto armado contribuyen en mayor o menor grado al esfuerzo que supone la guerra.

Debemos precisar que la contribución indirecta o no activa a la acción hostil puede suponer la detención (e incluso la imposición de una pena) de las personas civiles, pero no las convierte (en cuanto tales) en objeto de un ataque, que solo se justifica cuando es directa su participación.

Ahora bien, ¿cuál es la esencia de este principio? Una persona que no es combatiente debe abstenerse de participar directamente en la acción hostil y si lo hace viola una norma, pero no pierde su estatuto de persona civil. Naturalmente está sujeto a los riesgos de un ataque como persona que combate, pero no goza de los derechos que otorga el estatuto de combatiente (condi-

<sup>6</sup> BOE núm. 246, de 2 de septiembre de 1952.

<sup>7</sup> BOTHE, M., PARTSCH, K. J. y SOLF, W. A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 301-302.

<sup>8</sup> BOE núm. 177, de 26 de julio de 1989.

<sup>9</sup> RUYS, T., «License to Kill? State-sponsored Assassination Under International Law», *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, vols. 1-2, 2005, núm. 44, pp. 28-29.

ción de prisionero de guerra) ni de la inmunidad de la población civil. Es un civil que desempeña la función de combatiente y por ello no puede conservar la protección que se garantiza a los civiles que no combaten.

### 2.3. Delimitación de la noción de participación directa en hostilidades

No existen dudas de que constituye participación directa en la acción hostil el hecho de llevar a cabo un ataque (definido en el art. 49 del Protocolo I de 1977). Es decir, una acción de combate o el uso de la fuerza armada para realizar una operación militar. Pero no solo comprende actos de lucha física, sino también el hecho de dar órdenes para atacar, colocar aparatos explosivos o participar en un ataque cibernético. Por el contrario, no sería participación directa la actividad de las personas civiles que trabajen en una fábrica de armas. La práctica estatal y la doctrina, por lo que se refiere al carácter directo de la intervención, la extiende a la preparación del ataque o al retorno desde el lugar atacado.

El conflicto armado de los Balcanes (Kosovo) ha planteado situaciones problemáticas como el bombardeo de estaciones de radio y televisión, en ocasiones consideradas objetivos militares como parte de las redes de transmisión del enemigo<sup>10</sup>. Pero se rechaza generalmente que los periodistas participen directamente en la acción hostil al realizar funciones de propaganda y mantenimiento de la moral de los combatientes, pues se trata de acciones de participación indirecta.

No existe consenso en la doctrina ni en la práctica estatal sobre el estatuto de las autoridades políticas civiles que, en ocasiones, contribuyen (directa o indirectamente) en la conducción de las hostilidades. Para Marco Sassòli<sup>11</sup> es decisivo saber si estas autoridades están involucradas en la toma de decisiones de la acción hostil. Para otros autores<sup>12</sup> se debe interpretar estrictamente la noción de participación directa y siempre se debe distinguir entre el ala política y la militar.

Para las diversas posturas doctrinales también es problemático el estatuto de las personas civiles que voluntariamente se prestan a actuar como *escudos humanos*<sup>13</sup> para poner a cubierto de los ataques determinados objetivos

<sup>10</sup> RONZITTI, N., «¿Es aceptable el *non liquet* del Informe Final del Comité instituido para examinar la campaña de la OTAN en contra de la República Federativa de Yugoslavia?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, núm. 156, p. 300. Véase también, ROWE, P., «Kosovo 1999: The Air Campaign. Have the Provisions on Additional Protocol I Withstood the Test?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, núm. 837, pp. 147-164.

<sup>11</sup> «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», Taller realizado en el marco de la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, noviembre de 2007.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> QUÉGUINER, J.-F., «Precauciones previstas por el derecho relativo a la conducción de las hostilidades», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2006, núm. 864, pp. 20 y ss. Véase también, ROGERS,

militares. Estima Rogers<sup>14</sup>, en opinión que compartimos, que si actúan voluntariamente se puede considerar que participan directamente en la acción hostil, al impedir una operación militar. Por el contrario, no es participación directa si son obligados a poner a cubierto un objetivo militar o son tomados como rehenes.

Finalmente, no está exenta de problemas interpretativos la participación de líderes religiosos que exalten la moral de combate, prediquen el mantenimiento de las hostilidades o inciten a la resistencia con argumentos religiosos o desde lugares de culto<sup>15</sup>. Naturalmente constituye un supuesto de participación directa si están involucrados en las decisiones u organización de la acción hostil, pero solo se puede calificar de indirecta la participación si se limita a un apoyo confesional prestado a una de las partes en el conflicto armado, suministrando argumentos teológicos para la lucha armada.

#### 2.4. La teoría de la *revolving door*

La llamada teoría de la *revolving door* o *puerta giratoria* pone de manifiesto el peligro de que las personas civiles recobren la inmunidad durante el lapso de tiempo entre dos actos de hostilidad.

Significa que las personas civiles pierden y recuperan la protección contra los ataques directos en paralelo con los intervalos de su participación directa y temporal en las hostilidades. Así, la teoría de la *puerta giratoria* no es una disfunción del DIH, sino una consecuencia lógica de las normas humanitarias convencionales.

Mayores dificultades se presentan para determinar cuándo estas personas se desenganchan de un grupo armado organizado y recuperan su condición de personas civiles protegidas. No es necesario que declaren formal y abiertamente esta circunstancia, pues su decisión puede también expresarse a través de una conducta concluyente. No se puede establecer, como es lógico, el *lapsso* de tiempo necesario para recobrar la condición de persona civil protegida, pero debe garantizarse que no se trata de un mero descanso en la acción hostil. No debe primarse la estrategia de los grupos armados organizados no estatales consistente en ser *granjeros de día y combatientes de noche*.

---

A. P. V., «Una guerra sin víctimas», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2000, núm. 153, pp. 85 y ss.; y GARCÍA RICO, E. M., «La doctrina de las *Zero Casualty Wars* ante el Derecho internacional humanitario», en *Los conflictos armados en la era de la globalización*, Madrid, Partenón, 2007, pp. 127 y ss.

<sup>14</sup> «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», Taller realizado en el marco de la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, noviembre de 2007.

<sup>15</sup> *Ibid.*

### 3. ACTOS DE TERROR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

#### 3.1. ¿A qué llamamos terrorismo o actos de terror?

Los actos terroristas se dirigen contra la población civil usando medios indiscriminados con el fin de alcanzar objetivos que no podrían conseguirse por medios legítimos, por lo que supone una forma de *guerra total*, en la que el fin justifica los medios<sup>16</sup>. Nada pues más opuesto a la filosofía que preside el derecho protector de las víctimas de los conflictos armados.

Hay que deplorar que no exista todavía un tratado universal que defina, prohíba e incrimine el terrorismo o los actos terroristas en todas las circunstancias. Si se analizan los catorce tratados que integran el derecho convencional internacional antiterrorista, se advierte de su carácter sectorial. El Proyecto de convención general sobre el terrorismo internacional, en cambio, no ha logrado prosperar por la oposición de algunos Estados.

Al listado de normas convencionales contra el terrorismo habría que agregar, como enseguida veremos, los preceptos de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que prohíben los actos de terror. Merece ser citada, entre otras muchas, la Resolución 1566 (2004), de 8 de octubre, del Consejo de Seguridad, que formula indirectamente una definición de los actos terroristas basada en los delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo.

#### 3.2. ¿Cuál es la respuesta del Derecho internacional humanitario ante los actos de terror?

Del análisis de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus dos Protocolos (I y II) Adicionales de 1977, se deduce inequívocamente que los actos terroristas (es decir, el empleo de la violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil) están prohibidos en toda circunstancia, terminantemente y sin excepción. Más aún, como escribió Hans-Peter Gasser<sup>17</sup>, las autoridades de las partes contendientes y todos los Estados parte en los instrumentos de Derecho humanitario (todos los Estados de la comunidad internacional) tienen la obligación de proceder contra todo supuesto infractor de la prohibición del terrorismo.

Los actos terroristas están igualmente proscritos de manera absoluta en los conflictos armados sin carácter internacional, donde pueden alcanzar

<sup>16</sup> En los últimos quince años los atentados terroristas han pasado de 2.000 a 14.000. Y las víctimas se han multiplicado por nueve: véase NAIM, M., «Los números del terrorismo», *El País*, de 27 de marzo de 2016.

<sup>17</sup> GASSER, H.-P., «Prohibición de los actos de terrorismo en el Derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1986, núm. 76, pp. 208-221.

un alto grado de violencia los grupos armados no estatales. Concretamente la prohibición expresa de terrorismo en este ámbito se formula en los arts. 4.2.d) (trato humano) y 13, párr. 2 (por lo que se refiere a la población civil) del Protocolo II Adicional de 1977 («quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil»).

### 3.3. ¿Las normas imperativas del Derecho internacional humanitario son un obstáculo en la lucha contra el terrorismo?

Hans-Peter Gasser<sup>18</sup> expone dos convicciones que compartimos. En primer lugar, el DIH no es un obstáculo para combatir eficazmente el terrorismo. En segundo término, los presuntos terroristas siguen gozando de la protección del DIH, sean miembros de una fuerza armada o civiles (*combatientes ilegales*) pues continúan siendo *personas protegidas* en el sentido de los Convenios de Ginebra aplicables en el curso de un conflicto armado.

Por tanto, se estima que el DIH es aplicable cuando esta «lucha contra el terrorismo»<sup>19</sup> reúne los requisitos de un conflicto armado de cualquier tipo (internacional o interno), se produce una lucha armada y existen partes identificables en tal conflicto (fuerzas o grupos armados con cierta organización, estructura de mando y posibilidad aplicar el DIH).

Debemos concluir afirmando categóricamente que las medidas antiterroristas y la represión del delito de terrorismo deben respetar el DIH, cuando estos actos criminales se cometan durante un conflicto armado, teniendo en cuenta que si bien el DIH garantiza un trato humano a las personas que han cometido un crimen, no impide que la justicia penal desempeñe su cometido.

### 3.4. Los desafíos y los actores no estatales

En el panorama mundial han surgido «grupos armados no estatales» que realizan actos de terror, durante un conflicto armado y fuera de este ámbito, de forma global, por lo que resulta necesaria para la aplicación del DIH la distinción entre los marcos jurídicos que regulan el DIH y el terrorismo como fenómeno criminal transnacional, ante la inaceptable retórica de una «guerra contra el terrorismo» que proclama la existencia de un conflicto armado mundial en un «campo de batalla universal».

<sup>18</sup> GASSER, H-P., «Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law», *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, 2002, núm. 163, p. 566.

<sup>19</sup> Véase la «Declaración de la UE sobre la lucha contra el terrorismo», *Revista Española de Defensa*, 2004, marzo-abril, pp. 42 y ss.

## 4. LA ASISTENCIA DE LA SALUD EN PELIGRO. PROTECCIÓN DEL PERSONAL SANITARIO Y DE LA MISIÓN MÉDICA

### 4.1. La protección de los protectores

La protección indirecta, es decir, la que el DIH establece para el personal y medios sanitarios es esencial para la supervivencia de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas (combatientes fuera de combate) o de la población civil. Por tanto, los principios generales que determinan la protección de los heridos, enfermos y náufragos son aplicables también al personal sanitario<sup>20</sup> que tiene derecho a ser respetado (con la abstención de todo ataque) y ser protegido, proporcionándole la ayuda precisa para el cumplimiento de su misión humanitaria.

Jean Pictet<sup>21</sup>, después de proclamar el principio de que la asistencia humanitaria no constituye injerencia en el conflicto armado, expone los principios generales de aplicación al personal sanitario.

El primer principio consiste en que personal sanitario, como contrapartida de la inmunidad que se le otorga, debe abstenerse de todo acto hostil. Esta protección se extiende al personal sanitario civil y al de «protección civil».

La segunda regla determina que los miembros del personal sanitario están protegidos como profesionales de la medicina y no pueden ser obligados a actuaciones contrarias a su deontología (arts. 6 y 15 del Protocolo I de 1977).

La tercera norma estipula que el personal sanitario no puede ser obligado a dar informaciones sobre los heridos y enfermos a los que preste asistencia, si ello puede causarles algún perjuicio. No obstante se excepciona la información sobre las enfermedades transmisibles y lo que pueda disponer la legislación nacional (art. 16 del Protocolo I y art. 10 del Protocolo II de 1977).

Por último, se dispone que nadie será molestado ni castigado por el hecho de haber prestado asistencia a los heridos o enfermos de cualquier Parte en el conflicto (art. 18.3 del I Convenio de Ginebra de 1949 y arts. 16 y 17 del Protocolo I de 1977).

### 4.2. La reacción de la comunidad internacional

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su 7685.<sup>a</sup> sesión celebrada el 3 de mayo de 2016 y a propuesta de España, Japón, Nueva Zelanda, Egipto y Uruguay, aprobó por unanimidad la Resolución 2286 (2016), sobre los actos de violencia, ataques o amenazas a los heridos y enfermos, el perso-

<sup>20</sup> OTERO SOLANA, V., «La protección del medio sanitario en los conflictos armados», en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant, 2007, pp. 496 y ss.

<sup>21</sup> PICTET, J., *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Ginebra, Instituto Henry Dunant, 1986, pp. 81-83.

nal sanitario y humanitario, sus medios de transporte y equipo, los hospitales y otros establecimientos sanitarios, en los conflictos armados.

El Consejo, después de recordar las normas del DIH, condenar enérgicamente la impunidad de las citadas violaciones y abusos, asegurar la rendición de cuentas y reafirmar la responsabilidad primordial de los Estados, subraya la importancia de la educación y formación en materia de DIH, exhorta a los Estados a que velen por que sus fuerzas armadas y fuerzas de seguridad se esfuercen por integrar medidas prácticas de protección de los heridos y enfermos y servicios médicos en la planificación y la realización de sus operaciones, así como de asegurar un entorno seguro que permita la prestación de asistencia médica en las Operaciones de Mantenimiento de la Paz.

En la misma fecha (3 de mayo de 2016), el CICR, la Federación Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, numerosas Sociedades Nacionales de la Cruz Roja (entre ellas, la Cruz Roja Española) y de la Media Luna Roja, así como «Magen David Adom in Israel» y otras organizaciones internacionales del ámbito sanitario, suscribieron una Carta Abierta a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas denominada «Una firme determinación de acabar con la violencia contra la asistencia de salud». En dicho documento se da una señal de alarma: «Numerosos trabajadores de la salud mueren o resultan heridos mientras atienden a hombres, mujeres y niños heridos o enfermos durante los conflictos armados. Es una cuestión de vida o muerte y por ello se necesita una acción firme para acabar con la violencia contra los prestadores de asistencia de salud, los bombardeos de hospitales y la destrucción de ambulancias, hechos que impiden que comunidades enteras reciban servicios vitales».

Después de reafirmar la pertinencia del DIH, se urge a los Estados a que adopten medidas específicas para la protección de la prestación de asistencia de salud. Los Gobiernos deben revisar y, de ser necesario, adoptar legislación interna para prevenir la violencia contra los pacientes, las instalaciones y el personal de la salud, y los medios de transporte sanitarios.

La XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (celebrada en Ginebra del 8 al 10 de diciembre de 2015) aprobó por unanimidad (con el voto favorable de España y de la Cruz Roja Española) una Resolución denominada «Asistencia de salud en peligro (*Health Care in Danger*): Seguir protegiendo juntos la prestación de la asistencia de salud» en la que, después de expresar su profunda preocupación por los ataques contra el personal y las instalaciones de salud, exhorta a los Estados a asegurar que sus fuerzas armadas y fuerzas de seguridad se esfuercen o, si procede, prosigan los esfuerzos por integrar medidas prácticas para la protección de los heridos y los enfermos y de los servicios de asistencia de salud en la planificación y la conducción de sus operaciones.

**Palabras clave:** Derecho internacional humanitario, personas civiles, actores no estatales.

**Keywords:** International humanitarian law, civilians, non-State actors.

## ACTORES NO ESTATALES Y DESAFÍOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO\*

Marco SASSÒLI

Catedrático de Derecho internacional público  
Universidad de Ginebra

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ACTORES NO ESTATALES Y DIH.—3. ¿CÓMO VINCULA EL DIH A LOS GRUPOS ARMADOS?—4. ¿PUEDEN LOS GRUPOS ARMADOS CONTRIBUIR AL DESARROLLO DEL DIH?—5. ¿CÓMO MEJORAR EL RESPETO DEL DIH POR PARTE DE LOS GRUPOS ARMADOS?—6. OBSTÁCULOS PARA EL RESPETO DEL DIH POR PARTE DE LOS GRUPOS ARMADOS.—6.1. Reglas poco realistas.—6.2. El respeto del DIH no es recompensado.—6.3. Los esfuerzos por alcanzar compromisos con grupos armados son tachados de apoyo al terrorismo.—7. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional público está principalmente diseñado por y para los Estados, y sus mecanismos de implementación son una prueba fehaciente de ello. Por el contrario, la responsabilidad internacional de los actores no estatales (ANE) permanece en territorio apenas explorado y, en la mayoría de casos, no existen foros en los cuales su responsabilidad pueda ser invocada a fin de obtener los remedios correspondientes.

La realidad, no obstante, es que ONGs, compañías transnacionales y grupos armados juegan un papel creciente en la escena internacional, así sean prácticamente inexistentes para el ordenamiento jurídico internacional. Si éste último vinculara directamente a los ANE, les estaría reconociendo una cierta capacidad jurídica (con la ventaja de poder exigirles el cumplimiento de determinados estándares internacionales); en caso contrario, los estaría ignorando al dejar su entera regulación al Derecho interno del Estado territorial en el cual actúan. La segunda alternativa queda descartada respecto de grupos armados puesto que, en un conflicto armado no internacional (CANI),

\* El autor agradece a la Srta. Estefanía Pólit, estudiante del Máster de Derecho de la Academia de Ginebra de Derecho internacional humanitario y derechos humanos, por haber editado de manera diligente y eficiente la versión en español de la presente contribución.

estos se encuentran prácticamente fuera del alcance del sistema de aplicación de la ley del Estado.

## 2. ACTORES NO ESTATALES Y DIH

Los ANE han jugado siempre un papel característico en el marco del Derecho internacional humanitario (DIH); y evidencia de ello es la iniciativa de su codificación en tratados multilaterales que, desde 1859, ha estado en manos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Cabe recalcar que, recién en el año 2015, por primera vez, dos resoluciones que impulsan un mayor desarrollo del DIH (la primera, para fortalecer la protección de personas detenidas en CANIs, y la segunda, sobre un mecanismo para incrementar su respeto) no hacen mención explícita al CICR<sup>1</sup>. De cualquier forma, las Convenciones de Ginebra de 1949<sup>2</sup>, piedra angular del DIH, consagran derechos específicos para el CICR, organismos humanitarios imparciales y otros organismos de socorro<sup>3</sup>. Tradicionalmente, los insurgentes podían beneficiarse y a la vez estar sujetos a la totalidad de las normas del DIH aplicables a los conflictos armados internacionales mediante el reconocimiento de su beligerancia por el Gobierno<sup>4</sup>. El Protocolo Adicional I de 1977 otorga a determinados ANE —movimientos de liberación nacional— los mismos derechos y obligaciones que a los Estados, bajo el DIH de los conflictos armados internacionales (CAIs)<sup>5</sup>. Considerando que en la actualidad la mayoría de los conflictos armados son de carácter no internacional, los ANE que mayor relevancia práctica revisten en el marco del DIH y que a su vez representan un punto álgido para los Estados son los grupos armados no estatales que combaten contra el Estado (o entre ellos). Las víctimas dentro de este tipo de conflictos en teoría gozan, y en la práctica precisan, de la misma protección tanto frente a grupos armados como frente a los Gobiernos.

<sup>1</sup> Véanse Resoluciones: 1. Fortalecimiento del Derecho internacional humanitario que protege a las personas privadas de libertad (32IC/15/R1), y 2. Fortalecimiento del cumplimiento del Derecho internacional humanitario (32IC/15/R2) adoptadas el 10 de diciembre de 2015 por la XXXII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

<sup>2</sup> Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, *BOE* de 23 de agosto de 1952 (Convenio I); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, *BOE* de 26 de agosto de 1952 (Convenio II); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra, *BOE* de 5 de septiembre de 1952 (Convenio III); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, *BOE* de 2 de septiembre de 1952 (Convenio IV).

<sup>3</sup> Véanse arts. 3(2), 9 y 23 del Convenio I; 3(2) y 9 del Convenio II; 3(2), 9, 73, 75, 79, 123, 125 y 126 del Convenio III; 3(2), 9, 14, 30, 59, 61, 76, 102, 104, 109, 111, 140, 142 y 143 del Convenio IV.

<sup>4</sup> Véase SIVAKUMARAN, S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, OUP, 2012, pp. 9-20.

<sup>5</sup> Véanse arts. 1(4) y 96(3) del Protocolo Adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, *BOE* núm. 241, de 7 de octubre de 1989 (Protocolo I).

### 3. ¿CÓMO VINCULA EL DIH A LOS GRUPOS ARMADOS?

El art. 3 común a los Convenios de Ginebra deja absolutamente claro que ambos bandos en un CANI se encuentran sujetos a estas normas:

«En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, *cada una de las Partes* en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones» (cursiva añadida).

En teoría, los grupos armados se encuentran vinculados por el DIH porque los Estados así lo decidieron; porque el Estado territorial en cuestión ha legislado al respecto; o porque así lo determina el Derecho consuetudinario<sup>6</sup>. En la práctica, resulta más fácil obtener el respeto de las normas al invocar su aceptación por parte de los destinatarios y, por tanto, es preferible contar con el compromiso contraído por el grupo como tal. Así, representantes de un determinado grupo armado que han estado involucrados en las discusiones sobre su aceptación del DIH estarán más familiarizados con sus normas, percibirán el cumplimiento de las mismas como un elemento importante para la credibilidad del grupo, e impulsarán a los posibles individuos recalcitrantes dentro del grupo a respetarlas.

Uno de los mecanismos para asegurar dicho compromiso se encuentra explícitamente previsto en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, a través del cual se alienta a las partes dentro de un CANI a «poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones» de los Convenios. Sin embargo, y a pesar de que esta disposición enfatiza que dichos acuerdos no afectan al estatuto jurídico del grupo armado<sup>7</sup>, la mayoría de Gobiernos no están dispuestos a concluir ningún tipo de acuerdo pues temen que esto sería legitimarlos.

En cuanto a la posibilidad de que un grupo armado se obligue unilateralmente a observar las normas humanitarias, el Llamamiento de Ginebra<sup>8</sup> es la ONG pionera en este ámbito, al haber logrado comprometer a estos actores, mediante la firma de una *Escritura de Compromiso*, a observar normas que comprenden desde la prohibición del uso de las minas antipersonal hasta la protección de los niños frente a los efectos de los conflictos armados y la prohibición de la violencia sexual. De hecho, el secretario general de las Naciones Unidas mencionó a esta organización como un ejemplo de éxito en el ámbito del trabajo humanitario con actores armados no estatales<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Véase SASSOLI, M., «Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law», *The Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 1, 2010, núm. 5, pp. 13-14.

<sup>7</sup> Art. 3(4) común a los Convenios de Ginebra.

<sup>8</sup> Véase Llamamiento de Ginebra, <http://www.genevacall.org/home.htm> (consultada el 25 de mayo de 2016).

<sup>9</sup> Informe del Secretario General sobre la protección de los civiles en los conflictos armados, S/2009/277, 29 de mayo de 2009, párr. 43.

Otra forma de alcanzar estos compromisos consiste en asistir a los grupos armados a adoptar un código de conducta<sup>10</sup>. Esta regulación interna obliga a los líderes a traducir estas disposiciones legales en instrucciones comprensibles para sus miembros.

#### **4. ¿PUEDEN LOS GRUPOS ARMADOS CONTRIBUIR AL DESARROLLO DEL DIH?**

Los grupos armados deberían estar implicados en todo el proceso de desarrollo del DIH de los CANIs. Si es necesaria una revisión de este cuerpo legal, resulta lógico discutir con las partes concernidas, lo cual, en un CANI, incluye a los grupos armados. Sería absurdo sugerir que la revisión del Derecho de la guerra en el mar se realice sin consultar a la marina. El DIH debe ser aplicado por las partes en conflicto y, por tanto, debe responder a un entendimiento de sus problemas, dilemas y aspiraciones. A mi parecer, el uso y *opinio iuris* de los grupos armados debieran también ser tomados en cuenta al momento de evaluar el DIH consuetudinario aplicable a los CANIs<sup>11</sup>.

#### **5. ¿CÓMO MEJORAR EL RESPETO DEL DIH POR PARTE DE LOS GRUPOS ARMADOS?**

El Derecho debe ser conocido por quienes lo aplican y, en este sentido, la difusión del DIH a grupos armados debe tomar en cuenta sus particularidades. Partiendo de que un entrenamiento eficiente no se basa únicamente en el aprendizaje de las prohibiciones, sino en el entendimiento de qué situaciones de la vida real pueden ser resueltas en respeto del DIH, el riesgo de una formación realista es que aquella sea considerada como un apoyo al grupo, frecuentemente asimilada como apoyo al terrorismo. Obviamente, las dificultades que enfrentan los grupos armados para implementar el DIH difieren de aquellas que enfrenta el Estado. La idea de que estos grupos «legislen» es absolutamente rechazada por el Estado. No obstante, ¿cómo esperar que ellos, si no es en base a regulaciones de carácter general y regulaciones abstractas, aseguren la observancia del DIH por parte de sus miembros o castiguen, mediante un juicio justo, a aquellos que han violado sus normas o han cometido crímenes de guerra?

La supervisión del cumplimiento del Derecho es fundamental. Bajo el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, el CICR u otro organismo humanitario imparcial pueden ofrecer sus servicios a grupos armados. Si el grupo

<sup>10</sup> Para declaraciones, pronunciamientos e instrucción de actores armados no estatales en DIH, véase Geneva Call, *Their Words*, Directory of Armed Non-State Actor Humanitarian Commitments, <http://theirwords.org/> (consultada el 25 de mayo de 2016).

<sup>11</sup> Véase SASSÒLI, M., «Die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf Aufständische und bewaffnete Gruppen: Status und Durchsetzung», en MATZ-LÜCK, N. (ed.), *Der Status von Gruppen im Völkerrecht*, Kiel, Duncker & Humblot, 2016, pp. 140-142.

acepta, el CICR monitorea la observancia de las normas exactamente de la misma manera en que lo hace con un Estado parte en un CAI. De manera similar, una vez que el Llamamiento de Ginebra concreta una *Escritura de Compromiso*, el proceso de seguimiento de la actuación de estos grupos consiste en un diálogo continuo que permite evaluar en qué medida los compromisos alcanzados se traducen en un comportamiento real en la práctica.

Finalmente, el Derecho penal internacional está dirigido de la misma manera a todos aquellos que participan en el conflicto, sea como parte del grupo armado o sea como parte de aquellos que luchan en nombre del Estado. La responsabilidad internacional de los grupos armados resulta aún más evidente frente a las sanciones implementadas en su contra por el Consejo de Seguridad. Otra área que, considero, merece una mayor indagación, es la forma en que los organismos humanitarios deberían reaccionar frente a las violaciones del DIH.

## 6. OBSTÁCULOS PARA EL RESPETO DEL DIH POR PARTE DE LOS GRUPOS ARMADOS

Algunos grupos armados adoptan, deliberadamente, estrategias inhumanas. Otros, simplemente carecen de la estructura de autoridad necesaria para asegurar el respeto del DIH por parte de sus miembros, lo cual pone en tela de duda si efectivamente pueden considerarse como grupos armados de conformidad con el DIH<sup>12</sup>. De hecho, según varios de ellos, el DIH fue diseñado por sus adversarios, los Gobiernos. Entre otros obstáculos para el respeto del DIH, se encuentran los Estados, el ordenamiento jurídico internacional y el Derecho interno.

### 6.1. Reglas poco realistas

Algunas normas del DIH están predisuestas en contra de los grupos armados<sup>13</sup>. Otras no son realistas, pues equiparan a los grupos armados con los Estados. Por ello, es necesario verificar si, en la realidad, un grupo armado tiene la capacidad de cumplir con la norma en cuestión sin que ello implique necesariamente su derrota. Si este no es el caso, la norma simplemente no será observada, lo cual mermaría la credibilidad y el efecto protector de otras normas. La tendencia actual de los tribunales penales internacionales, el CICR, y académicos, de acercar el DIH de los CANIs a aquel de los CAIs, en particular mediante normas consuetudinarias, podría

<sup>12</sup> Según el DIH, para que exista un CANI el grupo armado debe tener un cierto grado de organización (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, asunto *Fiscal c. Ramush Haradinaj y otros*, caso núm. IT-04-84-T, Sentencia de primera instancia de 3 de abril de 2008, párr. 60).

<sup>13</sup> Véase *e. g.*, la desigualdad en las obligaciones de los Estados y los grupos armados en los arts. 3 y 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, 25 de mayo 2000, *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2002.

resultar en situaciones absurdas en las cuales los grupos armados estarían vinculados por normas diseñadas por los Estados para los Estados, y que únicamente ellos pueden cumplir<sup>14</sup>. La creciente integración de estándares de derechos humanos en el DIH puede desembocar en la misma situación. A modo de ejemplo, el CICR considera (especialmente en base a las prácticas de los órganos de derechos humanos) que el DIH consuetudinario prohíbe la detención arbitraria. De acuerdo al CICR, la base jurídica para el internamiento debe estar contemplada previamente en la ley, y «la persona privada de libertad [debe tener la oportunidad] de impugnar la legalidad de su detención»<sup>15</sup>. Lo anterior conlleva que los grupos armados legislen e instituyan procedimientos de *habeas corpus*, o que ninguna persona pueda ser detenida. ¿Es esto realista?

Una solución frente a esta falta de practicidad de ciertas normas del DIH podría ser la aplicación de las normas de acuerdo a una escala variable de obligaciones, las cuales se incrementarían de acuerdo al grado de intensidad de la violencia y el nivel de organización del grupo. El riesgo es el de comprometer el principio de igualdad entre los beligerantes contemplado en el DIH de los CANIs<sup>16</sup>. De cualquier forma, el mayor sufrimiento en los CANIs no resulta de la inobservancia de las normas que algunos actores no pueden objetivamente respetar; resulta de las violaciones, de ambos bandos, de normas que todo ser humano, en todo momento, puede respetar.

## 6.2. El respeto del DIH no es recompensado

En un CAI, un combatiente es considerado prisionero de guerra cuando cae en poder del enemigo, y es por su inmunidad que no puede ser castigado por haber eliminado a soldados enemigos. Si comete un crimen de guerra, debe ser sancionado. El interés directo en observar el DIH es evidente. En un CANI, este premio no existe. Si un ciudadano desencadena un CANI en contra del Gobierno, y mata a sus soldados, este individuo será de todas maneras procesado por asesinato una vez capturado por las fuerzas gubernamentales. Esta diferencia fundamental entre los CAIs y los CANIs es irreconciliable dentro del paradigma del Estado westfaliano. Durante el proceso de redacción del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, los Estados rechazaron toda propuesta avanzada por el CICR en esta dirección<sup>17</sup>. Sin embargo,

<sup>14</sup> Véase SASSÒLI, M., «The Convergence of the International Humanitarian Law of Non-International and of International Armed Conflicts: Dark Side of a Good Idea», en BIAGGINI, G., DIGGELMANN, O. y KAUFMANN, C. (eds.), *Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer*, Zürich-Baden-Baden, Dike-Nomos, 2015, pp. 678-689.

<sup>15</sup> Véase HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, Buenos Aires, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 398.

<sup>16</sup> Véase una discusión que mantuve con Yuval Shany y René Provost, «Should the obligations of States and armed groups under international humanitarian law really be equal?», *International Review of the Red Cross*, vol. 93, 2011, núm. 882, pp. 425-442.

<sup>17</sup> Véase Art. 10(5) Draft Additional Protocol II, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949: Commentary*, ICRC, October 1973.

se debería concebir la posibilidad de establecer incentivos —en el marco del DIH, del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de los Refugiados— para aquellas y aquellos que observan las leyes de la guerra. En particular, los actos cometidos en un conflicto armado que no constituyen violaciones al DIH no deberían caer, bajo ningún motivo, dentro de ningún tipo de definición de terrorismo<sup>18</sup>.

### 6.3. Los esfuerzos por alcanzar compromisos con grupos armados son tachados de apoyo al terrorismo

Algunos Estados y académicos rechazan los esfuerzos por implicar a los actores armados no estatales en el respeto de las normas humanitarias internacionales argumentando que, al hacerlo, estarían incentivando y legitimando ataques contra las fuerzas gubernamentales. Cabe recalcar que el DIH aplicable a los CANIs no impide a un Estado combatir a un grupo armado, ni tampoco la criminalización de conductas en su Derecho interno, inclusive de aquellas que no constituyen violaciones del DIH. Además, los Estados han reconocido que el art. 3 común, el cual vincula a los grupos armados a observar el DIH, o el confrontarlos para que respeten sus reglas, no los legitima en forma alguna. La lucha contra el terrorismo representa un obstáculo adicional: resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, legislación de la Unión Europea y ordenamientos jurídicos internos enumeran y prohíben grupos terroristas, criminalizando, asimismo, cualquier apoyo que se brinde a los mismos. El asesorar a estos grupos armados, aún a efectos de promover el respeto del DIH, es tildado de apoyo a estos grupos rebeldes. Los Estados Unidos, por ejemplo, han criminalizado cualquier apoyo brindado a los sesenta grupos que están enumerados en la lista de «terror»<sup>19</sup>, incluidos determinados grupos armados que son, de manera genuina, parte de un CANI; de hecho, consideran que la simple formación en DIH constituye «apoyo» a los grupos armados<sup>20</sup>. A mi parecer, y en cuanto a aquellos grupos rebeldes que forman propiamente parte de un conflicto armado, lo anterior constituye una violación del art. 3 común que establece que un organismo humanitario imparcial, como lo es el CICR, «puede ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto». Lo que está explícitamente autorizado por el Derecho internacional no puede ser criminalizado bajo el Derecho interno, y las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas deben también ser interpretadas a la luz de esta disposición.

<sup>18</sup> Véase SASSÒLI, M, «La définition du terrorisme et le droit international humanitaire», *Revue québécoise de droit international*, (hors série), *Études en hommage à Katia Boustany*, 2007, núm. 29, pp. 33-44.

<sup>19</sup> Lista de organizaciones terroristas extranjeras del Departamento de Estado de los Estados Unidos, <http://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm> (consultada el 26 de mayo de 2016).

<sup>20</sup> Véanse Section 2339B, title 18 of the United States Code (USC), 2339B (a)(1), Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, y US Supreme Court in *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010), 130 S. Ct. 2705, 2720 and 2725.

## 7. CONCLUSIÓN

En teoría, el DIH es pionero al abordar el rol de los ANE en el Derecho internacional. La realidad internacional, no obstante, es que los Estados son reticentes a la idea de que el CICR, actor no estatal que se encuentra fuera de su control, continúe jugando su papel tradicional en la promoción del desarrollo del DIH e, incluso a veces, que cumpla su mandato de proteger y asistir a las víctimas de todo conflicto armado. Mucho más que el CICR, los CANIs representan la mayor amenaza a la razón de ser del Estado westfaliano: el monopolio sobre el uso legítimo de la fuerza. Dichos Estados son reacios a la idea de afrontar jurídicamente a grupos beligerantes, más aún en el contexto de la lucha contra el terrorismo. Como la triste verdad de todo conflicto armado, el ignorar esta realidad no hará que ésta desaparezca. Esta actitud de negación sencillamente dejará a millones de víctimas de guerra, que se encuentran en poder de dichos grupos o bajo su amenaza, sin ninguna protección de la ley. El secretario general de la ONU acertadamente sostuvo que:

«Para evitar que los civiles sufran los efectos de las hostilidades [...], los agentes humanitarios deben mantener un diálogo coherente y sostenido con todas las partes de un conflicto, tanto estatales como no estatales. Además, aunque la cooperación con grupos armados no estatales no siempre mejorará la protección, la ausencia de una colaboración sistemática traerá aparejadas, casi con total seguridad, más, y no menos, víctimas civiles en los conflictos actuales. [...] Como mínimo, resulta crucial que los Estados miembros apoyen, o al menos no obstaculicen los esfuerzos de organizaciones humanitarias para implicar a los grupos armados a fin de mejorar la protección de los civiles, incluso en el caso de aquellos grupos proscritos por la legislación nacional»<sup>21</sup>.

**Palabras clave:** actores no estatales, Derecho internacional humanitario, grupos armados, implementación, Comité Internacional de la Cruz Roja.

**Keywords:** non-state actors, International Humanitarian Law, armed groups, implementation, International Committee of the Red Cross.

---

<sup>21</sup> *Informe del Secretario General, op. cit.*, nota 9, párrs. 40 y 45.

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### CRÍTICA AL RÉGIMEN ESPECIAL DE RECHAZOS EN LA FRONTERA DE CEUTA Y MELILLA\*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

Profesor de Derecho internacional privado  
Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** 1. PRESENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN.—2. ¿NECESIDAD?—3. ¿FUNCIONALIDAD?—4. ¿SISTEMATICIDAD?—5. ¿CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL?—6. EN RESUMEN, ¿CONSTITUCIONALIDAD?

#### 1. PRESENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN

1. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana<sup>1</sup> ha incluido una nueva disposición adicional X a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>2</sup> (en adelante LOEx), relativa al «régimen especial de Ceuta y Melilla». Se trata de regular el problema de las líneas fronterizas de Ceuta y Melilla donde, del lado marroquí, aguardan numerosos extranjeros para cruzar irregularmente la frontera. Ello había ocasionado ciertas actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado consistentes en devolver a los extranjeros de forma inmediata, aprovechando la interceptación de estos extranjeros en la misma valla de separación de fronteras, en ocasiones con cierto uso de la fuerza intimidatoria o coactiva («devoluciones en caliente»). Con esta normativa, se busca que estos extranjeros

---

\* El presente trabajo se adscribe al Proyecto nacional de I+D+I DER2013/44950-R «Hacia un modelo migratorio europeo: la movilidad de personas conforme a su estatuto en la UE», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y del que son investigadores principales la Dra. P. Jiménez Blanco y el autor, ambos de la Universidad de Oviedo. Vaya también desde aquí el agradecimiento del autor al Prof. M. Presno Linera por su asesoramiento en la redacción de este comentario.

<sup>1</sup> BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>2</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

que pretenden entrar irregularmente puedan ser rechazados en esa frontera con respeto a la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional<sup>3</sup>.

Este comentario cuestiona la necesidad, funcionalidad, sistematicidad y conformidad con el Derecho internacional de esta disposición, para, a modo de conclusión final, cuestionar su propia constitucionalidad.

## 2. ¿NECESIDAD?

2. No deja de ser llamativo que se regule a partir de 2015 una práctica que ya se había realizado en repetidas ocasiones, especialmente en los años 2013 y 2014, y que, a juicio del Ministerio de Interior, resultaba totalmente acorde con la legalidad<sup>4</sup>. ¿Para qué regular una situación que, según el Ministerio, ya tenía cobertura legal? Quizá con esta nueva regulación se reconoce que las devoluciones previas no tenían fundamentación jurídica. Se invocaba como base legal el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, vigente desde 21 de octubre de 2012<sup>5</sup> pero aplicado provisionalmente ya desde 1992<sup>6</sup>. Sin embargo, numerosas voces ya habían destacado que la devolución en caliente, antes de la Ley Orgánica 4/2015, no tenían ninguna cobertura legal<sup>7</sup>. No solo porque el Acuerdo con Marruecos se refiere a la ejecución de las decisiones de salida de territorio español, pero no al procedimiento de adopción de decisiones en esta materia, sino también porque el propio Acuerdo impone obligaciones internacionales entre los Estados firmantes que no se estaban respetando en estas devoluciones, como la identificación de los ciudadanos a entregar y la documentación por escrito del acto de entrega (art. 2).

<sup>3</sup> En particular, la nueva disposición adicional contiene tres párrafos. En el primero se delimita el contenido del rechazo en frontera y su ámbito de aplicación: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». En el segundo párrafo se recuerdan los principios rectores de esta actuación: «2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». En el tercer párrafo se hace una mención especial para la protección internacional de los inmigrantes que puedan ser rechazados: «3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional».

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, la sesión parlamentaria de control al Gobierno de 10 de diciembre de 2014, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 247, 2014, pp. 8-9; en la prensa, puede verse, por ejemplo <http://www.abc.es/espana/20140505/abc-fernandez-diaz-devolucion-inmigrantes-201405051320.html> (consultado el 6 de junio de 2016).

<sup>5</sup> BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

<sup>6</sup> BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992.

<sup>7</sup> Véase el informe dirigido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Expulsiones en caliente: cuando el Estado actúa al margen de la Ley», publicado el 27 de junio de 2014, pp. 1-21, <http://eprints.ucm.es/25993> (última consulta el 6 de junio de 2016), y que firman reputados penalistas, constitucionalistas e internacional-privatistas.

Si la nueva disposición adicional X de la LOEx viene a dar base legal a una práctica habitual en la frontera, la pregunta es, también en términos de oportunidad, si tal práctica es necesaria. Desde luego, se necesita, además de recursos humanos y materiales suficientes para afrontar la entrada masiva ilegal de inmigrantes a través de las vallas de Ceuta y Melilla, un protocolo de actuación de los cuerpos de seguridad del Estado en relación con una situación tan compleja como la de interceptar a una persona que se encuentra encaramada en una valla, y todo ello garantizando su seguridad y la de los propios funcionarios de policía. Pero lo que no está tan claro es que se necesitase una normativa sobre cómo actuar cuando el inmigrante ya ha descendido de la valla y se encuentra en territorio español. Para ello ya existía el procedimiento ordinario de devolución, regulado en el art. 58 de la LOEx, sustanciado en un plazo de setenta y dos horas de forma ágil y expeditiva.

### 3. ¿FUNCIONALIDAD?

3. Enmarcada la necesidad de la norma, debe precisarse exacta y claramente el ámbito de aplicación de este régimen especial de Ceuta y Melilla, pues no resulta una norma técnicamente precisa. Este régimen solo es posible respecto de extranjeros detectados en la «línea fronteriza» de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos. Con la dicción literal de la norma, cabe excluir de estas devoluciones sumarias a los extranjeros que ya hayan superado los elementos de contención fronterizos y descendido completamente la valla fronteriza, pues ya ha terminado la acción («mientras intentan superar») y propiamente existe una devolución de una persona que ya se encuentra en territorio español (incluidas islas, islotes y peñones de soberanía española frente a las costas marroquíes) y que ha superado la línea fronteriza. También cabría excluir a los extranjeros irregulares que accedan por vía marítima en la medida en la que no hay elementos de contención fronterizos situación apenas regulada y que ha dado ocasión a vulneraciones manifiestas de derechos humanos por repelerse la llegada a las costas españolas a nado y ocasionar fallecimientos por ahogo. Incluso se ha criticado que este procedimiento se aplique a extranjeros interceptados en la zona de intervallados o encaramados a las vallas, como parece ser la finalidad de la norma, porque estas zonas ya son territorio español<sup>8</sup>.

4. Cuando este régimen resulte aplicable, se procede a un rechazo inmediato a fin de impedir su entrada en territorio español. Sin embargo, el funcionamiento de la normativa también ha planteado serias dudas. Es curioso el uso del término «rechazo» en lugar de «devolución», cuando, has-

<sup>8</sup> Véase, con detalle, el segundo Informe dirigido por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Rechazos en frontera: frontera sin derechos», publicado el 13 de abril de 2015, <http://eprints.ucm.es/29379/1/Informe%20rechazo%20en%20frontera.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016).

ta ahora, aquel se había reservado siempre a la denegación de entrada del extranjero en puestos fronterizos habilitados al efecto, lo que implicaba su retorno. Ello no ocurre en el presente caso porque precisamente se trata de superar la frontera por zonas no habilitadas y que presentan elementos de contención.

Pero lo más llamativo no es la cuestión terminológica sino que desaparecen los elementos esenciales del procedimiento de devolución y las garantías jurídicas asociadas a este<sup>9</sup>. Así, mientras que en la devolución ordinaria existe el mandato expreso y claro para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras de conducir a los extranjeros interceptados a la mayor brevedad posible a la comisaría correspondiente del Cuerpo Nacional de Policía, donde se procede a su identificación y se incoa el procedimiento de devolución (art. 23.2 RLOEx)<sup>10</sup>, nada de esto se contempla en estos rechazos en frontera. Al contrario, se trata de dar un amparo legal a la vía de hecho de devolver inmediata y automáticamente a las personas que se hallan en la línea «fronteriza». A lo sumo, solo se concreta un mínimo mecanismo jurídico en relación con las solicitudes de protección internacional, que, según esta disposición adicional X, se formalizarán en los «lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos». Quedan, pues, muchas dudas respecto de quiénes van a ser conducidos a esos «lugares habilitados» y qué condiciones materiales deben reunir estos, a diferencia, por ejemplo, de las instalaciones destinadas a las personas a las que se les deniega la entrada por puestos habilitados que, según la normativa, deben tener una dotación mínima de servicios sociales, jurídicos y sanitarios acordes con su cifra media de ocupación (art. 15.4 RLOEx). Tampoco se indica si estos lugares habilitados en los pasos fronterizos deben ubicarse en los puestos fronterizos «habilitados», cuya habilitación cumple unas garantías legales mínimas aprobada por Orden del Ministerio de la Presidencia<sup>11</sup>. En suma, la vaguedad de la norma sobre devoluciones sumarias contrasta con la precisión del procedimiento de devolución ordinario tanto en lo que respecta a los «lugares habilitados» como a la conducción de los extranjeros a ellos.

#### 4. ¿SISTEMATICIDAD?

5. Llegados a este punto, ya se puede deducir que no hay un procedimiento mínimo de rechazo en frontera sino una cobertura legal a una

<sup>9</sup> Véase, sobre estos aspectos y la naturaleza no sancionadora de este procedimiento, la STC 17/2013, de 31 de enero, esp. FJ 12.

<sup>10</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011).

<sup>11</sup> A propuesta conjunta de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Hacienda, de conformidad con el interés nacional y convenios internacionales y previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe (art. 2 RLOEx).

vía de hecho. Se trata de una norma sin una mínima sistemática jurídica, en contraste con el procedimiento ordinario de devolución. En efecto, no existe ningún órgano para acordar el rechazo en frontera<sup>12</sup>, a diferencia de la devolución se resuelve por el subdelegado de Gobierno o el propio delegado en las Comunidades uniprovinciales (arts. 58.5 LOEx y 23.4 RLOEx). Se observa, igualmente, la ausencia de cualquier resolución motivada y notificada sin información acerca de los recursos y plazos y derecho a la asistencia letrada (art. 15.1 RLOEx en relación con la denegación de entrada). No se contempla posibilidad alguna de medida de internamiento, que en el procedimiento de devolución se solicita a la autoridad judicial la adopción de una medida de internamiento (arts. 58.6 LOEx y 23.4 RLOEx), ni comunicación a la embajada o consulado del país de origen como ocurre en la denegación de entrada por puesto habilitado (art. 15.6 RLOEx). Tampoco existe referencia expresa a la protección jurisdiccional del interesado, a diferencia del procedimiento de devolución o de denegación de entrada por puesto habilitado en el que, cuando el extranjero se halle privado de libertad, debe hacerse constar en acta incorporada al expediente la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa y a los efectos de acceder a la asistencia jurídica gratuita (arts. 15.2 y 23.4 RLOEx). También es una diferencia respecto de la denegación de entrada por puesto habilitado, en la que incluso se admite que los recursos administrativos y jurisdiccionales se interpongan a través de las representaciones diplomáticas o consulares (art. 15.7 RLOEx). Así pues, en relación con el nuevo rechazo en frontera, surgen, en este contexto, numerosas dudas sobre el alcance y la materialización de la audiencia al interesado, la asistencia de letrado e intérprete, los plazos para proceder a esa «devolución en caliente» o el control jurisdiccional de la actuación de la Administración.

Tampoco existe regulación precisa en torno a la posible suspensión de la ejecución del rechazo en frontera, a salvo de la que procede por formalizar una solicitud de protección internacional<sup>13</sup>. Así, no existe mención alguna a la posible suspensión del rechazo de personas enfermas cuya devolución pone en riesgo su salud, como tampoco a la suspensión del rechazo de mujeres embarazadas cuya devolución puede suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre. Por poco habitual que resulte a la luz de la tipología de inmigrantes que intentan sobrepasar la valla fronteriza, deberían haberse previsto, tal y como ocurre con la precisa regulación del procedimiento ordinario de devolución (arts. 58.4 LOEx y 23.6 RLOEx)<sup>14</sup>. Tampoco existe

<sup>12</sup> *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, párrs. 166 y ss., TEDH, 2012. En esta sentencia el Tribunal ha dejado constancia de la importancia de una autoridad competente ante la que poder alegar las circunstancias personales que llevarían a no adoptar una medida de expulsión.

<sup>13</sup> En cuyo caso la mera admisión a trámite conlleva la autorización de entrada y permanencia provisional del solicitante y cuya suspensión de la ejecución se levantará cuando se resuelva la solicitud o esta no sea admitida a trámite (art. 19.1 de la Ley 12/2009).

<sup>14</sup> Tampoco existe en estos rechazos en frontera regulación alguna sobre la posible revocación de la devolución, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario cuando se haya solicitado

mención alguna en el régimen especial de rechazo en frontera a la identificación de un menor extranjero no acompañado. Se trata de menores de dieciocho años que lleguen a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable legalmente o por costumbre o si, pese a darse dicha compañía, se aprecia riesgo de desprotección por no hacerse cargo efectivamente del menor (art. 189 RLOEx). En este contexto, la disposición adicional X de la LOEx no garantiza mínimamente la adopción de medidas protectoras de acuerdo con el Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los MENAs<sup>15</sup>.

## 5. ¿CONFORMIDAD CON EL DERECHO INTERNACIONAL?

6. Analizado el contenido del régimen de rechazo en frontera, cabe preguntarse por su conformidad con el Derecho internacional. Es verdad que la disposición adicional X de la LOEx se refiere al respeto «en todo caso» a la «normativa internacional de derechos humanos». Parece obvio que toda actuación de la Administración española debe respetar la normativa de derechos humanos; lo que no lo es tanto es determinar cuáles son las condiciones materiales de actuación para respetar dicha normativa, siendo la alusión excesivamente genérica.

Por un lado, como la disposición adicional X de la LOEx da reflejo legal a una vía de hecho, aumentan enormemente las posibilidades de que se produzcan expulsiones colectivas de extranjeros, expresamente prohibidas por el Protocolo 4 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante CEDH), hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (art. 4), por no garantizar un examen razonable y objetivo de la situación individual<sup>16</sup>. En esta misma línea, surgen dudas sobre si la norma ofrece garantías efectivas para la solicitud del derecho de asilo<sup>17</sup>. Por otro lado, se ha cuestionado la posibilidad de expulsar a una persona si corre el riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino, prohibidos por el art. 3 del CEDH<sup>18</sup> y demás normas concordantes, lo que han denunciado numerosas asociaciones y observadores internacio-

---

una autorización de residencia por circunstancias excepcionales y de su análisis se deduzca la procedencia de la concesión (art. 23.8 RLOEx).

<sup>15</sup> Resolución de 13 de octubre de 2014 de la Subsecretaría de Presidencia por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014). Básicamente se trata de que, identificado un menor, se pone a disposición del servicio de protección de menores, que le informará con constancia escrita del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud (art. 190.3 RLOEx).

<sup>16</sup> Véase *Čonka c. Bélgica*, núm. 51564/99, párrs. 56 y ss., TEDH, 2002.

<sup>17</sup> Véase *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* (GS), núm. 30696/09, párrs. 214 y ss., TEDH, 2011; *A. C. y otros c. España*, núms. 6528/11 y otros, párrs. 81 y ss., TEDH, 2014.

<sup>18</sup> *Hilal c. Reino Unido*, núm. 45276/99, párrs. 59 y ss., TEDH, 2001; *Salah Sheekh c. Países Bajos*, núm. 1948/04, párrs. 135 y ss., TEDH, 2007; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, párrs. 145 y ss., TEDH, 2012.

nales<sup>19</sup>, e incluso el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa<sup>20</sup>.

Si la adecuación de este régimen especial de rechazo al Derecho internacional ya resulta dudosa, todavía lo es más cuando se realiza un estudio sobre su aplicación a determinadas personas en situación especialmente vulnerable. Difícilmente puede entenderse que el régimen de rechazo en frontera cumple con las obligaciones previstas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia, de 16 de mayo de 2005<sup>21</sup>. También se ha destacado el preocupante silencio por lo que respecta a los menores y a las obligaciones que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, de conformidad con las Observaciones Generales núm. 6 (2005) y núm. 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño<sup>22</sup>.

## 6. EN RESUMEN, ¿CONSTITUCIONALIDAD?

7. A modo de valoración final, y teniendo además en cuenta la interpretación de los derechos fundamentales y libertades constitucionales conforme al Derecho internacional (art. 10.2 de la Constitución española<sup>23</sup>, en adelante CE), no sorprende el cuestionamiento de la constitucionalidad de esta norma. Así, el Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencias de 9 de junio de 2015<sup>24</sup> y de 21 de julio de 2015<sup>25</sup>, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad sobre este procedimiento sumario de rechazo en frontera<sup>26</sup>. Las dudas sobre la constitucionalidad de la norma surgen tanto desde la perspectiva de la actuación de la Administración como desde la perspectiva del acceso a la justicia.

En el ámbito administrativo, si la disposición no hace otra cosa que amparar una vía de hecho, conculca el art. 105.c) de la CE. No parece que la ley

<sup>19</sup> Véase por todos el Informe «Análisis de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana a los efectos de la posible vulneración de los arts. 1, 9.2, 10.1, 14, 15, 20, 21, 24 y 25 de la Constitución Española», publicado el 7 de mayo de 2015, y elaborado conjuntamente por distintas ONGs y la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española [disponible en <http://rightsinternationalspain.org/uploads/publicacion/3d3d492cacc2a6705ccec427f61dd51b86c0f94b.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)].

<sup>20</sup> Informe sobre la visita del citado Comité a España entre el 14 y el 18 de julio de 2014, publicado el 9 de abril de 2015 [disponible en <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)].

<sup>21</sup> BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

<sup>22</sup> CRC/GC/2005/6 [disponible en <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf> (última consulta el 6 de junio de 2016)] y CRC/C/GC/14 [disponible en [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf) (última consulta el 6 de junio de 2016)].

<sup>23</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>24</sup> BOE núm. 143, de 16 de abril de 2015.

<sup>25</sup> BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015.

<sup>26</sup> El primero, el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015, promovido por más de 50 diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA; la Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados; el segundo, el recurso de inconstitucionalidad núm. 3848-2015, promovido por el Parlamento de Cataluña.

regule, como exige la CE, el procedimiento a través del cual se produzcan los actos administrativos, ni esté garantizando -cuando proceda- la audiencia al interesado. Este régimen contrasta, además, con el derecho a la asistencia de letrado e intérprete previsto en el procedimiento ordinario de devolución con carácter gratuito si el interesado carece de recursos económicos conforme a la normativa de asistencia jurídica gratuita (art. 23.3 RLOEx). Con esta vía de hecho se están viendo afectados principios tan fundamentales como el de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). En el recurso de inconstitucionalidad, de hecho, se destaca la indeterminación del término «podrán ser rechazados», sin concretar el cuándo, el modo y los medios. Ello resulta especialmente gravoso, como ya se ha adelantado, para grupos vulnerables como menores o personas que precisen de asistencia sanitaria por enfermedad o accidente grave, lo que podría incluso integrar el contenido esencial del derecho fundamental a la vida (art. 15 CE).

Desde la perspectiva del acceso a la justicia, existen dudas sobre la adecuación de este régimen a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos y sobre el derecho de defensa y asistencia jurídica (art. 24 CE y normas concordantes del Derecho internacional)<sup>27</sup>. Se trata de un derecho fundamental del que disfruta toda persona, independientemente de la situación regular o irregular del extranjero<sup>28</sup>, cuya restricción no parece que se ajuste a los requisitos constitucionalmente exigibles: que se fijen por ley y que respeten el contenido esencial del derecho fundamental<sup>29</sup>. En este caso, no existe forma de que los tribunales controlen la legalidad de la actuación administrativa y su sometimiento a los fines que la justifican, de conformidad con el art. 106 de la Constitución.

**Palabras clave:** inmigrantes en situación irregular, rechazo automático, régimen especial, Ceuta y Melilla.

**Keywords:** immigrants without permission, automatic return, special rules, Ceuta and Melilla.

<sup>27</sup> Véase STC 115/1987, de 7 de julio, FFJJ 1 y ss.

<sup>28</sup> Véase STC 95/2003, de 22 de mayo, esp. FJ 4; STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 13.

<sup>29</sup> Véase, por todas, STC 32/1986, de 21 de febrero, FJ 3.

## EL RECHAZO EN FRONTERA O LA DENOMINADA «DEVOLUCIÓN EN CALIENTE» Y SU REGULACIÓN EN LA LOEX

Carmen RUIZ SUTIL

Profesora contratada doctora de Derecho internacional privado y acreditada a titular  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL RECHAZO EN FRONTERA Y LA DEVOLUCIÓN COMÚN: SUPUESTOS SEMEJANTES CON TRATAMIENTO DIFERENTE.—3. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y EL RECHAZO EN FRONTERA.—4. REFLEXIÓN FINAL.

### 1. PLANTEAMIENTO

La crisis migratoria en Europa pone de manifiesto la imposibilidad de determinados países de regular los flujos de inmigrantes y de refugiados, así como de llevar un control eficiente de las fronteras exteriores europeas. Ello conduce al resurgimiento del debate relativo a las figuras de los retornos inmediatos contemplados en la Declaración UE-Turquía de 20 de marzo de 2016<sup>1</sup>, así como las referidas a las devoluciones en caliente (conocidas también como devoluciones sumarias o inmediatas) que diariamente tienen lugar en las fronteras de Ceuta y Melilla. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU), la Agencia de la ONU para los refugiados y otros organismos internacionales critican severamente este tipo de prácticas llevadas a cabo en frontera por considerar que violentan los derechos humanos.

En el caso español, los asaltos masivos de las vallas de Ceuta y Melilla crean preocupación y alarma social, llegando en ocasiones a suscitar situaciones contrarias al orden público. Aunque la singularidad geográfica de Ceuta y Melilla no debe ser un pretexto para eludir las responsabilidades de

<sup>1</sup> En <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (consultado el 13 de junio de 2016).

España en el cumplimiento de los textos internacionales ratificados<sup>2</sup>, el legislador estatal otorga una respuesta en el ámbito de la coacción administrativa directa de la Administración<sup>3</sup>. Con la figura del rechazo en frontera regulada en la DA 10.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero<sup>4</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx)<sup>5</sup>, se intenta proporcionar una respuesta inmediata a este tipo de situaciones que acontecen en las ciudades autónomas.

El tema plantea algunos interrogantes no resueltos en relación con el alcance jurídico y, sobre todo, con la adecuación del «rechazo en frontera» a la legislación estatal y a la normativa internacional sobre protección de los derechos humanos de las personas que hayan sido interceptadas en las vallas de Ceuta o Melilla.

En las siguientes páginas trataremos de exponer la problemática planteada, si bien, dadas las características de esta sección, no será posible abordarla con la amplitud deseada. Por esta razón, nos ceñiremos a aquellos aspectos más controvertidos que nos permitan reflexionar sobre el contenido y la realidad de tales devoluciones, teniendo en cuenta la alta dificultad de nuestro país en la gestión de los flujos migratorios en ambas ciudades fronterizas. Y estos mismos motivos nos llevan a excluir el «concepto operativo de frontera» utilizado por el Ministerio del Interior<sup>6</sup> para sustentar la legalidad de

<sup>2</sup> En cuanto a los controles fronterizos de la zona europea, Ceuta y Melilla se exceptuaron del régimen general comunitario a consecuencia de la voluntad conjunta de la UE y del Estado español, que se recogió y expresó en el apartado 1.III del Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1993 del Acuerdo de 25 de junio de 1991 de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 (*BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994. Corrección de erratas en *BOE* núm. 85, de 9 de abril). En similar sentido, el art. 36 y el apartado 21 del Reglamento 562/2006 CE, de 15 de marzo, sobre el código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras; «Código de fronteras Schengen» (*DO L* 105/1, de 13 de abril de 2006).

<sup>3</sup> La coacción administrativa directa se define como aquella actividad excepcional, pues no ha de quedar otra alternativa, motivada por razones de urgencia o peligro, manifestada a través de un acto administrativo no procedimental y donde debe ser utilizada la fuerza material inmediatamente de forma proporcionada a la necesidad concreta, es decir, la fuerza aplicada directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vistas a producir su modificación sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo. Véase AGIRREAZKUENAGA, I., *La coacción administrativa directa*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 50-56.

<sup>4</sup> *BOE* núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>5</sup> Figura introducida por la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Sobre esta normativa, véase ATMANE TLEMSANI, T., «Algunas reflexiones en torno a la ley de seguridad ciudadana y el concepto de rechazo en frontera, ¿es adecuada a la normativa internacional sobre derechos humanos?», en [http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/6\\_Atmane.pdf](http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/6_Atmane.pdf) (consultado el 5 de mayo de 2016).

<sup>6</sup> Que consiste en considerar que el ámbito territorial de soberanía en las playas españolas lo representaría una imaginaria línea formada por los cuerpos de agentes de la Guardia Civil. Por su parte, en las ciudades de Ceuta y Melilla, la zona de soberanía española comienza cuando se atraviesa la valla interior de protección. Para este tema nos remitimos a los términos regulados en la normativa correspondiente y a los informes elaborados por expertos en relación a dicha polémica. *Vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Devoluciones ilegales en la Frontera Sur. Análisis jurídico de las denominadas devoluciones en caliente», febrero de 2015, en <http://eprints.ucm.es/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR.pdf> (consultada el 11 de mayo de 2016); MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, *Informe Jurídico: «Rechazos en frontera»: ¿Frontera*

las llamadas expulsiones/devoluciones en caliente, aunque con la reforma de 2015 de la Ley de extranjería se designa como «elementos de contención fronterizos».

## 2. EL RECHAZO EN FRONTERA Y LA DEVOLUCIÓN COMÚN: SUPUESTOS SEMEJANTES CON TRATAMIENTO DIFERENTE

De la DA 10.<sup>a</sup> de la LOEx se desprende el término «rechazo en frontera»<sup>7</sup>, que designa a la actuación de las Fuerzas y Cuerpo de Seguridad del Estado respecto de la entrega a las autoridades marroquíes, por vía de hecho, de ciudadanos extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta y Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera. Este concepto, según rubrica cierta doctrina<sup>8</sup>, en la práctica se extiende además a aquellos extranjeros que de forma indubitada se hallan dentro de las referidas ciudades autónomas. En cualquier caso, la novedad estriba en que la legislación española de extranjería ha introducido un procedimiento especial para el regreso inmediato de estos extranjeros a Marruecos, si bien, el «rechazo en frontera» ya fue utilizado para referirse a los que, no cumpliendo los requisitos para la entrada, pretendían hacerlo por un puesto fronterizo terrestre<sup>9</sup>.

Con frecuencia, el rechazo en frontera suele confundirse con la devolución común prevista en los arts. 58.3 de la LOEx y 23 del Real Decreto 557/2011<sup>10</sup>, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento (en adelante, RLOEx)<sup>11</sup>. Sin embargo, pese a sus similitudes, se trata de una nueva figura que, a diferencia del régimen general vigente de la devolución, no cuenta con un procedimiento en el que se garantice al extranjero el derecho a la tutela judicial

*sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana*, publicado el 13 de abril, 2015, en <http://eprints.ucm.es/29379/>, en esp. p. 318 (consultado el 15 de abril de 2016).

<sup>7</sup> No se hace alusión expresa al rechazo en frontera, sino que se denomina régimen especial de Ceuta y Melilla.

<sup>8</sup> Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *op. cit.*, nota 6; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 6.

<sup>9</sup> El rechazo en frontera es la primera medida que se utilizaba contra la inmigración ilegal en la Ley de Extranjería 7/1985, que consistía en la no admisión del extranjero que pretendía entrar en el país por carecer de los requisitos esenciales de entrada. En caso de que el extranjero consiguiera superar dicho filtro, el Estado contaba aún con otra medida contra dichas entradas irregulares, la devolución. Véase RODRÍGUEZ CANDELA, J. L. y GARCÍA ESPAÑA, E., «La devolución del extranjero», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-269, t. V, La Ley (La Ley 22585/2001). En la actual la Ley de extranjería, ha derivado en la denegación de entrada recogida en su art. 26.2.

<sup>10</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>11</sup> Al respecto de las garantías previstas en la devolución, véanse los comentarios de la jurisprudencia en HURTADO MARTÍNEZ, J. A., «Reflexión sobre la devolución de extranjeros en los puestos fronterizos de Melilla y Ceuta», *Revista de Jurisprudencia*, 2015, en [http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Reflexion-devolucion-extranjeros-fronterizos-Melilla-Ceuta\\_11\\_871930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Reflexion-devolucion-extranjeros-fronterizos-Melilla-Ceuta_11_871930001.html) (consultada el 3 de mayo de 2016).

efectiva en los términos que prescribe el art. 24.1 de la Constitución Española<sup>12</sup> (en adelante CE)<sup>13</sup>.

La inmediatez que demanda este tipo de situaciones fronterizas es incompatible con el sistema convencional que normalmente culmina con una decisión declarativa previa<sup>14</sup>. Tratándose de una respuesta coactiva directa por parte de la Administración, supone la imposibilidad material de una formalización de los actos administrativos de conformidad con los cánones ordinarios, es decir, con un contenido declarativo previo, notificado por escrito a los interesados y que con posterioridad a su eventual incumplimiento pueda ser ejecutado. Asimismo, es preciso tomar en consideración que con Marruecos nos vincula un Acuerdo bilateral relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente<sup>15</sup>, en el que se establece un detallado procedimiento para la entrega de estos extranjeros. De resultar de aplicación el referido texto internacional al rechazo en frontera, en los términos de su art. 2, tras producirse la entrada ilegal del extranjero en nuestro país, la autoridad española quedará obligada a presentar una solicitud de readmisión ante los órganos competentes marroquíes. En dicha petición, entre otras cuestiones, se hará constar las condiciones en que se ha producido la entrada ilegal del extranjero en el territorio español, así como cualquier otra información sobre el mismo.

La falta de claridad sobre este punto ha sido observada por el Defensor del pueblo<sup>16</sup> y por diversas organizaciones internacionales, como Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR)<sup>17</sup>, que vienen recomendando la necesidad de llevar a cabo un procedimiento para el desarrollo reglamentario de la mencionada disposición adicional de la LOEx. Dicho mecanismo deberá contemplar, además de la previa asistencia letrada e intérprete, la adopción de una resolución administrativa que le permita al extranjero defenderse de los cargos imputados, en base al derecho a recurso efectivo que tiene toda persona según el art. 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>18</sup> (en adelante CEDH)<sup>19</sup> y de conformidad con la interpretación realizada del art. 106 de la CE. Sobre el alcance de tales preceptos,

<sup>12</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>13</sup> Tal y como viene manifestando el Defensor del Pueblo en su informe de 2016, en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf> (consultado el 15 de mayo de 2016).

<sup>14</sup> Véase ESTRADA CARRILLO, V., *Extranjería*, Madrid, Trivium, 1993, pp. 361-362.

<sup>15</sup> Firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. La aplicación provisional de este Acuerdo se publicó en BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992, y su entrada en vigor definitiva se produjo el 21 de octubre de 2012, en BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2012.

<sup>16</sup> En <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015> (consultado el 29 de abril de 2016).

<sup>17</sup> Agradecemos las conversaciones y la información de la Delegación de ACNUR en España para tener una perspectiva práctica de la temática.

<sup>18</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (Consejo de Europa, *Treaty Series*, núm. 005).

<sup>19</sup> En relación a este derecho, es importante tomar en consideración la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 2015 [*N. D. y N. T. c. España* (dec.), núm. 2015/75, TEDH 2015], que admite la demanda por posible vulneración del art. 4 del Protocolo 4 y del art. 13 de la

el Defensor del Pueblo se instruye con la STC 17/2013, de 31 de enero<sup>20</sup>, en la que se analiza la naturaleza de la devolución común prevista en el art. 58.3 LOEx y reconociendo, entre otras cuestiones, que nos encontramos frente a una medida gubernativa de reacción inmediata derivada de una perturbación del orden jurídico, aunque ha sido articulada a través de un cauce flexible y ágil. Ahora bien, ello no significa que la resolución que acuerde la devolución no respete las mínimas garantías previstas en la legislación general sobre el procedimiento administrativo en España.

Tomando como punto de partida estos antecedentes en su conjunto, consideramos que, mientras se articula un procedimiento específico para la mejora del rechazo en frontera, cabría barajar una solución intermedia en la que existan unas mínimas garantías para el regreso del inmigrante a Marruecos. De esta forma, se estaría respetando la agilidad e inmediatez características de este mecanismo fronterizo, al tiempo que se daría aplicación a la mentada normativa internacional. Esta propuesta de mejora no es ajena a nuestro sistema de extranjería. También la figura de la devolución en sus orígenes adolecía de suficientes garantías<sup>21</sup>, carencias que posteriormente han sido salvadas por nuestra norma de extranjería.

### 3. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y EL RECHAZO EN FRONTERA

Para reconocer la posibilidad de solicitar la protección internacional, el legislador español realiza una declaración de intención en el apartado 2 de la DA 10.<sup>a</sup> de la LOEx, que se integra con el apartado 3 de esta norma. No obstante, la inmediatez con la que opera el rechazo en frontera y la falta de observancia del Acuerdo vigente con Marruecos, como hemos venido advirtiéndolo, impiden que los extranjeros que asaltan las fronteras de Ceuta y Melilla puedan solicitar protección internacional ante los correspondientes órganos españoles. Aunque se haya introducido en la comentada disposición adicional la posibilidad de pedir el asilo, su ejercicio se diluye ante la carencia de unas garantías básicas e impide que la autoridad española valore la situación individual del extranjero, ni los riesgos que podría correr su regreso a Marruecos<sup>22</sup>.

En todo caso, cuando se realiza el rechazo en frontera y se ven implicados extranjeros que potencialmente pueden ser sujetos de protección inter-

---

CEDH en sendas «devoluciones en caliente» llevadas a cabo por agentes policiales en la valla fronteriza de Melilla.

<sup>20</sup> Publicada en La Ley 1624/2013, en especial el FJ 12.

<sup>21</sup> Véase DORADO NOGUERAS, F. M. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Granada, Comares, 2001, pp. 835-908, en esp. pp. 857-867.

<sup>22</sup> Esta denuncia ha sido evidenciada en numerosas ocasiones por ACNUR, que nos remite a consultar su último comunicado en mayo de 2016 publicado en <http://www.acnur.es/noticias/noticias-de-espana/2491/2016-05-27-10-00-19> (consultada el 30 de mayo 2016).

nacional, el mecanismo establecido por la LOEx no es capaz por sí mismo de discriminar cuando nos encontramos ante una persona susceptible de esta protección. Si esta práctica se sigue efectuando<sup>23</sup>, vulneraría la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>24</sup> e impediría el ejercicio del derecho al asilo recogido también en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>25</sup>, además de todo el nuevo marco normativo del sistema europeo común de asilo<sup>26</sup> nacido al amparo del art. 18 Carta de Derechos Fundamentales de la UE<sup>27</sup>. Junto a las garantías para poder requerir la protección internacional, tenemos que vincular el respeto del principio de *non refoulement* recogido en los arts. 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados<sup>28</sup> y 3 del CEDH, además de todos los instrumentos internacional y europeos que regulan la materia.

Una de las pretensiones del movimiento legislador europeo en materia de asilo es impulsar a que Estados miembros se esfuercen por identificar a los solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de adoptar una resolución judicial, así como prestar un respaldo adecuado cuando piden protección internacional, incluyendo el tiempo necesario para el efectivo acceso a los procedimientos. En este sentido, la Comisión Europea ha analizado la compatibilidad del procedimiento especial del rechazo en frontera en relación con el art. 4, apartado 4, letra b) de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>29</sup>. La Comisión llega a la siguiente conclusión: «Revisten una importancia fundamental las salva-

<sup>23</sup> Los rechazos en frontera son medidas realizadas casi a diario, tal y como se publica en [elfarodigital.es/ceuta/sucesos/188209-ocho-horas-sobre-la-frontera-sur.html](http://elfarodigital.es/ceuta/sucesos/188209-ocho-horas-sobre-la-frontera-sur.html) (consultada el 5 de junio de 2016).

<sup>24</sup> Instrumento de Adhesión de España en *BOE* núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

<sup>25</sup> *BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>26</sup> Como la Directiva 2013/32/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), llamada Directiva de procedimientos y la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (de refundición), llamada Directiva de acogida, publicadas ambas en *DO L* de 29 de julio de 2013, con entrada en vigor el 21 de julio de 2015. Por otra parte, el denominado Reglamento de Dublín regulado por Reglamento (UE) núm. 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, publicado en *DO* núm. L 180, el 29 de junio de 2013, aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas desde el 1 de enero de 2014; así como Reglamento (UE) núm. 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, relativo a la creación del sistema «Eurodac», publicado en *DO* núm. L 180, de 26 de junio de 2013, y con entrada en vigor el 19 de julio de 2013.

<sup>27</sup> *DO C* 83/391, de 30 de marzo de 2010.

<sup>28</sup> Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el art. 43, Serie Tratados de Naciones Unidas, núm. 2545, vol. 189, p. 137.

<sup>29</sup> *DOUE L* 348/98, de 24 de diciembre.

guardias contenidas en este procedimiento especial para de Ceuta y Melilla por lo que se refiere a la protección internacional y a la posibilidad de solicitarla en los pasos fronterizos regulares. La reciente creación en las fronteras de Ceuta y Melilla de oficinas en las que los nacionales de terceros países pueden presentar su solicitud de asilo se convierte en un elemento positivo que garantizará el respeto del principio de no devolución».

En definitiva, de lo que se trata es de asegurar una atención apropiada a las necesidades de los extranjeros y, sobre todo, a las personas más vulnerables que vienen huyendo de la persecución sufrida en sus países de origen. Como ya se viera, con el rechazo en frontera esto no está siendo posible, por lo que solo queda esperar la respuesta el Tribunal Constitucional español o de las distintas instituciones judiciales y organismos internacionales (Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>30</sup>; Tribunal Europeo de Derechos Humanos o por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) con competencia para resolver estos asuntos.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL

El estudio de la figura del rechazo en frontera requiere de una actuación concertada que permita cohesionar las actuaciones en este punto dentro del espacio de la UE, para de esta forma abrir el camino hacia una política europea de migración y asilo humanitario y eficiente, basada en un reparto justo de las responsabilidades entre los países. El principal reto al que se enfrenta España, dada su condición de única frontera terrestre europea con el continente africano, es, sin duda, la identificación ágil y de diferenciación entre las personas que intentan acceder a Europa de manera irregular de aquellas necesidades de protección internacional. El desafío es complejo cuando existe el intento colectivo de invasión fronteriza por parte de extranjeros no documentados, obligando a la entrada mediante el empleo de la fuerza. Frente a la grave alteración del orden público, las respuesta más inmediata de cualquier legislador es la imposición de medidas correctivas, tal y como sucede con el rechazo en la frontera de nuestra Ley de extranjería.

En este sentido, esperamos que el Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas<sup>31</sup>, así como el avance en la aplicación de los Planes de Acción contra el tráfico ilícito de migrantes<sup>32</sup> y en materia de retorno<sup>33</sup> sirvan de ayuda para la gestión de la migración en territorio fronterizo español, y que, con carácter especial, contribuya a la mejora de la situación que protagonizan las ciudades de Ceuta y Melilla.

<sup>30</sup> La apertura por parte de la Comisión Europea de un procedimiento por incumplimiento, en virtud del art. 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en *DOUE* L 83/45, de 30 de marzo de 2010, que podría culminar en un proceso judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>31</sup> COM(2015) 671 final.

<sup>32</sup> COM(2015) 285 final.

<sup>33</sup> COM(2015) 668 final.

**Palabras clave:** inmigración irregular y refugiados, devolución en caliente/retorno inmediato en las ciudades fronterizas de Ceuta y Melilla, el derecho de asilo y el principio de no devolución, legalización de los rechazos en frontera.

**Keywords:** illegal immigration and refugees, hot returns/immediate return in the cross-border cities of Ceuta and Melilla, the right of asylum and the principle of non-refoulement, legalizing of the border rejection.

## CARENCIAS, NECESIDADES Y CONFLICTOS DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y EL NOVEDOSO MARCO LEGAL ESPAÑOL\*

Francisco-Javier FORCADA-MIRANDA\*\*

Representante de España en la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya  
Asesor Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional  
del Ministerio de Justicia  
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. ACTUALES DEFICIENCIAS DEL MARCO LEGAL INTERNACIONAL.—3. APORTACIONES DE LA REFORMA ESPAÑOLA DE 2015 EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.—4. UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AUTÓNOMOS DE RESIDENCIA HABITUAL Y CUSTODIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN A PROBLEMAS ESPECÍFICOS.—5. LA LEY ISLÁMICA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LOS MARCOS BILATERALES.—6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.—7. LOS PERTURBADORES RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN ESPAÑA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ATC 119/2015, DE 6 DE JULIO, Y LA STC 16/2016, DE 1 DE FEBRERO.

### 1. INTRODUCCIÓN

Los casos de sustracción internacional de menores en España siguen aumentando cada año. La Autoridad Central española ha pasado de tramitar 36 solicitudes en el año 1998 a tramitar 242 en el año 2015. En dicho año 2015, del total de solicitudes tramitadas, 215 corresponden a casos de restitución y 27 a casos de visitas, siendo España autoridad requerida en 109 casos y requirente en 133 casos. Junto al aumento cuantitativo, que es preocupante, existe el añadido de la creciente complejidad jurídica que rodea este fenómeno.

---

\* Trabajo que forma parte de la investigación que el autor está realizando en el marco de la Tesis Doctoral titulada «Comunicaciones judiciales directas y Red internacional de jueces de la Conferencia de La Haya. Beneficios de operatividad y mejora de coordinación y desarrollo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores». Programa de Doctorado en «Derecho y Ciencias Sociales» (UNED).

\*\* [orcid.org/0000-0002-2775-0624](http://orcid.org/0000-0002-2775-0624).

no y el de las diversidades culturales y sociales de los países involucrados que lo aprecian de forma muy diversa. Tampoco podemos olvidar que este fenómeno es uno de los que con más crudeza afectan a los menores en entornos familiares casi siempre en crisis.

En el año 2015, España ha afrontado el reto de renovar su normativa interna en materia de medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, con un nuevo modelo que ha revisado el fenómeno de la sustracción internacional de menores, desde el punto de vista de las carencias que presenta y las necesidades que exige, casi cuarenta años después de la redacción del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980<sup>1</sup>.

## 2. ACTUALES DEFICIENCIAS DEL MARCO LEGAL INTERNACIONAL

A nivel mundial, el fenómeno de la sustracción internacional de menores aparece regido, de forma sustancial y prioritaria respecto de otros textos, por un Convenio que próximamente va a alcanzar los cuarenta años de existencia y que, pese a los achaques propios de la edad, goza de una salud excelente a la vista del número de Estados contratantes que no deja de incrementarse año tras año. Me refiero al Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en vigor desde el 1 de diciembre de 1983 (en España desde el 1 de noviembre de 1987) y que, a fecha 22 de abril de 2016, cuenta ya con 94 Estados contratantes.

Dentro de dicho marco legal existen carencias y necesidades y de hecho, la exploración de potenciales formas normativas y/o instrumentos que permitieran mejorar la aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, tipo textos legales obligatorios, como un Convenio o un Protocolo, o el uso de recomendaciones, declaraciones, leyes modelo, principios generales y/o guías de buenas prácticas, así como el uso de potenciales *hand books*, *bench books*, etc., es algo que ha estado presente en las discusiones y análisis de los últimos años.

Tiempo es pues de enumerar aspectos que por sí solos ya nos indican carencias y necesidades, y en los que podría ser factible trabajar de cara a mejorar la operatividad y aplicación práctica del Convenio de 25 de octubre de 1980 de una forma efectiva, entre los que se podrían incluir los siguientes:

---

<sup>1</sup> El nuevo modelo, en vigor desde el 23 de julio de 2015, salvo para expedientes en tramitación a tal fecha, e instaurado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015, vía DF 3.ª, más la corrección de errores de la Ley 15/2015, publicada en *BOE* núm. 210, de 2 de septiembre de 2015, pp. 77690-77692, se contiene en el Capítulo IV *bis* de la LEC, arts. 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexies* bajo el título: «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», sin olvidar las modificaciones también operadas por la misma vía en el art. 525.1 de la LEC en lo relativo a la no posible ejecución provisional y en el art. 749.1 de la LEC que fuerza el papel del Ministerio Fiscal en estos supuestos.

— El reconocimiento y la ejecución transfronteriza de acuerdos en disputas familiares internacionales sobre menores, dentro y fuera del campo de acción de los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980 y de 19 de octubre de 1996.

— La aplicación del art. 13.1.b) del Convenio de 25 de octubre de 1980, incluyendo las alegaciones de violencia doméstica y familiar en conexión con las órdenes de retorno bajo el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

— El reconocimiento y la ejecución de órdenes civiles de protección.

— Desarrollos en materia de mediación, conciliación o de otros mecanismos similares para promover soluciones amigables en los casos del Convenio de 25 de octubre de 1980, autorizando expresamente tales mecanismos, y afrontando aspectos de confidencialidad, relación entre mediación y proceso de retorno y reconocimiento y ejecución de los acuerdos mediados.

— Desarrollos normativos en materia de derechos de visita a la vista de las previsiones del art. 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980 para clarificar las obligaciones que impone y, particularmente, el papel de las autoridades centrales.

— Nueva hipotética reformulación de definiciones autónomas que, pese a la aplicación consistente del Convenio durante más de treinta años, permanezcan cuestionadas o dificulten la aplicación del Convenio, como sucede en el caso de los conceptos de derechos de custodia y visita, y de la residencia habitual que cada vez más se anuda al entorno del instrumento legal que la condiciona más allá de meros elementos fácticos.

— Las llamadas comunicaciones judiciales directas y el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya en campos que implican la provisión de bases legales para su uso transfronterizo, la definición de su ámbito de aplicación, las salvaguardias a tener en cuenta y el desarrollo de herramientas de apoyo del tipo de guías prácticas y recurso a jueces de enlace y redes de cooperación.

### 3. APORTACIONES DE LA REFORMA ESPAÑOLA DE 2015 EN MATERIA DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES<sup>2</sup>

Cuando se trata de mejorar la operatividad del Convenio de 25 de octubre de 1980 a nivel nacional, hay determinados parámetros que han de tenerse

<sup>2</sup> A esta cuestión ya me he referido en cuatro trabajos recientes, uno de ellos monográfico:

FORCADA MIRANDA, F. J., «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2016, núm. 3.

*Id.*, «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)», *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, 2016, núm. 3.

*Id.*, «Recent Spanish Developments in International Family Law», [2016] *IFL, International Family Law Journal*, vol. 2016-01, pp. 11-12.

en cuenta. Es importante conseguir procesos nacionales de restitución más rápidos, con explícitas y más estrictas previsiones legales que aseguren que las peticiones de retorno se procesan de modo urgente en todas las instancias y en la fase de ejecución, se han de establecer mejores medidas de protección provisionales que aseguren el retorno del menor y, en su caso, del acompañante, y debe haber regulación de específicas medidas relativas a los procesos de ejecución de órdenes de retorno con límites legales y con la promoción del cumplimiento voluntario.

La reforma española de 2015 apuesta por la celeridad y por la concentración de la competencia para conocer de estos casos. Quizá uno de los aspectos más importantes lo sea el de la concentración de la competencia en un reducido número de jueces.

Tras la reforma de 2015, la competencia para conocer de estos casos ha pasado a residenciarse en los Juzgados de Primera Instancia de capital de provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se encuentre el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si los hubiere y, en su defecto, en los que por turno de reparto corresponda. De los anteriores más de 900 jueces que aproximadamente podían conocer en primera instancia de un caso de sustracción, hemos pasado a un número mucho más reducido si valoramos que tenemos actualmente 103 juzgados de Familia que se reparten en 35 capitales de provincia y 12 ciudades.

España ha avanzado en 2015 por vez primera en la especialización, en la concentración de casos a niveles de capitales de provincia y este podría ser el primer paso de una futura y tan deseada jurisdicción de familia, debidamente especializada y residenciada en capitales de provincia.

La celeridad se afianza en la reforma de 2015 con previsiones específicas: proceso preferente y urgente, seis semanas en dos instancias, salvo excepcionalidad, no suspensión por prejudicialidad penal y apelación en dos efectos en veinte días y preferente. Además, la celeridad va unida a la concienciación al efecto de los operadores jurídicos debidamente especializados y a las exigencias internacionales, siendo la percepción social y ciudadana de esta exigencia de la mayor importancia.

En otros aspectos donde a nivel internacional se han identificado conflictos, la reforma española de 2015 también toma partido. Así, apuesta de forma decidida por las comunicaciones judiciales directas y el apoyo de redes de cooperación nacionales e internacionales, caso de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya (art. 778 *quáter* 7 LEC), remarca que no ha de procederse a un examen del fondo del asunto en línea con la más consistente interpretación y aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 a nivel internacional (art. 778 *quinquies* 9 LEC), permite las visitas conectadas

---

*Id.*, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Las Rozas, Madrid, Sepin, D. L., 2015.

a la gestión del proceso (art. 778 *quáter* 8 LEC) y en materia de mediación, no solo llena el vacío de la normativa anterior sino que proporciona, con una ambigüedad calculada en la redacción de la norma, ventajas evidentes con la no presencia de límites al objeto de la mediación ni a la posterior hipotética ejecución del acuerdo mediado, haciéndola posible en cualquier momento pero evitando dilaciones con fecha límite al plazo legalmente previsto (art. 778 *quinquies* 12 LEC).

Siguiendo con esta línea hay que resaltar también que desde 2015 se permiten medidas cautelares a lo largo de todo el proceso y que se ha mejorado la ejecución de las órdenes de retorno de forma muy sustancial (art. 778 *quinquies* 9, 10 y 13 LEC), sin olvidar que en materia de audiencia de menores se articula la misma de forma separada, con presencia del Ministerio Fiscal y con posible videoconferencia (art. 778 *quinquies* 8 LEC)<sup>3</sup>, existiendo la posibilidad, ahora real, de obtención de una declaración que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos y con posibilidad, ahora también real, de obtener una declaración relativa al art. 15 del Convenio de 25 de octubre de 1980, implicándose a la Autoridad Central española en la prestación de asistencia al solicitante (art. 778 *sexies* LEC).

Merece una valoración positiva la reforma de 2015 pero no podemos olvidar aspectos críticos del fenómeno de la sustracción internacional de menores que siguen planteando conflictos y desvelando carencias y necesidades. Entre ellos podemos resaltar la cuestión de las definiciones de conceptos autónomos, los problemas de los Estados de tradición islámica, la cuestión relativa a la protección de los derechos humanos y al interés superior del menor en el marco de los procesos de restitución, la perturbadora influencia de los recursos extraordinarios en esta materia y la reforma/revisión del Reglamento núm. 2201/2003<sup>4</sup> pendiente de la propuesta de cambios que la Comisión hizo pública el 30 de junio de 2016.

<sup>3</sup> En materia de audiencia de menores no hemos de olvidar previsiones legales importantes conexas que derivan de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de diciembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:828, en cuanto a la no obligatoriedad de la exploración personal y directa por parte del juez con admisión de otras posibilidades; y del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tras la vigencia de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en lo relativo a la constancia del resultado y valoración en resoluciones de fondo, sin olvidar que tras la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 6/2015, los fiscales promoverán la grabación o transcripción lo más extensa y exacta de la actuación en evitación de una nueva exploración en segunda instancia.

<sup>4</sup> Reglamento (CE) núm. 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. Suelen ser habituales para referirse a este Reglamento las expresiones «Reglamento Bruselas II bis» y «Reglamento Bruselas IIa».

#### 4. UNA REDEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS AUTÓNOMOS DE RESIDENCIA HABITUAL Y CUSTODIA COMO POSIBLE SOLUCIÓN A PROBLEMAS ESPECÍFICOS

El Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 está plagado de conceptos autónomos que se definen a través de la consistente aplicación internacional de la norma y que no siempre son bien comprendidos.

En el campo de la residencia habitual siempre hemos partido de una definición autónoma apoyada en factores de mero hecho y con sólidos apoyos en INCADAT<sup>5</sup>, pero recientemente en el marco de la Unión Europea (UE), factores o matices jurídicos aparecen como condicionantes del cúmulo de factores de mero hecho que definían la residencia habitual, pudiendo observarse tal evolución en las Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 2 de abril de 2009, C-523/07<sup>6</sup>, de 22 de octubre de 2010, C-497/10 PPU<sup>7</sup>, y de 9 de octubre de 2014, C-376/14<sup>8</sup>. La doctrina habla ya de compaginar residencia habitual y conexión sustancial en beneficio de los menores y de conceptualizaciones no solo fácticas sino también jurídicas o al menos híbridas<sup>9</sup>.

Lo mismo puede decirse de la definición de los derechos de custodia. En el área de la sustracción internacional de menores, es crucial determinar cuándo existe infracción del derecho de custodia si la misma se define de forma autónoma a nivel internacional como el conjunto de derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Sucede que en países donde la patria potestad rige, en muchas ocasiones sigue sin aplicarse de forma correcta, el concepto de la custodia en los supuestos de sustracción internacional de menores.

Sea como sea, plantear una redefinición de conceptos claves y siempre autónomos por definidos dinámicamente con la acumulada casuística internacional, es una quimera y no parece que un mayor detalle que aportara hipotéticas redefiniciones pudiera contemplar exhaustivamente todas las posibles situaciones de matiz similares existentes en otros Estados. Hay que reconocer que clarificaciones como las que se derivan de la Sentencia del

<sup>5</sup> INCADAT es la base de datos sobre la sustracción internacional de niños de La Conferencia de La Haya, accesible en <http://www.incadat.com> (última consulta: 28 de mayo de 2016).

<sup>6</sup> ECLI:EU:C:2009:225.

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2010:829.

<sup>8</sup> ECLI:EU:C:2014:2268.

<sup>9</sup> Pueden consultarse al efecto dos ponencias que se desarrollaron durante la Cross Border Child Protection Conference, que tuvo lugar en Ginebra los días 21-23 de octubre de 2015:

MCELEAVY, P., *Building the bridge between «habitual residence» and «substantial connection»: Facts; Policy Objectives; and the Appropriate Forum*, Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Ginebra, 21-23 de octubre de 2015. ULRIKE, K., «Hague 1996 Child Protection Convention. Building the bridge between habitual residence and substantial connection», Power Point presentation. Cross Border Child Protection Conference, Ginebra, 21-23 de octubre de 2015.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Abbott v. Abbott*<sup>10</sup>, o las explicaciones que se contienen en la p. 45 de la Guía de la Conferencia de La Haya sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños y Principios generales y guía de buenas prácticas, han sido de gran ayuda.

## 5. LA LEY ISLÁMICA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LOS MARCOS BILATERALES

No pocos ciudadanos han visto frustradas sus expectativas de recuperación de menores sustraídos cuando un Estado de tradición islámica se ha visto involucrado. Se trata de Estados que se mantienen al margen de Convenios multilaterales y que asumen una incompatibilidad de los compromisos internacionales con la Ley Islámica, especialmente en casos relativos al derecho de custodia y visitas transfronterizas.

El Proceso de Malta patrocinado por la Conferencia de La Haya siempre ha tratado, ya desde el año 2004, de solventar este tipo de dificultades<sup>11</sup>, existiendo recientes trabajos doctrinales especializados<sup>12</sup>, que apoyan la compatibilidad del marco islámico con la vigencia de Convenios como el de La Haya de 25 de octubre de 1980. Hay realidades patentes como las que nos ofrecen algunos Estados como Marruecos, que, en un primer momento, optó por la suscripción de Convenios bilaterales en materia de protección internacional de menores y derechos de familia, pero que no ha dejado de lado la posibilidad de sumarse a Convenios multilaterales seguramente más eficaces.

La bilateralidad en esta materia, a falta del posible recurso a Convenios multilaterales como el de La Haya de 25 de octubre de 1980, siempre ha sido útil y muy buscada, caso del bilateral entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita

<sup>10</sup> [130 S.Ct. 1983, 176 L.Ed.2d 789 (2010)]. En la Sentencia de 17 de mayo de 2010 del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (caso *Abbott v. Abbott*) se determinó que al progenitor con solo derechos de visita, cuando la madre tiene otorgada la custodia en exclusiva, una cláusula *ne exeat* le confiere derechos de custodia a los efectos del art. 5 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980.

<sup>11</sup> La reciente Cuarta Conferencia de Malta que ha tenido lugar en La Valeta los días 2 al 5 de mayo de 2016 ha reunido a representantes de Alemania, Arabia Saudí, Argelia, Australia, Bahrein, Bangladesh, Bélgica, Canadá, España, Estados Unidos, Francia, Holanda, Indonesia, Irán, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kenia, Líbano, Libia, Malasia, Mauritania, Malta, Marruecos, Noruega, Pakistán, Portugal, Senegal, Singapur, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía y Reino Unido, así como a expertos independientes y representantes de la UE y diversas organizaciones no gubernamentales (ONGs), sumando en total más de 130 participantes. Conviene recordar que hoy día son 81 los Estados miembros de la Conferencia de La Haya, comprensivos de 80 Estados más la UE, pero sin olvidar que hay 67 Estados no miembros de la Conferencia de La Haya, que son al menos miembros o firmantes de un Convenio de la Conferencia. Arabia Saudí y Kazajistán son Estados candidatos en trámites de admisión y Colombia y Líbano ya han sido admitidos, estando pendientes de la aceptación del Estatuto para llegar a ser Estados miembros.

<sup>12</sup> Durante la Cuarta Conferencia de Malta se distribuyó en esta línea un *Executive Summary* de una publicación titulada «Islamic Law, Private International Law and Cross-Border Child Abduction» a cargo de Anver M. Emon y Urfan Khaliq, como parte de un proyecto de investigación financiado por *Global Affairs Canada*.

y devolución de menores<sup>13</sup>, pero pese a la indicada utilidad de los procesos bilaterales en estos casos, actualmente, la situación ha cambiado para los Estados que forman parte de la UE, ya que respecto a la posibilidad de concertación de convenios bilaterales en esta materia, hay que hacer una referencia al proceso de la expansiva competencia exclusiva de la UE que se deriva de diversas Decisiones del Tribunal de Luxemburgo<sup>14</sup>, y que impiden *de facto* la suscripción de este tipo de instrumentos<sup>15</sup>.

## 6. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES, ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Asistimos actualmente a una reevaluación del mecanismo de restitución de menores diseñado en el Convenio de 25 de octubre de 1980. La sencillez del diseño original viene chocando en tiempos recientes con alegaciones que tienden al análisis del fondo del derecho de custodia y a la protección de los derechos humanos en un marco de protección a ultranza del interés superior del menor.

Sobre la mesa tenemos el conflicto existente acerca de la recta aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Conferencia de La Haya, destapado dramáticamente por el caso *Neulinger*<sup>16</sup>, tenemos la cuestión de la interpretación estricta de las excepciones del art. 13.1.b) del Convenio de 25 de octubre de 1980 junto al carácter sumario del procedimiento diseñado, como posibles mecanismos vulneradores de derechos humanos, y está la procedencia del llamado examen del fondo del asunto en cada situación familiar en casos del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 iniciado por el TEDH (incluido un posterior retroceso de postulados absolutos), frente a la estricta aplicación del Convenio de 25 de octubre de 1980 que vía interpretación y aplicación del Reglamento núm. 2201/2003, nos proporciona el Tribunal de Luxemburgo de la UE y que pone más énfasis en el principio de confianza de mutua<sup>17</sup>.

También está sobre la mesa la alegación de que quizá se haya ido muy lejos en la supresión del exequátur con la introducción del certificado del art. 42 del Reglamento núm. 2201/2003, en casos como el *Aguirre Zarraga c.*

<sup>13</sup> BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

<sup>14</sup> Dictamen 1/03, ECLI:EU:C:2006:81; Dictamen 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, y Dictamen 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303.

<sup>15</sup> Hay que recordar que España ha estado involucrada en muy diversos convenios bilaterales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones que, en muchos casos, daban cobertura a asuntos del Derecho de familia, caso de convenios bilaterales suscritos con Argelia, Brasil, Bulgaria, China, Colombia, El Salvador, Israel, Mauritania, México, Rumanía, Túnez y Uruguay.

<sup>16</sup> *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), núm. 56030/07, TEDH 2010.

<sup>17</sup> Da la sensación de que el TEDH se decantaría por una protección más a ultranza del menor y que el Tribunal de Luxemburgo apoyaría interpretaciones más literalistas donde la mutua confianza es la base de la correcta aplicación de los instrumentos internacionales.

*Simone Pelz*<sup>18</sup>, donde el Tribunal de Luxemburgo forzó sin éxito alguno a Alemania a ejecutar el retorno de una menor, lo que puso y pone en entredicho la futura viabilidad del propio Reglamento núm. 2201/2003.

Asistimos en este tipo de situaciones al uso ya generalizado de expresiones del tipo «*balancing test*» o «*in-depth examination of family situation in every Hague case*», que casan más bien mal con previsiones legales como las del art. 19 del Convenio de 25 de octubre de 1980 cuando indica que «una decisión adoptada en virtud del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia».

## **7. LOS PERTURBADORES RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN ESPAÑA Y LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: EL ATC 119/2015, DE 6 DE JULIO, Y LA STC 16/2016, DE 1 DE FEBRERO**

La interferencia de recursos extraordinarios contra resoluciones firmes en materia de sustracción internacional de menores es un fenómeno preocupante<sup>19</sup>.

Este tipo de instancias extraordinarias acaban convirtiendo casos de restitución en casos sobre el fondo del asunto, acaban prolongando en el tiempo una situación que, en su origen, debió quedar resuelta en seis semanas, y generan un *lapso* enorme de tiempo de indeterminación que *a posteriori* suele usarse para fundamentar vulneraciones de derechos humanos que supuestamente se producirían con un retorno tras tan largo *lapso* de tiempo.

La STC 16/2016, de 1 de febrero, analiza la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE) en la vertiente de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, que considera se ha producido desde el momento en el que la Audiencia Provincial de Madrid omitió valorar la situación de integración de la menor, lo que originó para el Tribunal Constitucional insuficiencia motivadora de la resolución impugnada en amparo. Para el Constitucional, en los veinte meses transcurridos de sustracción efectiva a finalización del proceso pudo producirse una plena integración de la menor en su nuevo medio y ello, se dice, ha de ser valorado para hacer efectivo el interés superior de la menor, ya que las dilaciones, se dice, no pueden menoscabar dicho interés impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

Para apoyar su argumentación el Tribunal Constitucional fuerza de forma notoria y poco comprensible el tenor literal del art. 12 del Convenio de 25 de

<sup>18</sup> C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

<sup>19</sup> La preocupación deriva del añadido de instancias judiciales que ralentizan los procesos y de la incertidumbre que el paso del tiempo va generando, lo que no obsta a señalar cómo en ocasiones alguna vía extraordinaria ha servido para clarificar de forma acertada y contundente la correcta interpretación y aplicación, por ejemplo, del art. 16 del Convenio de 25 de octubre de 1980, tal y como sucedió con la STS (Sala de lo civil, Sección 1.ª) de 22 de junio de 1998.

octubre de 1980, pues solo cuando el plazo de sustracción efectiva a inicio del procedimiento es superior al año se valora la integración. Si es menor al año se ha de ordenar la restitución. Además, el concepto de integración al que se refiere el art. 12 indicado es evaluable a fecha de presentación de la demanda y no a fecha de resolución final del proceso y ello, por literal y lógico, no merece de mayores explicaciones.

En esencia, lo que hace el Constitucional es provocar un análisis del fondo del asunto sobre la base del tiempo transcurrido entre efectiva sustracción y resolución final del proceso al modo y con apoyo en determinadas resoluciones del TEDH<sup>20</sup>.

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, comunicaciones judiciales directas, Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, Conferencia de La Haya.

**Keywords:** international child abduction, direct judicial communications, International Hague Network of Judges, Hague Conference.

---

<sup>20</sup> *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), núm. 56030/07, TEDH 2010; *X. c. Letonia* (GS), núm. 27853/09, TEDH 2013; *Blaga c. Rumania*, núm. 54443710, TEDH 2014, y *Ferrari c. Rumania*, núm. 1714/10, TEDH 2015.

## TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES TRAS LA REFORMA DE 2015: RAPIDEZ, ESPECIALIZACIÓN Y... ALGUNAS AUSENCIAS

Rosario ESPINOSA CALABUIG

Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universitat de València

**SUMARIO:** 1. ADECUACIÓN DE LA REFORMA A LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL SOBRE TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES.—2. REFORZAMIENTO DE LAS REGLAS PARA EL RÁPIDO REGRESO DEL MENOR.—3. REFORZAMIENTO DE LAS REGLAS PARA DECLARAR LA ILICITUD DEL TRASLADO DE UN MENOR AL MARGEN DE LA DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.

### 1. ADECUACIÓN DE LA REFORMA A LA NORMATIVA EUROPEA E INTERNACIONAL SOBRE TRASLADO O RETENCIÓN ILÍCITOS DE MENORES

Basta una breve una visita a la base de datos de INCADAT<sup>1</sup> para evidenciar una realidad: el fenómeno del traslado ilícito internacional de menores, lejos de disminuir, sigue en aumento a nivel mundial, incluida España. Esta circunstancia, unida a la nueva casuística generada en los últimos tiempos en nuestro país<sup>2</sup>, la lentitud en la tramitación de estos casos por nuestras autoridades y la anticuada y desfasada regulación que teníamos en España en esta materia —básicamente arts. 1.902 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881—, han justificado la reacción, por fin, de nuestro legislador. Le ha costado... Pero al fin tenemos una nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (LJV) que ha introducido en la LEC un nuevo Capítulo IV *bis* relativo a «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores

<sup>1</sup> *International Child Abduction Data Base*, en <http://www.incadat.com>.

<sup>2</sup> En concreto, han aumentado los casos de traslado ilícito del menor llevados a cabo por el titular del derecho de custodia, así como por causas de violencia de género, por parte del progenitor maltratado como vía de alejamiento del maltratador. Véase KAYE, M., «The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four», *IJLPF*, 1999, p. 191.

en los supuestos de sustracción internacional». La DF 3.<sup>a</sup>, punto 10, de la LJV introduce en la LEC dicho capítulo con los nuevos art. 778 *quáter*, art. 778 *quinquies* y art. 778 *sexties*, situándose dentro de los procesos especiales matrimoniales y de menores.

La reforma moderniza así el sistema hasta ahora vigente, entre otras razones porque ha otorgado un carácter contencioso al procedimiento —ya no voluntario— para la restitución del menor trasladado o retenido ilícitamente. Este cambio ayudará presumiblemente al cumplimiento de los objetivos con que se han elaborado los preceptos citados, principalmente la rapidez en el procedimiento, a través de vías como la especialización y la concentración de la jurisdicción<sup>3</sup> y el acortamiento de plazos tanto para la primera instancia como para la apelación. La reforma, además, no ha venido sola pues el verano del 2015 trajo consigo otras más que pueden, a su vez, tener repercusión sobre la protección del menor<sup>4</sup>.

No hay que olvidar que el objetivo principal con el que se elaboró, primero el Convenio de La Haya (CLH) de 1980<sup>5</sup>, y luego el Reglamento CE núm. 2201/2003<sup>6</sup> fue el de garantizar el regreso inmediato del menor tras un traslado o retención ilícitos cometido por uno de los «titulares de la responsabilidad parental»<sup>7</sup>. Y fue dicho objetivo el que justificó la introducción de una norma —polémica y discutible— en el Reglamento núm. 2201/2003 como es la del art. 11.8 (y el art. 42 al que se remite). Dichas normas aluden a la eliminación del *exequatur* respecto a la decisión de regreso del menor dictada por los tribunales de un Estado miembro (EM) —aquel de residencia habitual del menor anterior a su traslado ilícito—, no obstante una previa decisión judicial dictada en otro Estado miembro que ordenaba todo lo contrario, esto es, el no regreso del menor por operar una de las causas de excepción previstas en el CLH 1980 en su art. 13. Ya no es el juez del Estado requerido el

<sup>3</sup> Será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con competencias en materia de Derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda (art. 778 *quáter* 2.º).

<sup>4</sup> En particular, la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Cabe recordar también la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, así como la modificación de la LOPJ operada por la LO 7/2015, de 21 de julio.

<sup>5</sup> Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987). Para un estado de las ratificaciones, <http://www.hcch.net>.

<sup>6</sup> Reglamento CE núm. 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).

<sup>7</sup> Utilizando la terminología del Reglamento núm. 2201/2003, ya que por la fecha el CLH se centraba en los casos de traslado ilícito cometidos por el titular del derecho de visita. Y en línea con el reglamento el nuevo art. 778 *quáter* 3.º de la LEC legitima a todos ellos para promover el procedimiento («persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor», además de la Autoridad Central, como ya estaba en el régimen anterior).

que procede al control de la ejecutividad de la decisión, sino el juez de origen mediante la emisión de un certificado que deberá satisfacer unas condiciones concretas<sup>8</sup>. La publicación el 30 de junio de 2016 (al cierre de las pruebas de imprenta de este trabajo) de la Propuesta de un nuevo Reglamento que aspira a «refundir» el actual Reglamento núm. 2201/2003, anuncia una modificación de las reglas en materia de sustracción de menores que será, sin duda, bienvenida.

La reforma de la LEC operada a través de la LJV se convierte en el complemento indispensable de la regulación existente en el marco de la Unión Europea y del CLH 1980, de ahí que aluda a ella en el primer párrafo del art. 778 *quáter* y de ahí que la DF 22.<sup>a</sup> de la LEC contenga las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento núm. 2201/2003 en lo atinente, entre otros extremos, al aún vigente art. 11 (puntos 6 y 7 de dicha disposición final de la LEC, según la nueva redacción dada por la DF 3.<sup>a</sup> de la LJV núm. 19).

## 2. REFORZAMIENTO DE LAS REGLAS PARA EL RÁPIDO REGRESO DEL MENOR

No obstante el carácter discutible de las normas citadas del actual Reglamento núm. 2201/2003<sup>9</sup>, pues ponen en conflicto dos decisiones divergentes de los tribunales de dos Estados miembros y refuerzan al juez de origen<sup>10</sup>, el legislador español ha llevado a cabo una reforma que favorecerá su cumplimiento en los casos de traslado ilícito dentro de la UE (habrá que ver, en todo caso, cómo quedan estas normas en el nuevo Reglamento, sin olvidar las críticas y dudas manifestadas en relación con la normativa actualmente vigente a través de alguna jurisprudencia, en particular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— en Sentencias como la de 18 de junio de 2013, en el asunto *Sofia Povse*)<sup>11</sup>. La introducción en la LEC del nuevo Capítulo IV pretende, al igual que el art. 11.8 (y el art. 42) del Reglamento núm. 2201/2003 y las normas del CLH 1980 (art. 1), potenciar el regreso lo más

<sup>8</sup> Sobre los recelos y críticas hacia el art. 11.8 del Reglamento núm. 2201/2003, véase ESPINOSA CALABUIG, R., «La sottrazione di minori nell'Unione Europea: tra Regolamento n. 2201/2003 e Convenzione dell'Aja del 1980», en CARBONE, S. y QUEIROLO, I. (dirs.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Turín, Chiappichelli., 2008, pp. 283-314.

<sup>9</sup> La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el Reglamento núm. 2201/2003, incluyendo el art. 11.8, es ya abundante. Por ejemplo, Sentencias como las de 11 de julio de 2008, as. C-195/08 PPU; de 16 de julio de 2009, as. C-168/08; de 23 de diciembre de 2009, as. C-403/09; de 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU; de 15 de julio de 2010, as. C-256/09; de 5 de octubre de 2010, as. C-400/10 PPU; de 9 de noviembre de 2010, as. C-296/10 PPU; de 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10; de 22 de diciembre de 2010, as. C-497/10 PPU; de 9 de enero de 2015, as. C-498/14; o de 10 de noviembre de 2015, as. C-455/15.

<sup>10</sup> Hasta el punto de que una vez emitido el certificado en cuestión, ya no es posible impugnar el reconocimiento en el Estado requerido de la decisión de retorno del menor, ni tampoco recurrir la expedición del certificado, siendo el Derecho del Estado de origen el que regulará cualquier posible rectificación (art. 43.1 y 2, en relación con los arts. 41.1 y 42.1).

<sup>11</sup> Asunto *Sofia Povse and Doris Povse v. Austria*, núm. 3890/11, TEDH 2013. Con anterioridad el TJUE se había pronunciado con la Sentencia de 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU.

rápido posible del menor en los casos en que ha sido trasladado ilícitamente a nuestro país desde otro Estado (miembro de la UE o del CLH 1980) en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado ilícito a España (art. 778 *quáter* y art. 778 *quinquies* LEC, que aluden al «lugar de procedencia» y no a su residencia habitual). Pero también en los casos en que estando el menor residiendo en España ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado (art. 778 *sexties*).

Todas estas normas aspiran, en definitiva, a potenciar el regreso inmediato del menor que, en último término, suponga la satisfacción del interés superior de este, con el cumplimiento de las máximas garantías y en defensa de sus derechos más fundamentales, en línea con la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950<sup>12</sup>. Dichas garantías se ven reforzadas en la reforma de la LEC al permitir que «a lo largo de todo el proceso» el juez pueda otorgar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal «las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al art. 773, además de las previstas en el art. 158 del Código Civil». Este reforzamiento incide asimismo en la satisfacción de las reglas del Reglamento núm. 2201/2003, en relación con la «actuación urgente» del órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda, que utilizará «los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional» (art. 11.3) y que no podrán denegar la restitución de un menor, basándose en el art. 13.b) del CLH 1980, si se demuestra que se han adoptado «medidas adecuadas» para garantizar la protección del menor tras su restitución (art. 11.4). Además, los «pormenores de dichas medidas» dictadas «para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual» (en cumplimiento del art. 11.8) deberán constar, en su caso, en el certificado al que alude el art. 42.2.c) emitido por el juez de origen.

Desde la primera lectura del nuevo Capítulo IV de la LEC se aprecia la casi obsesión (justificada por otra parte) del legislador español por la rapidez del procedimiento como única vía de garantizar el regreso inmediato del menor y, por ende, la protección de sus derechos. El art. 778 *quáter* 5.º, deja claro que el procedimiento tendrá carácter «urgente y preferente». Deberá realizarse, «en ambas instancias», si las hubiere, en el «inexcusable plazo total de seis semanas» desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. Por tanto, se acortan plazos para la primera instancia y para la apelación, fase en la que la brevedad de actuaciones será fundamental<sup>13</sup>. De igual modo el art. 778 *quinquies* 2.º, fija el plazo de veinticuatro horas para la admisión de la demanda por el secretario judicial, y si no fuera admisible, se dará cuenta al juez para que resuelva lo que proceda dentro de

<sup>12</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979..

<sup>13</sup> Según el art. 778 *quinquies* 11.º, contra la resolución que se dicte solo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación «preferente», debiendo ser resuelto en el «improrogable plazo de veinte días», señalando en los apartados a)-e) los plazos para proceder con la máxima celeridad.

dicho plazo. Pero además en la misma resolución en la que sea admitida la demanda, se requerirá al demandado —sustractor del menor— para que, en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ello, alegando alguna de las causas establecidas en el CLH 1980.

Lo primero que llama la atención de estas normas es el plazo de las seis semanas para que se lleve a cabo el procedimiento, a contar desde el momento en que se presenta la solicitud de regreso del menor. De este modo, se sitúa en la línea del art. 11 del CLH<sup>14</sup> y del art. 11.3.2 del Reglamento núm. 2201/2003<sup>15</sup>, en cuyo ámbito se han demostrado —hasta ahora— las dificultades prácticas para cumplir con dicho plazo, salvo algunas excepciones<sup>16</sup>. Dichas dificultades han sido consideradas en el nuevo Reglamento propuesto en 2016. El cumplimiento de un plazo lo más breve posible solo será factible en un marco de cooperación interestatal (de ahí el apoyo que el art. 778 *quáter* 7.º, hace a las comunicaciones directas, se entiende sin intermediación alguna, al igual que la Ley de cooperación jurídica internacional)<sup>17</sup>, entre órganos jurisdiccionales de distintos países, a través del auxilio de las Autoridades Centrales implicadas, de las Redes de Cooperación Judicial Internacional existentes, de los miembros de la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya y de los jueces de enlace, y se verá favorecido —presumiblemente— por la antes aludida concentración de las competencias y su especialización, igualmente enfatizadas por la propuesta de Reglamento de 30 de junio de 2016. Solo así, además, se podrá reducir el riesgo de manipulaciones en el cómputo de los plazos en casos en los que, por ejemplo, un traslado que ha empezado siendo lícito se ha convertido en ilícito de modo que al interponer la demanda de restitución del menor este se encuentra ya integrado en su nuevo ambiente (en línea con el art. 12 CLH 1980)<sup>18</sup>.

De hecho la clave del éxito de los arts. 11.8 y 42 del Reglamento núm. 2201/2003, tal como se regulan en la actualidad, está sin duda en la rapidez con que se tramiten los varios procedimientos en que se podrán ver envueltas las autoridades españolas: a) el llevado a cabo tras un traslado ilícito del niño a nuestro país, en cuyo caso deberán ordenar el regreso inme-

<sup>14</sup> Referido al «plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos» para llegar a una decisión.

<sup>15</sup> Según el cual el órgano jurisdiccional dictará su resolución «como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda», salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.

<sup>16</sup> A este respecto FORCADA MIRANDA, J., «El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)», pp. 36-38 ([www.millenniumdipr.com](http://www.millenniumdipr.com)), alude a países como el Reino Unido (Inglaterra y Gales), Holanda, Uruguay o Japón como ejemplos en los que la reforma legislativa en esta materia ha demostrado que la brevedad de estos plazos es posible.

<sup>17</sup> En este ámbito, véase RODRÍGUEZ BENOT, A., «La Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT* (marzo 2016), vol. 8, núm. 1, p. 239.

<sup>18</sup> Paradigmáticas en su momento sentencias como las de la AP de Sevilla de 16 de septiembre de 2004 o AP de Madrid de 3 de marzo de 2005. Y especialmente llamativa a este respecto es la reciente STC 16/2016, de 1 de febrero.

diato de este en los plazos de los arts. 778 *quáter* y 778 *quinquies* de la LEC, salvo que se demuestre alguna de las excepciones del CLH 1980. De ser así, y aunque nuestras autoridades consideren que el menor no debe regresar al Estado miembro en el que residía antes de su traslado ilícito, deberán *b)* tramitar su regreso inmediato cuando así lo hayan decidido las autoridades de dicho Estado miembro. Y ello porque esa decisión —final y definitiva— de regreso es ejecutiva sin *exequatur* «con el fin de garantizar la restitución del menor», según el art. 11.8 *in fine* en relación con el art. 42 del Reglamento núm. 2201/2003. Pasará lo mismo en los casos en que *c)* España sea el Estado donde el menor residía antes de su traslado y nuestras autoridades lo califiquen como ilícito (según se regula en el art. 778 *sexties* de la LEC) y ordenen su regreso inmediato a nuestro país, aunque en otro Estado miembro se haya decidido su no regreso por operar las excepciones del CLH 1980 (decisión, por tanto, provisional, que será superada por la definitiva dictada en España).

Los cauces procesales para llevar a cabo todas estas hipótesis no se regulan en la medida que hubiera sido deseable en los nuevos preceptos de la LEC, aunque cabe presuponer que las «medidas» a las que se alude en ellos se utilizarán en todo caso. En particular el art. 778 *quinquies* 13.º señala que la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del menor o su retorno al Estado de procedencia (incluso habiendo oposición del progenitor sustractor), se realizará «de forma inmediata». Para ello, el juez deberá adoptar las medidas necesarias y podrá ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Para hacer efectiva dicha actuación, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando las medidas administrativas precisas. (art. 778 *quinquies* 13.º). Debe entenderse que todas estas medidas se adoptarán siempre que haya que tramitar un regreso rápido del menor desde nuestro país, tanto cuando está aquí retenido ilícitamente, como cuando lo está en otro Estado miembro y las autoridades españolas ordenan su regreso a España (en cuanto Estado miembro de residencia habitual del menor antes de su traslado ilícito). En cambio, cuando el menor deba regresar a nuestro país desde otro Estado miembro en el que el menor está retenido ilícitamente, el regreso se llevará con arreglo a las medidas fijadas por su normativa interna, de ahí la importancia de la cooperación interestatal para que, en todo caso, el regreso del menor se lleve con éxito y con salvaguarda de su interés.

A pesar de las contradicciones que provoca el art. 11.8 del Reglamento núm. 2201/2003 este ha recibido el respaldo del TJUE sin siquiera dar opción a excepciones, lo que ha provocado un claro conflicto interpretativo en torno a la protección de los derechos fundamentales y la misma concepción del interés del menor en este tipo de casos, como se demostró en los mencionados asuntos *Aguirre Zárraga* y *Sofia Povse*. La insistencia en defender la aplicación del art. 11.8 no parece coherente con la defensa de lo que pueda constituir el interés superior del menor; en cada caso en particular, aunque se haya cometido un acto que, en principio, va a ser calificado como ilícito

en los términos del Reglamento núm. 2201/2003 y del CLH 1980. La reforma que se realice del art. 11.8 del Reglamento deberá tener en cuenta el difícil equilibrio entre la valoración del interés del menor en cada caso, y el riesgo de interpretaciones que puedan favorecer excepciones a la norma con las manipulaciones como las que, hasta ahora, se han realizado en el ámbito del CLH 1980. No será fácil.

Mientras tanto, la celeridad en el procedimiento seguirá poniendo de manifiesto las dificultades interpretativas en cuestiones tan relevantes como, por ejemplo, la audiencia del menor, a la que el art. 778 *quinquies* 8.º, de la LEC le otorga un papel fundamental. Ello deriva, entre otras razones, de las diferentes concepciones que recibe en los Estados (dentro de la UE, por ejemplo, hay países como Alemania donde aparece configurado como un principio de rango constitucional y en otros, en cambio, ha sido prácticamente inexistente durante años)<sup>19</sup>. Dicho riesgo era previsible desde que se elaboró el Reglamento núm. 2201/2003 en relación con el requisito del certificado del art. 42 relativo a la audiencia del menor. El asunto *Aguirre Zárraga* es buena muestra de este conflicto<sup>20</sup>, como también la respuesta del TEDH en el mencionado asunto *Sofia Povse*<sup>21</sup>.

Fuera de la UE, en el ámbito del CLH 1980, los nuevos preceptos de la LEC garantizarán el mismo objetivo de inmediatez en el regreso del menor, aunque sin los conflictos derivados de la eliminación del *exequatur* previsto por el Reglamento núm. 2201/2003. No olvidemos que el CLH 1980 privilegia el pronto regreso del menor, independientemente del reconocimiento de la decisión judicial. En cambio, el Convenio de Luxemburgo de 1980<sup>22</sup> (con el que el CLH 1980 ha demostrado sus problemas de complementariedad) se centra en el *exequatur*, subordinando el regreso del menor trasladado ilícitamente al reconocimiento y ejecución de la decisión judicial en el Estado interesado. Ambos se han ratificado por los países de la UE en épocas diferentes y a menudo distantes la una de la otra, lo que ha provocado alguna que otra diferencia interpretativa. Pero todos los Estados concuerdan en los problemas prácticos que los dos Convenios han provocado, sobre todo el carácter

<sup>19</sup> Véase VÖLKER, M., «Le règlement "Bruxelles II bis" du point de vue d'un juge aux affaires familiales allemand», en FULCHIRON, H. y NOURISSAT, C. (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, Dalloz, pp. 293-302.

<sup>20</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 *PPU*. A juicio del TJUE el órgano competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse a la ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución del menor ilícitamente retenido, por considerar que el órgano del Estado miembro de origen, del que emana esta resolución, ha vulnerado el art. 42 del Reglamento, interpretado conforme al art. 24 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE, por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen.

<sup>21</sup> Véase comentario de KINSCH, P., al hilo de «*Harroudj v. France*: indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect», *YPIL*, 2013/2014, vol. 15, pp. 39-44.

<sup>22</sup> Convenio Europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores y restablecimiento de esa custodia de 20 de mayo de 1980 (*BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984). Para un estado de las ratificaciones <http://www.conventions.coe.int>.

lento y farragoso del procedimiento, que ha obstaculizado notablemente la efectividad de los mismos<sup>23</sup>.

La celeridad en el procedimiento permitirá, por otra parte, frenar el riesgo de un uso manipulado del art. 12 CLH al que nos hemos referido antes ya que, aunque no regula las causas de excepción al regreso del niño tras su traslado ilícito (para ello está el art. 13), en la práctica se ha utilizado como tal al permitir que, transcurrido un año desde su traslado o retención ilícita, el niño no tuviera que regresar al demostrarse su integración «en su nuevo ambiente». Las dificultades prácticas de localización del menor en muchos casos pueden seguir favoreciendo ese riesgo, de ahí que deba interpretarse como un año desde que se conozca el paradero del menor. De hecho, el art. 778 *quinqüies* 3.º, señala que si el menor no fuera localizado «se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado». La duración de dicha provisionalidad se ignora, pero se sabe que un año pasa rápidamente y que en ese plazo el niño puede perfectamente integrarse en su nuevo ambiente... En este sentido, el art. 778 *quinqüies* 5.º, alude a los casos en que el demandado —sustractor— no compareciese ni procediera a la entrega del menor, en cuyo caso se le declarará en rebeldía pero el procedimiento seguirá su curso, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el juez que tendrá lugar «en un plazo no superior a los cinco días siguientes», a celebrar según lo dispuesto en el precepto. Dicha resolución, no obstante, deberá ser notificada al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.

En los casos en que el demandado sí que comparezca, pero para invocar las causas de excepción al regreso del menor (las del art. 13 CLH 1980), el secretario judicial «en el mismo día» dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que se celebrará «dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes». La vista no se suspenderá, por otra parte, por incomparecencia del demandante o del demandado (art. 778 *quinqüies* 6.º y 7.º), lo que no solo es una novedad sino que refuerza la rapidez del procedimiento.

La rapidez en el procedimiento se pone de manifiesto incluso en los casos en que se consiga someter el caso a mediación entre las partes (a instancia de las partes o por el juez), «sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso» y con un procedimiento que será «lo más breve posible» (art. 778 *quinqüies* 12.º).

Por último, hay que incidir en la relevancia de la celeridad en relación con una cuestión fundamental para el éxito de todas estas normas (LEC, Reglamento y Convenio), como es la presentación de las pruebas dirigidas a excepcionar el regreso del menor trasladado o retenido ilícitamente, con base en las causas reguladas en el CLH 1980. No obstante su relevancia, ninguno de

<sup>23</sup> ESPINOSA CALABUIG, R., *op. cit.*, nota 8, pp. 284-285.

los textos mencionados lo regula con exhaustividad, aunque el art. 778 *quinquies* le atribuye mucha trascendencia. En particular, el art. 778 *quinquies* 7.º *in fine*, se refiere a las pruebas presentadas al proceso, a instancia de parte, del juez o del Ministerio Fiscal (antes solo podían presentarse a instancia de parte), que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, que lo harán «dentro del plazo improrrogable de seis días», así como los informes que estime pertinentes cuya realización será «urgente y preferente» a cualquier otro proceso.

La relevancia que dicho precepto otorga a la presentación de pruebas e informes en el sentido expuesto en el párr. 7, incide no solo sobre las garantías hacia el menor sino también sobre el cumplimiento, una vez más, del actual art. 11.8 del Reglamento núm. 2201/2003, en particular sobre el art. 42 al que se remite. En el apartado 2.c) de este último se regula el tercero de los requisitos que debe cumplir el certificado que emitirá el juez de origen de la resolución que ordena el regreso definitivo del menor (para que pueda ser ejecutiva sin *exequatur*). Esto es, la comprobación por dicho juez [junto a la audiencia del menor y de las partes de los apdos. a) y b)] de que la decisión de no retorno del menor fue ordenada por el juez de otro Estado miembro, teniendo en cuenta, al dictar su resolución, «las razones y las pruebas» en las que esta se fundamenta en virtud del art. 13 CLH 1980.

Todas esas «razones y pruebas» son las mismas a las que el art. 778 *quinquies* da preponderancia, con el alcance descrito, para justificar la decisión de las autoridades españolas en favor del regreso o no del menor en casos de traslado ilícito. Pero, además, esas mismas «razones y pruebas» son las que deberá valorar el juez de origen de una decisión de regreso del menor, en el marco del certificado del art. 42 del Reglamento núm. 2201/2003, no obstante la de no regreso que haya sido dictada en España. Mientras no se reforme dicha norma, los conflictos interpretativos al hilo de tales «razones y pruebas» seguirán en aumento.

### **3. REFORZAMIENTO DE LAS REGLAS PARA DECLARAR LA ILICITUD DEL TRASLADO DE UN MENOR AL MARGEN DE LA DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO**

A la luz del nuevo art. 778 *sexties*, parece que el legislador ha querido reforzar otros dos objetivos claves en esta materia. De un lado, la declaración del traslado o retención de un menor como ilícito, para lo que se aportan reglas sobre la necesidad de obtener una certificación (conforme al CLH o al Reglamento) en dicho sentido. De otro, la aclaración sobre la tradicional confusión entre la decisión de regreso inmediato del menor y la decisión sobre el fondo del litigio. Aspectos que, como es sabido, han sido muchas veces confundidos en la jurisprudencia —no solo española— y aprovechados por el sustractor del menor para, a través de manipulaciones procesales, obtener una nueva decisión sobre el fondo. Con el nuevo precepto se aspira a aclarar dicha cuestión, a pesar de las persistentes dificultades que la práctica arro-

ja<sup>24</sup>, y las disparidades interpretativas respecto a lo que se considera o no como una infracción del derecho de custodia (necesario, entre otros, para definir el traslado o retención del menor como ilícitos, en los términos fijados por el art. 3 CLH 1980 o el art. 1.11 del Reglamento núm. 2201/2003)<sup>25</sup>. Es por ello que el nuevo precepto de la LEC se muestra insuficiente, además de vago, para cumplir con el segundo de los objetivos expuestos.

Como ya se ha señalado, tanto el CLH 1980 como el Reglamento núm. 2201/2003 aspiran a favorecer el regreso inmediato del niño, dejando para un momento posterior, que no se regula como debiera en ninguno de los dos textos, la decisión sobre los derechos de custodia<sup>26</sup>. Tampoco la nueva regulación de la LEC aporta luz al respecto. Conforme al CLH la autoridad —judicial o administrativa— del Estado al que el niño ha sido trasladado ilícitamente no puede decidir sobre el fondo hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del Convenio para la restitución<sup>27</sup> y en similares términos, pero más confusos si cabe, se expresa el Reglamento núm. 2201/2003 en su art. 11.7. De la comprensión de ambas cuestiones y su trato diferenciado depende no solo el buen funcionamiento de todos estos textos, sino también el fin de las manipulaciones procesales aludidas.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que el art. 11.8 del Reglamento no se opone, en principio, a que un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución o de custodia del menor en el marco del procedimiento previsto, incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca por otra parte de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor<sup>28</sup>. Es más, el art. 11.8 debe interpretarse en el sentido de que «una resolución del órgano jurisdiccional competente que ordena la restitución del menor está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha disposición, aun cuando no esté precedida de una resolución definitiva del mismo órgano jurisdiccional relativa al derecho de custodia del menor»<sup>29</sup>, puesto que dicha resolución solo podrá dictarse posteriormente a la de la restitución, en su caso, del menor<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> El asunto *Aguirre Zárraga* es una buena muestra, puesto que a pesar de la decisión de regreso del menor —ejecutiva sin *exequatur*— ordenada por el juzgador español, el alemán entra a resolver el fondo del asunto. STJUE de 22 de diciembre de 2010, as. C-491/10 PPU, con comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en *REDI*, vol. LXII (2010), 2, p. 249.

<sup>25</sup> Por ejemplo, la SAP de Málaga de 1 de abril de 2014, respecto a las disparidades entre la legislación lituana y la española en dicho punto.

<sup>26</sup> El art. 19 CLH 1980 establece que la decisión sobre el retorno del niño no se tendrá en cuenta para determinar el fondo respecto a su custodia.

<sup>27</sup> O bien haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud del Convenio (art. 16).

<sup>28</sup> STJUE de 9 de enero de 2015, as. C-498/14, *D. Bradbrooke c. A. Aleksandrowicz*.

<sup>29</sup> STJUE de 1 de julio de 2010, as. C-211/10 PPU, *Sofia Povse and Doris Povse c. Austria*.

<sup>30</sup> Con ocasión del asunto *Bianca Purrucker y Guillermo Vallés Pérez*, la STJUE de 9 de noviembre de 2010, as. C-296/10 PPU, estableció que en el marco de un procedimiento de medidas provisionales, el hecho de que se incoe ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento de

En este sentido, el art. 778 *sexties* señala que cuando sea España el país en el que el menor residía antes de su traslado ilícito a otro país, cualquier persona interesada, «al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional», podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del art. 158. Se echa en falta, en definitiva, una mayor precisión en una cuestión de tanta relevancia práctica.

**Palabras clave:** sustracción internacional de menores, Reglamento 2201/2003, Convenio de La Haya 1980, Ley Jurisdicción Voluntaria.

**Keywords:** international child abduction, Regulation 2201/2003, Hague Convention 1980, Voluntary Jurisdiction Act.

---

este tipo y no se desprenda que este es competente en el sentido del Reglamento núm. 2201/2003, «no excluye necesariamente que exista, según lo permita eventualmente el Derecho nacional de ese Estado miembro, una demanda sobre el fondo vinculada a la demanda de medidas provisionales [...]».



### III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Coordinación a cargo de  
José Manuel SOBRINO, Federico GARAU  
e Irene RODRÍGUEZ

#### EL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES ESPAÑOL PASA SU PRIMER EXAMEN INTERNACIONAL: EL CASO *CHARANNE Y CONSTRUCTION INVESTMENTS C. ESPAÑA* (JURISDICCIÓN)

Millán REQUENA CASANOVA\*

Profesor contratado doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Alicante

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN.—2.1. La cláusula *electa una vía*.—2.2. La calidad de los inversores extranjeros.—2.3. El solapamiento con el Derecho de la Unión Europea.—3. LAS OBJECIONES A LA ADMISIBILIDAD.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El laudo dictado el 21 de enero de 2016 por un órgano arbitral en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012) es el primero que se publica de una serie de casos surgidos a causa de las modificaciones normativas realizadas por España en el régimen de fomento a la producción de energías renovables. El órgano arbitral estuvo formado por Alexis Moure (francés), como Presidente, Guido Santiago Tawil (argentino) y Claus Von Wobeser (mexicano), en calidad de árbitros, en un procedimiento regido por el Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) y basado en el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)<sup>1</sup>. En este trabajo se valora la parte del laudo que se ocupó de resolver las cuestiones sobre jurisdicción y admisibilidad, resaltando algunos aspectos de orden jurisdiccional que pueden resultar de interés para la interpretación del TCE.

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto «La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional» (Ref. DER2015-63498-C2-2-P MINECO/FEDER).

<sup>1</sup> *BOE* núm. 117, de 17 de mayo de 1995, y corrección de errores en *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1995.

En primer lugar, España impugnó la jurisdicción del órgano arbitral planteando sus objeciones conforme a tres argumentos, a saber; primero, que las empresas demandantes renunciaron a la jurisdicción del tribunal activando la cláusula *electa una vía* del art. 26.2.a) o b) del TCE; segundo, que las demandantes no eran inversores de acuerdo al art. 1.7 del TCE, al estar controladas completamente por nacionales españoles; y, tercero, que el tribunal no podía conocer una controversia que enfrentaba a inversores europeos y a un Estado miembro de la Unión Europea (UE), ya que este tipo de disputa, al estar sujeta al Derecho de la UE, debía ser resuelta exclusivamente conforme a su sistema jurisdiccional.

En segundo lugar, España alegó que las reclamaciones de las demandantes debían desestimarse por inadmisibles ya que el arbitraje habría devenido sin objeto. Respecto a esta petición el tribunal entendió que la inadmisibilidad por falta sobrevenida de objeto del arbitraje debía tratarse después de haber analizado las objeciones a la jurisdicción<sup>2</sup>.

## 2. LAS OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

### 2.1. La cláusula *electa una vía*

Por lo que se refiere a la primera objeción el órgano arbitral analizó si las demandantes en el arbitraje optaron por someter su controversia ante uno de los mecanismos previstos en el art. 26.2.a) o b) del TCE. A juicio de España, las demandantes activaron la cláusula *electa una vía* del art. 26.3.b) i) del TCE, que establece que el arbitraje y el recurso a los tribunales ordinarios o administrativos de una parte contratante del TCE son vías alternativas y excluyentes. La cláusula *electa una vía* se habría activado, por una parte, como consecuencia de la presentación por las demandantes ante el Tribunal Supremo de dos recursos contencioso-administrativos (ambos desestimados) en relación con el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial<sup>3</sup>; y, por otra, debido a la presentación de una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico<sup>4</sup>, solicitando que se declarase que esta norma era violatoria de los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)<sup>5</sup>, y del art. 1 del

<sup>2</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 394).

<sup>3</sup> BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010.

<sup>4</sup> BOE núm. 312, de 24 de diciembre de 2010.

<sup>5</sup> BOE núm. 232, de 10 de octubre de 1979.

Protocolo Adicional que garantiza la protección de la propiedad<sup>6</sup>. El TEDH decidió inadmitir la demanda planteada al considerar que la misma no cumplía con los requisitos de admisibilidad establecidos en los arts. 34 y 35 del CEDH. No obstante, para las demandantes la cláusula *electa una vía* no se habría activado al no cumplirse el «test de la triple identidad», que exige que los procedimientos ante los tribunales internos y ante el órgano arbitral compartan las mismas partes, el mismo objeto o *petitum* y el mismo fundamento legal. En cambio, para España sí se cumplirían las condiciones del «test de la triple identidad», afirmando que una aplicación estricta y limitada de estos requisitos impediría en la práctica la aplicación de la cláusula *electa una vía*<sup>7</sup>.

A juicio del órgano arbitral, para que la cláusula *electa una vía* sea aplicable es necesario que el inversor afectado por la medida supuestamente ilícita haya recurrido previamente a los tribunales locales o a otro procedimiento de solución de controversias previamente acordado<sup>8</sup>. Al respecto, para apreciar si existe identidad de partes, el tribunal analizó la estructura societaria de las distintas entidades presentes en los diversos procesos en causa, con el fin de cerciorarse si los procedimientos iniciados ante el Tribunal Supremo, por un lado, y ante el TEDH, por otro, lo fueron en realidad por las demandantes a través de sociedades interpuestas<sup>9</sup>. El órgano arbitral concluyó que, ni siquiera bajo una interpretación flexible del «test de la triple identidad», se podría considerar que hay una identidad sustancial de partes. Para ello hubiera sido necesario demostrar que las demandantes tenían el poder de decisión de las sociedades titulares de las plantas fotovoltaicas que iniciaron acciones ante los tribunales internos (Grupo *T-Solar* y Grupo *Isolux Corsan, S. A.*), de tal manera que pueda considerarse que estas últimas fueron realmente sociedades interpuestas. Y, sobre esta cuestión, España nunca alegó que la estructura corporativa del grupo empresarial de las demandantes:

«Fuera concebida o modificada con el propósito fraudulento de permitir a las Demandantes sortear la cláusula *electa una vía* del art. 26. En ausencia de una demostración en ese sentido, el Tribunal Arbitral no puede considerar que, conformemente al artículo 26 del TCE, las Demandantes han optado por someter la controversia al Tribunal Supremo o al TEDH»<sup>10</sup>.

Aunque este razonamiento sería suficiente para rechazar la objeción basada en la cláusula *electa una vía*, el órgano arbitral quiso precisar que el procedimiento iniciado ante el TEDH tampoco permite activar la referida cláusula, en el entendido de que:

«El TEDH no puede considerarse como un tribunal arbitral de la Parte Contratante en el sentido del artículo 26(2)(a) [...]. Y no hay duda de que el TEDH

<sup>6</sup> BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991.

<sup>7</sup> *Pantechmiki S. A. Contractors & Engineers c. Albania* (caso CIADI núm. ARB/07/21, Laudo de 30 de julio de 2009, párrs. 60-64).

<sup>8</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 405).

<sup>9</sup> *Ibid.*, párrs. 406-407.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 408.

no es un tribunal del Reino de España. Tampoco puede considerarse que el procedimiento ante el TEDH sea “*un procedimiento de solución de controversias previamente acordado*” en el sentido del artículo 26(2)(b) del TCE, pues no existe ningún acuerdo de las Partes para someter su controversia al TEDH»<sup>11</sup>.

Las anteriores consideraciones llevaron al órgano arbitral a rechazar la objeción fundada en la cláusula *electa una vía* del art. 26 del TCE.

## 2.2. La calidad de los inversores extranjeros

En segundo lugar, España planteó una objeción *ratione personae* a la jurisdicción del órgano arbitral, fundada en que las demandantes no serían inversores de acuerdo con el art. 1.7 del TCE. Esta objeción fue desarrollada a través de dos argumentos complementarios. Primero, la demandada alegó que los beneficiarios últimos de las empresas demandantes serían nacionales españoles, si bien actuando a través de «cascarones societarios vacíos» que les permitían beneficiarse de la protección que ofrece el TCE a inversores extranjeros<sup>12</sup>. Y, segundo, que el acceso de las demandantes a la jurisdicción arbitral sería contrario al orden público español, en particular a los principios de igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva consagrados en la Constitución Española (CE), al reconocerse un tratamiento jurisdiccional diferenciado, según el cauce procesal elegido, a ciudadanos españoles en la misma situación<sup>13</sup>.

En respuesta al primer argumento el tribunal trató de dilucidar si el art. 26.1 del TCE exige la «diversidad de nacionalidades» entre las partes en el arbitraje. Según la demandada, la nacionalidad «extranjera» del inversor es una condición objetiva que permite a los tribunales levantar el velo societario para conocer a los verdaderos controladores de las sociedades<sup>14</sup>. En cuanto a la nacionalidad de la persona jurídica que realiza la inversión, el órgano arbitral destacó la relevancia del *criterio jurídico o de constitución de la sociedad* recogido en el art. 1.7 del TCE, señalando al respecto que:

«[L]a calidad de inversionista viene definida en el artículo 1(7) del TCE, por lo que concierne a personas jurídicas, como aquellas que sean “*constituidas con arreglo a la legislación aplicable en la parte contratante*”. No hay disputa en el hecho de que las dos partes Demandantes cumplen con este requisito, al ser los Países Bajos y Luxemburgo Partes Contratantes del TCE. El artículo 1.7(a)(ii) del TCE no contiene ningún otro requisito sino que el inversor esté constituido con arreglo a la legislación aplicable en la Parte Contratante, en este caso, los Países Bajos y Luxemburgo»<sup>15</sup>.

Conforme a este criterio y tras matizar que solo en caso de un fraude a la jurisdicción estaría justificado levantar el velo societario, el órgano arbitral consideró que en este caso no se había probado el carácter fraudulento de la estructura societaria de la inversión, por lo que:

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 409.

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 422.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párr. 230.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 228.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 414.

«No existe ninguna base para importar al TCE una regla general según la cual la nacionalidad del inversor debería analizarse según un criterio económico, cuando el mismo TCE se refiere al criterio jurídico de la constitución de la sociedad con arreglo a la legislación de una Parte Contratante [...]»<sup>16</sup>.

Esta conclusión sería respetuosa con la intención de los redactores del TCE, que no quisieron incluir en la cláusula de «denegación de beneficios» del art. 17 del TCE, referida a personas jurídicas controladas por accionistas de un tercer Estado no contratante del TCE, el supuesto de las sociedades inversionistas controladas por nacionales del Estado contratante receptor de la inversión<sup>17</sup>. Por lo demás, en un plano más general, ésta ha sido la interpretación mantenida en otros arbitrajes sustanciados al amparo del TCE, como el dictado por un órgano arbitral administrado por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Yukos c. Rusia* según el cual:

«El Tribunal no conoce de un principio general de derecho internacional que requiera que se investigue cómo una compañía u otra organización opera cuando el tratado aplicable simplemente requiere que esté constituida de acuerdo con las leyes de una Parte Contratante»<sup>18</sup>.

Las anteriores consideraciones llevaron al órgano arbitral a rechazar la objeción a la jurisdicción basada en la calidad de inversor conforme al art. 1.7 del TCE.

En cuanto a la hipotética contradicción a la CE que provocaría un laudo arbitral, la demandada sostenía que si el tribunal se declarase competente se vulneraría el orden público español, en particular el principio de igualdad del art. 14 de la CE, al poner al alcance de ciudadanos españoles (las personas físicas accionistas de las demandantes) un mecanismo de arbitraje internacional con ciertos aspectos procesales (elección del tribunal, reglas arbitrales, entre otros) al que no podría acceder cualquier otro ciudadano español<sup>19</sup>. Tras matizar que la competencia del tribunal debe valorarse conforme a las obligaciones del TCE y no según el Derecho interno español, el órgano arbitral concluyó que el orden público español «poco tiene que ver con la determinación de la jurisdicción de este Tribunal bajo un tratado internacional del cual el Reino de España es parte contratante»<sup>20</sup>.

### 2.3. El solapamiento con el Derecho de la Unión Europea

Como tercera objeción jurisdiccional España alegó que la controversia había surgido en el marco de relaciones de inversión intra-europeas, cuya resolución queda sujeta al marco jurídico de la UE, y en particular a su siste-

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 415.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 416.

<sup>18</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Rusia* (caso CPA núm. AA 227, Laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad, de 30 de noviembre de 2009, párr. 415).

<sup>19</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 419).

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 421.

ma jurisdiccional. En otras palabras, el TCE no resulta aplicable a las inversiones realizadas dentro de la UE por nacionales de los Estados miembros, ni confiere el derecho a resolver los conflictos intra-UE mediante el recurso al arbitraje<sup>21</sup>. A su vez, esta objeción jurisdiccional fue estructurada en tres argumentos.

El primero hacía referencia a que todas las partes en el arbitraje forman parte de una misma Organización Regional de Integración Económica (la UE), por lo que la reclamación no cumpliría con el requisito de «diversidad de territorios» entre el inversor y la parte contratante, como exige el art. 26.1 del TCE. A juicio del órgano arbitral:

«Este argumento desconoce que, aunque la UE sea miembro del TCE, los Estados que la componen no han dejado de serlo también. Tanto la UE como los Estados miembros pueden tener legitimación procesal como demandados en una acción basada en el TCE»<sup>22</sup>.

Asimismo, las reclamaciones no se fundamentan en actuaciones de la UE, sino en actos supuestamente ilícitos de España en el ejercicio de su soberanía nacional, por lo que «el territorio al cual se refiere el artículo 26(1) del TCE, a fines jurisdiccionales, es el territorio del Reino de España y no el territorio de la UE»<sup>23</sup>.

Como segundo argumento España alegó que el TCE contiene una «cláusula de desconexión implícita», cuyo objeto sería desvincular a los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, del mecanismo de solución de controversias del TCE. En este punto, la demandada retomó la posición expresada por la Comisión Europea en su escrito *amicus curiae*, basándose en el paralelismo que existe con la cláusula del art. 27 del TCE, que prevé la posibilidad de que una controversia entre Partes Contratantes sea sometida a un tribunal arbitral *ad hoc*, salvo que las mismas «hayan acordado otra cosa»<sup>24</sup>. Así, en aplicación de la cláusula arbitral del art. 27, una controversia relativa al TCE entre Estados miembros de la UE ya estaría sometida *implícitamente* a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). Además, España sostenía que la prohibición del arbitraje inversor-Estado entre Estados miembros de la UE vendría avalada por la jurisprudencia del TJUE y, en particular, por su decisión en el caso *Mox Plant*<sup>25</sup>. No obstante, esta analogía no le pareció pertinente al órgano arbitral. Siguiendo la tesis de las demandantes, la decisión en *Mox Plant* no sería aplicable al presente litigio, pues en aquel asunto se trataba de una disputa entre Estados miembros de la UE<sup>26</sup>. Y es que, dentro de la práctica convencional de la UE el TJUE solo ha identificado como claro ejemplo de «cláusula de desconexión» la que figura

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 208.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 429.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 431.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párrs. 434 y 435.

<sup>25</sup> Sentencia *Comisión/Irlanda C-459/03*, ECLI:EU:C:2006:345, apdos. 82-85.

<sup>26</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 255).

en el art. 54 *ter*, apartado 1, del Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>27</sup>, cuyo objetivo consiste en extender el régimen de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio<sup>28</sup>.

Para averiguar si el TCE contiene una «cláusula de desconexión implícita» el tribunal acudió a la regla interpretativa del art. 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969<sup>29</sup>, según la cual los tratados han de interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos en el contexto del tratado, teniendo en cuenta su objeto y fin. De acuerdo a esta regla interpretativa el tribunal señaló que «los términos del TCE son claros y no justifican una interpretación adicional que pueda llevar a añadir a este tratado una cláusula de desconexión implícita para disputas intra-UE»<sup>30</sup>. En este sentido, el tribunal consideró que «el papel de una cláusula de desconexión sería resolver un conflicto entre el TCE y el TFUE», si bien en este caso «no existe ningún conflicto entre los dos tratados»<sup>31</sup>. El tribunal no consideró conveniente aplicar el razonamiento del tribunal CIADI en el caso *Electrabel c. Hungría*<sup>32</sup>, puesto que en la presente disputa no apreció contradicción alguna entre el TCE y el Derecho de la UE. Así, el órgano arbitral afirmó tajantemente que:

«No existe ninguna norma de derecho de la UE que impida a Estados miembros de la UE resolver mediante arbitraje sus controversias con inversores de otros Estados miembros. Tampoco existe norma alguna de derecho de la UE que impida resolver a un tribunal arbitral aplicar el derecho de la UE para resolver semejante disputa»<sup>33</sup>.

Como tercer argumento para demostrar que los conflictos intra-UE quedan al margen del arbitraje, España alegó que el art. 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) establece la incompatibilidad del arbitraje entre inversores europeos y Estados miembros de la UE con el Derecho de la Unión. El tribunal rechazó este amplio alcance otorgado por España al art. 344 del TFUE, pues de ser así los Estados miembros no podrían someter cualquier disputa que pudiera implicar una interpretación de los tratados europeos a un mecanismo de solución distinto del sistema jurisdiccional de la Unión. Si se aceptara esta tesis, ningún tribunal estatal podría decidir una controversia que implicara una interpretación de los tratados europeos cada vez que se tratara de dilucidar la responsabilidad de un Estado miembro. So-

<sup>27</sup> DO núm. L 339, de 21 de diciembre de 2007.

<sup>28</sup> Dictamen 1/03, ECLI:EU:C:2006:81, apdos. 130 y 154.

<sup>29</sup> BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980.

<sup>30</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 437).

<sup>31</sup> *Ibid.*, párr. 438.

<sup>32</sup> *Electrabel c. Hungría* (caso CIADI núm. ARB/07/19, Decisión de 30 de noviembre de 2012, Parte VII, párr. 4.191).

<sup>33</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 438).

bre esta cuestión el tribunal fue rotundo al afirmar que «un Estado miembro pueda pactar convenios arbitrales en disputas que pueden implicar temas de derecho de la UE [...]»<sup>34</sup>. Siguiendo en este punto el razonamiento del TJUE en el caso *Eco Swiss*<sup>35</sup>, el órgano arbitral añadió que «[H]oy en día es universalmente aceptado que un tribunal arbitral no solo tiene el poder, sino incluso el deber, de aplicar el derecho de la UE»<sup>36</sup>. El tribunal estimó pertinente, como ya había puesto de relieve otro tribunal del CIADI<sup>37</sup>, que la UE firmó el TCE aceptando la posibilidad de arbitrajes entre inversores y Estados miembros conforme a su art. 26, siendo relevante a estos efectos que el art. 46 del TCE no permite formular reservas<sup>38</sup>. Esta consideración de la *ratio decidendi* de otros tribunales pone de relieve que la sectorialización, a la que contribuye el DI económico, puede abordarse como un problema técnico y controlarse aplicando criterios suministrados por los distintos tribunales arbitrales (*consistencia interna*) e, incluso, considerando cómo otros tribunales «externos» a este sector (por ejemplo, el TJUE) han resuelto una cuestión parecida en su jurisprudencia (*consistencia externa*).

Asimismo, el órgano arbitral se pronunció en relación a la posible existencia de una regla de orden público europeo que pudiera conllevar la inejecutabilidad o anulación del laudo en España, sede del arbitraje. Sobre este expediente el tribunal precisó que, de plantearse una problemática de orden público derivada del incumplimiento del régimen europeo de ayudas de Estado, esta cuestión debería ser considerada al momento de decidir el fondo de la disputa, y siempre bajo el control del tribunal llamado a pronunciarse sobre la validez del laudo arbitral<sup>39</sup>.

### 3. LAS OBJECIONES A LA ADMISIBILIDAD

Afirmada su jurisdicción, el órgano arbitral retornó sobre el argumento relativo a la inadmisibilidad de la reclamación por falta sobrevenida de objeto del arbitraje. Como punto de partida el tribunal recordó que:

«Las Demandantes han limitado el objeto de la presente controversia al carácter supuestamente ilícito del RD 1565/2010 y del RDL 15/2010 (“las normas de 2010”) y han decidido excluir de sus reclamaciones el RD 9/2013 y la legislación subsiguiente»<sup>40</sup>.

Las demandas presentadas en este arbitraje estaban exclusivamente basadas en las «normas de 2010». Sin embargo, según la demandada, la mo-

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 443.

<sup>35</sup> Sentencia *Eco Swiss* C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, apdos. 46-47.

<sup>36</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 443).

<sup>37</sup> *Electrabel c. Hungría* (caso CIADI núm. ARB/07/19, Decisión de 30 de noviembre de 2012, Parte VII, párr. 4.158).

<sup>38</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 445).

<sup>39</sup> *Ibid.*, párr. 449.

<sup>40</sup> *Ibid.*, párr. 395.

dificación legislativa operada por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>41</sup>, habría derogado expresamente todas las «normas de 2010» controvertidas<sup>42</sup>. Por tanto, como en este arbitraje no se presentaron reclamaciones específicas basadas en el Real Decreto-ley 9/2013 (RD-ley 9/2013), la reclamación de las demandantes y su cálculo de daños se basaban en normas ya derogadas<sup>43</sup>. Para las demandantes el argumento de inadmisibilidad por desaparición sobrevenida del objeto debía rechazarse, al sostener que las medidas legislativas objeto del arbitraje eran únicamente el Real Decreto 1565/2010 y el Real Decreto-ley 14/2010, que se mantuvieron en vigor durante un periodo de casi tres años, hasta la adopción del Real Decreto-ley 9/2013, reduciendo durante dicho periodo el valor económico de sus acciones y rendimientos en la empresa *T-Solar*<sup>44</sup>. En respuesta a la objeción por falta sobrevenida de objeto, el tribunal consideró que, aunque las «normas de 2010» habían sido derogadas a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, se aplicaron hasta dicha fecha, y posteriormente a título transitorio hasta que se aprobó la regulación de desarrollo de dicha norma. Por tanto, el órgano arbitral estimó:

«Que las normas de 2010 sí pueden haber afectado, aunque de manera transitoria, a los derechos de los inversores, así que no puede considerarse que la presente disputa carezca de objeto»<sup>45</sup>.

Rechazadas las alegaciones presentadas por España respecto a la jurisdicción y la admisibilidad, el órgano arbitral se declaró competente para resolver sobre el fondo de la controversia.

<sup>41</sup> BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013.

<sup>42</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 188).

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 190.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párrs. 232 y 235.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrs. 454.



## EL RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES ESPAÑOL PASA SU PRIMER EXAMEN INTERNACIONAL: EL CASO *CHARANNE Y CONSTRUCTION INVESTMENTS C. ESPAÑA* (FONDO)

Francisco PASCUAL VIVES \*

Profesor contratado doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales  
Universidad de Alcalá

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS ALEGADAS VIOLACIONES DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA.—3. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.—4. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR MEDIOS EFICACES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.—5. LA OBLIGACIÓN DE NO EXPROPIAR INJUSTIFICADA Y DESPROPORCIONADAMENTE.—6. CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

En este número de la *Revista* ya se ha estudiado la parte sobre jurisdicción y admisibilidad del laudo dictado el 21 de enero de 2016 por un tribunal arbitral del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE) en el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012). En las próximas líneas se examina la parte del laudo que se ocupó de resolver el fondo de la controversia, resaltando algunos aspectos jurídicos que pueden resultar de interés para la interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)<sup>1</sup>.

### 2. LAS ALEGADAS VIOLACIONES DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

Las empresas demandantes alegaron la violación de tres obligaciones internacionales contenidas en el TCE, a saber: la obligación de proporcionar

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembro del proyecto «La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional» (Ref. DER2015-63498-C2-1-P MINECO/FEDER).

<sup>1</sup> *BOE* núm. 117, de 17 de mayo de 1995, y corrección de errores en *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1995.

un trato justo y equitativo (art. 10.1), la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos (art. 10.12) y la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente (art. 13).

Estas obligaciones se entendieron vulneradas al promulgarse el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial<sup>2</sup>, el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar, termoeléctrica y eólica<sup>3</sup> y el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico<sup>4</sup>.

Estas «normas de 2010» modificaron sensiblemente el régimen jurídico español de incentivos a la producción de electricidad mediante fuentes de energía renovables, estableciendo límites tanto en el plazo de percepción de las tarifas reguladas inicialmente previsto, como en el número de horas equivalentes de producción. Asimismo, impusieron nuevas obligaciones a los productores de energías renovables, obligándoles a cumplir requisitos técnicos adicionales frente a huecos de tensión y a pagar un peaje de acceso a la red.

El laudo sobre el fondo es favorable a los intereses de España, al no apreciar el órgano arbitral que estas modificaciones contravengan las obligaciones asumidas en el marco del TCE. Conviene advertir que solo parte de la treintena de arbitrajes de inversiones sobre energías renovables hasta ahora iniciados contra España impugnan las «normas de 2010». Otras demandas se centran en la legislación dictada posteriormente que, entre otras normas, incluye el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico<sup>5</sup>.

El órgano arbitral hizo hincapié en esta distinción<sup>6</sup>, consciente del eventual valor como precedente del laudo y de que sus razonamientos jurídicos serán utilizados inevitablemente como argumentos de ambiente o atmósfera en sucesivos arbitrajes relacionados con el régimen español de promoción de las energías renovables. A continuación se valora la argumentación ofrecida por el órgano arbitral para cada una de las tres presuntas violaciones del TCE.

### 3. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

La obligación de proporcionar un trato justo y equitativo constituye, por dos razones, el aspecto más discutido en este arbitraje. En primer lugar,

<sup>2</sup> BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2010.

<sup>3</sup> BOE núm. 298, de 8 de diciembre de 2010.

<sup>4</sup> BOE núm. 312, de 24 de diciembre de 2010.

<sup>5</sup> BOE núm. 167, de 13 de julio de 2013.

<sup>6</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párrs. 452 y 542).

por el carácter amplio y complejo con el que ha sido concebida en el art. 10.1 del TCE, como ya ha puesto de relieve algún órgano arbitral llamado a interpretar este tratado internacional<sup>7</sup>. Y, en segundo lugar, al no haberse expropiado directamente la inversión (en todo caso, como se expone en el apartado quinto, se discutió su expropiación indirecta), la conducta controvertida del Estado encajaría mejor en este supuesto, que se centra en el tratamiento proporcionado al inversor<sup>8</sup>.

Las demandantes argumentaron que se había violado esta obligación alegando, primero, que la alteración del marco regulatorio de promoción de las energías renovables en España había generado inestabilidad jurídica, suponía una vulneración de sus legítimas expectativas y constituía una medida desproporcionada y contraria al interés público. Y, segundo, que las citadas medidas habían desplegado efectos retroactivos sobre derechos adquiridos anteriormente.

En cuanto al impacto que la inestabilidad del marco regulatorio produjo en las legítimas expectativas de los inversores, de entrada, el órgano arbitral señaló que al haber las demandantes restringido el objeto de la controversia únicamente a las «normas de 2010», no le resultaba posible realizar un análisis de conjunto donde apreciar la alegada «inestabilidad» del marco regulatorio<sup>9</sup>. Hecha esta precisión, pasó a examinar el argumento de la violación de las legítimas expectativas.

Para resolver este expediente analizó si España había proporcionado a los inversores «compromisos específicos» de mantener el marco regulatorio existente cuando realizaron su inversión. Solo en este supuesto, una ulterior modificación de aquel marco regulatorio podría violentar las expectativas legítimas creadas. A juicio de la mayoría tribunal<sup>10</sup>:

<sup>7</sup> *Plama c. Bulgaria* (caso CIADI núm. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008, párr. 163).

<sup>8</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., «Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional. LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional*, Madrid, Escuela Diplomática, 2014, pp. 223-265, pp. 261-265.

<sup>9</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párrs. 483-484).

<sup>10</sup> Sobre esta alegación, en particular, el árbitro Guido Santiago Tawil se separó de la opinión de la mayoría y, amparándose entre otros argumentos en la decisión adoptada por un órgano arbitral fuera del contexto del TCE en *Total S. A. c. Argentina* (caso CIADI núm. ARB/04/1, Laudo sobre responsabilidad de 27 de diciembre de 2010, párrs. 119-121), firmó una opinión disidente afirmando que: «La generación de expectativas legítimas en un inversor no se encuentra limitada únicamente a la existencia de un “compromiso específico” —sea de naturaleza contractual o fundado en declaraciones o condiciones específicas otorgadas por el Estado receptor— sino que ella puede también derivar o fundarse en el ordenamiento jurídico vigente al momento de realizarse la inversión. En el caso en examen, el esquema normativo en régimen especial puesto en funcionamiento por el Reino de España [...] fijando un “Feed in tariff” [...] fijó con una vigencia temporal —como mínimo— a 25 años y que se declaraba no alcanzado por futuras revisiones tarifarias, sumado a otros documentos emitidos contemporáneamente por el Gobierno español —que si bien no tenían virtualidad por sí solos para generar expectativas legítimas sirven para interpretar el contexto y la finalidad de las medidas regulatorias—, aparecen como determinantes, a mi juicio, para que las Demandantes decidieran realizar la inversión en plantas fotovoltaicas».

«Las normas en discusión no pierden, por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria por el carácter limitado de las personas que pueden estar sujeta a la misma [...] en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos, constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general»<sup>11</sup>.

Esta conclusión, que es respetuosa con el poder regulatorio del Estado y enmarca las legítimas expectativas en el contexto de las cláusulas de estabilización o compromisos similares, ha sido mantenida en otros arbitrajes relacionados con la aplicación del TCE al sector de la producción y distribución de energía eléctrica<sup>12</sup>.

Al no existir un compromiso específico sobre el que fundamentar una expectativa legítima, el órgano arbitral ponderó si la misma podría deducirse del conjunto del ordenamiento jurídico vigente en el momento de realizar la inversión. En este punto, siguiendo lo establecido anteriormente por otros órganos arbitrales<sup>13</sup>, afirmó que:

«Admitir la existencia de semejante expectativa sería, en efecto, equivalente a congelar el marco regulatorio aplicable [...]. En la práctica la situación sería equivalente a la resultante de la firma por el Estado de un acuerdo de estabilización»<sup>14</sup>.

La anterior afirmación viene a reforzar una incipiente tendencia en el Derecho internacional económico por reconocer a los Estados cierto margen de discreción en el ejercicio de su poder regulatorio sobre determinados sectores de la economía. Una posición que, por ejemplo, la Unión Europea (UE) está defendiendo en las negociaciones que viene manteniendo con varios Estados con vistas a la celebración de acuerdos internacionales de comercio y protección de las inversiones.

Además, otro aspecto examinado por el tribunal para determinar la inexistencia de una expectativa legítima fue la conducta de los inversores, esto es, valoró si al establecer su inversión las demandantes habían realizado un análisis diligente del marco jurídico, llegando a la conclusión de que:

«Para ser violatorias de las expectativas legítimas del inversor, las medidas regulatorias no deben haber sido razonablemente previsibles en el momento de la inversión. [...] (E)n el presente caso las Demandantes hubieran podido prever fácilmente la posibilidad de ajustes en el marco normativo como los que introdujeron las normas de 2010 (porque la) ley española [...] dejaba claramente abierta la posibilidad de que se modifique el sistema de retribución aplicable a la energía fotovoltaica»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 493).

<sup>12</sup> *AES Summit y AES-Tisza c. Hungría* (caso CIADI núm. ARB/07/22, Laudo de 23 de septiembre de 2010, párrs. 9.3.25-9.3.26).

<sup>13</sup> *Electrabel c. Hungría* (caso CIADI núm. ARB/07/19, Decisión de 30 de noviembre de 2012, Parte VII, p. 21, párr. 7.77).

<sup>14</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 503).

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 505.

En efecto, el análisis de las legítimas expectativas es una operación teórica compleja que no solo conlleva un examen de la conducta estatal, sino también implica una apreciación de la conducta de los particulares<sup>16</sup>.

Con relación a la violación del estándar del trato justo y equitativo, por otra parte, el órgano arbitral analizó si las modificaciones normativas controvertidas podían considerarse como irracionales, desproporcionadas o contrarias al interés público, entre otras razones, al imponer límites a la percepción de incentivos a la producción de energía renovable<sup>17</sup>.

El tribunal rechazó que estas medidas fuesen desproporcionadas o irracionales porque se había probado durante el procedimiento que la vida útil de las instalaciones fotovoltaicas rondaba los treinta años e incluso la mayoría de contratos de arrendamiento de los terrenos donde se habían situado estas instalaciones tenía una duración no superior a ese plazo<sup>18</sup>. Aunque las medidas controvertidas, más restrictivas, pudieran perjudicar los intereses económicos de los inversores, señaló el tribunal que «han sido adoptadas con base en criterios objetivos y no pueden considerarse como irracionales o arbitrarias»<sup>19</sup>. Tampoco las calificó como contrarias al interés público porque se habían adoptado precisamente para «tratar de limitar el déficit y la evolución del precio»<sup>20</sup> de la electricidad pagado por los consumidores españoles.

En cuanto al carácter retroactivo y la afectación de los derechos adquiridos, el tribunal señaló que esta pretensión:

«No es más que una formulación diferente del argumento según el cual el Estado no tenía la posibilidad de alterar de manera alguna el marco regulatorio del cual se beneficiaban las plantas de las Demandantes. [...] (L)a obligación de otorgar un trato justo y equitativo no implica que el marco regulatorio deba mantenerse igual para todas las plantas elegibles a lo largo de su vida útil. Semejante postura llevaría, en efecto, a congelar el marco regulatorio, limitando cualquier cambio de la regulación a nuevas plantas de generación que se instalaran con posterioridad»<sup>21</sup>.

Las anteriores consideraciones llevaron al órgano arbitral a concluir que no se había vulnerado la obligación de conceder un trato justo y equitativo.

#### **4. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR MEDIOS EFICACES PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

Por lo que se refiere a la obligación de proporcionar medios eficaces para el ejercicio de los derechos, las demandantes entendieron que al utilizar el

<sup>16</sup> JIMÉNEZ PIERNAS, C. y PASCUAL VIVES, F., «La tutela judicial del principio de protección de la confianza legítima en el Derecho de la Unión Europea», en VV.AA., *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Pamplona, Aranzadi, 2015, pp. 73-162.

<sup>17</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 514).

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 527.

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 534.

<sup>20</sup> *Ibid.*, párr. 536.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 546.

Real Decreto-ley 14/2010 para introducir los cambios normativos, el Estado les privaba de la posibilidad de atacar esta norma en el orden contencioso-administrativo<sup>22</sup>.

Si bien es cierto que este tipo de normas no pueden recurrirse ante este orden jurisdiccional, no lo es menos que sí pueden ser impugnadas ante los tribunales españoles bien planteando una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado, bien interponiendo una cuestión de inconstitucionalidad.

En cualquier caso, el órgano arbitral concibió la obligación contenida en el art. 10.12 del TCE bajo la óptica del principio de subsidiariedad, es decir, cada Estado puede establecer el sistema de recursos judiciales que considere oportuno. La obligación enunciada por el TCE no es vulnerada mientras este sistema funcione de manera efectiva<sup>23</sup>. Así las cosas, concluyó el tribunal que las vías de recurso previstas en la legislación española:

«Son suficientes para cumplir con la obligación de proporcionar medios eficaces [...] el estándar de medios eficaces en derecho internacional no puede llegar a dictar al Estado las modalidades precisas de organización de su sistema de recursos, obligando por ejemplo al Estado a disponer de un sistema de control directo de la constitucionalidad de sus actos de naturaleza legislativa»<sup>24</sup>.

A la luz de lo anterior, tampoco apreció el órgano arbitral una violación del TCE en lo que se refiere a esta obligación internacional.

## 5. LA OBLIGACIÓN DE NO EXPROPIAR INJUSTIFICADA Y DESPROPORCIONADAMENTE

En lo tocante a la obligación de no expropiar injustificada y desproporcionadamente, la reclamación de las demandantes se asentó en dos aspectos

<sup>22</sup> *Ibid.*, párrs. 309-312.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 470. En este contexto, otro órgano arbitral llamado a resolver un arbitraje de inversiones relacionado con la aplicación del art. 10.12 del TCE ya había señalado con relación al criterio de la efectividad que «(b)earing in mind the context and the object and purpose of the ECT, the Tribunal considers that “effective” is a systematic, comparative, progressive and practical standard. It is systematic in that the State must provide an effective framework or system for the enforcement of rights, but does not offer guarantees in individual cases. Individual failures might be evidence of systematic inadequacies, but are not themselves a breach of Article 10(12). It is comparative in that compliance with international standards indicates that imperfections in the law might result from the complexities of the subject matter rather than the inadequacies of the legislation. It is progressive in the sense that legislation ages and needs to be modernized and adapted from time to time, and results might not be immediate. Where a State is taking the appropriate steps to identify and address deficiencies in its legislation—in other words improvement is in progress—then the progress should be recognized in assessing effectiveness. Finally, it is a practical standard in that some areas of law, or the application of legislation in certain circumstances, raise particular difficulties which should not be ignored in assessing effectiveness»: véase *Limited Liability Company Amtó c. Ucrania* (caso CCE núm. 080/2005, Laudo final de 26 de marzo de 2008, párr. 88).

<sup>24</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 472).

complementarios. Primero, el TCE ofrece un concepto de inversión amplio donde caben no solo los activos o acciones, sino también su valor económico y los rendimientos derivados de los mismos<sup>25</sup>. Y, segundo, el art. 13.1 del TCE regula las expropiaciones directas e indirectas<sup>26</sup>.

Es precisamente este segundo tipo de expropiación el que alegaron las demandantes, pues aunque mantuvieron la titularidad sobre sus activos, las «normas de 2010» impactaron negativamente en los rendimientos derivados de los mismos. La afectación admitida por las demandantes supuso una reducción de la rentabilidad no superior al 10 por 100 respecto a los márgenes que venían disfrutando<sup>27</sup>. En otras palabras, si bien es cierto que los rendimientos derivados de las plantas fotovoltaicas quedaron afectados, las propias demandantes reconocieron que su inversión siguió siendo rentable, aunque menos de lo que inicialmente habían previsto.

Conforme a estos hechos y tras matizar que el objeto de la inversión efectuada por las demandantes fueron acciones y no rendimientos<sup>28</sup>, el tribunal ponderó si las medidas controvertidas podían considerarse como una expropiación indirecta sirviéndose del estándar invocado por otros órganos arbitrales en el contexto del TCE y del Derecho internacional económico<sup>29</sup>. Una expropiación indirecta puede tener su origen tanto en una pérdida del control sobre la inversión, como en una pérdida del valor de las acciones. En este último caso, debe producirse una afectación sustancial del derecho, esto es, la pérdida de valor «tiene que ser de tal magnitud que equivalga a una privación de propiedad»<sup>30</sup>. En el supuesto que nos ocupa, el órgano arbitral concluyó que no existía expropiación indirecta porque:

«Una simple disminución del valor de las acciones objeto de la inversión no puede [...] caracterizar una expropiación indirecta, a menos que la pérdida sea tal que se pueda considerar equivalente a una privación de propiedad»<sup>31</sup>.

Por último, en el capítulo relativo a la imposición de las costas procesales y los gastos de representación legal, conforme a lo establecido en el art. 44 del Reglamento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la CCE, el tribunal estimó que se debían reembolsar a la demandada las cantidades que había anticipado en concepto de costos del arbitraje (134.604,14 euros y 5.155 dólares estadounidenses), así como una parte de sus propios gastos razonables (1.176.181,31 euros), en tanto que había resultado exitosa en la fase del fondo, pero no en la de jurisdicción.

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 278.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 279.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 284.

<sup>28</sup> *Ibid.*, párr. 459.

<sup>29</sup> *Mamidoil c. Albania* (caso CIADI núm. ARB/11/24, Laudo de 30 de marzo de 2015, párrs. 568-571).

<sup>30</sup> *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE núm. 062/2012, Laudo de 21 de enero de 2016, párr. 464).

<sup>31</sup> *Ibid.*, párr. 465.

## 6. CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, conviene realizar tres reflexiones de carácter más general que sobrepasan los límites del comentario realizado en las anteriores líneas. En primer lugar, interesa comparar la argumentación realizada por el órgano arbitral para ponderar la vulneración de las legítimas expectativas al calor del TCE con la desarrollada por algunos tribunales españoles (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) que también se han pronunciado sobre esta cuestión en los múltiples litigios interpuestos por inversores españoles contra el régimen de fomento de las energías renovables. Aunque en ocasiones se critica, con razón, la argumentación poco persuasiva que desarrollan algunos tribunales internacionales cuando adoptan decisiones muy deferentes con los Estados (por ejemplo, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invoca la noción del margen de apreciación nacional para concluir que no existe responsabilidad internacional del Estado), en este caso se aprecia una diferencia significativa entre la argumentación hilvanada por el órgano arbitral y la de los citados tribunales españoles. Como ha señalado un magistrado de nuestro Tribunal Constitucional en su voto particular a la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre<sup>32</sup>, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 9/2013: «Hubiera sido necesario un esfuerzo argumental muy superior al desarrollado en la opinión mayoritaria en la que se sustenta (esta) sentencia».

En segundo lugar, cabe felicitarse de la decisión tomada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo de publicar en su sitio web una nota de prensa que incluía tanto el laudo como la opinión disidente, solo cinco días después de haberse dictado. Este ejercicio de transparencia contrasta notoriamente con la absoluta confidencialidad que hasta ahora había caracterizado la conducta española en los arbitrajes de inversiones relacionados con las energías renovables. Cabe esperar que esta decisión ministerial no resulte un comportamiento oportunista y sienta un precedente en materia de buenas prácticas relacionadas con la transparencia en el arbitraje de inversiones. La UE está apostando decididamente por impulsar este expediente en las negociaciones que mantiene con varios Estados mientras hace efectiva la faceta externa de su competencia sobre protección de las inversiones extranjeras. Por mera coherencia en el ejercicio de la acción exterior, sus Estados miembros también deberían cultivar esas buenas prácticas.

Y en tercer y último lugar, habrá que estar pendientes de las decisiones que adopten los órganos arbitrales llamados a confrontar con el TCE los cambios en el régimen de promoción de las renovables introducidos por España tras el año 2010. En el caso, todavía hipotético, de que estos órganos resolvieran a favor de los inversores extranjeros, ¿podría la Comisión Europea alegar que el pago de la eventual indemnización impuesta en el laudo arbitral

<sup>32</sup> BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016.

constituye una ayuda de Estado contraria al Derecho de la UE?<sup>33</sup>. Al Reino de España todavía le quedan pendientes duras reválidas en sede internacional, comunitaria e interna<sup>34</sup> a propósito del régimen de promoción de las energías renovables.

---

<sup>33</sup> Este es el caso, por ejemplo, del arbitraje de inversiones iniciado contra Rumania por unos inversores de origen sueco [*Joan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania* (caso CIADI núm. ARB/05/20, Laudo de 11 de diciembre de 2013)]. Para un comentario de los problemas jurídicos que plantea este caso: véase la comunicación de PIERNAS LÓPEZ, J. J., «Entre la espada y la pared: Estados miembros de la Unión Europea y arbitraje internacional. Repercusiones del caso *Micula* para la interrelación de España y la UE en la esfera internacional», realizada en el contexto de las XXVI Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (Sevilla, octubre de 2015).

<sup>34</sup> Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, importa reflexionar sobre los mecanismos de ejecución de los laudos internacionales y/o extranjeros: véase «Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero-diciembre 2015)», *REEI*, núm. 31, 2016, apartado VII.3.



Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), F. GARAU (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

### A) RECENSIONES

BLANCO-MORALES LIMONES, P. y otros (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2016, 1300 pp.

En el principio era el Convenio de Bruselas. Sin él, nada de lo hecho hubiera sido hecho.

El Reglamento (UE) 1215/2012 es un hito en el ya largo camino de la modernización, actualización y avance de la normativa que, en la UE, permite prever o localizar el órgano jurisdiccional que será o es competente para conocer de una situación de conflicto en materia civil y mercantil con elemento de extranjería o bien para determinar, en un Estado miembro, la eficacia de las resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos dictadas o autorizados en otro Estado miembro. Un comentario en profundidad de todas y cada una de sus disposiciones era necesario para entender el complejo entramado jurídico y la orientación de las novedades que se aportan en el ámbito jurídico-procesal europeo. La obra que ahora se presenta cumple perfecta y sobradamente con esa necesidad.

En la tierna infancia del proceso de integración europea, ya fue patente que,

para la protección y seguridad jurídica en el «mercado común» creado, era en gran medida necesario, establecer una reglamentación que ordenara de manera satisfactoria la circulación, entre los miembros, de las resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos en materia civil y mercantil. La autorización para emprender su regulación había sido prevista en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea: su art. 220. La Comisión Europea se puso a ello elaborando un documento con las bases y principios de un futuro convenio, que dio lugar a la constitución de un comité de expertos. El comité pronto llegó a la conclusión de que una normativa que simplificara las formalidades para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales solo era posible si se acompañaba de reglas uniformes sobre la competencia judicial de los Estados miembros en el espacio europeo, eliminando así las importantes divergencias entre ellas y, en este aspecto, había que equiparar a los extranjeros domiciliados

en un Estado miembro con sus nacionales. A finales de 1964, el comité aprobó un anteproyecto de texto convencional sobre la base de la ponencia del belga Paul Jenard, a quien le cabe la preciada y merecida paternidad del Convenio que, el 27 de septiembre de 1968, se firmaba en Bruselas y entraba en vigor, para los seis Estados fundadores de las Comunidades Europeas, el 1 de febrero de 1973. Convenio abierto exclusivamente a los Estados que fueran miembros de la Comunidad, que, en sus respectivos tratados de adhesión a esta, quedaban comprometidos a adherirse a aquel.

El Convenio de Bruselas dio origen, en 1988, a su gemelo, el Convenio de Lugano, extendiendo así una prácticamente idéntica reglamentación a los entonces Estados de la AELE. Diez años después, ambos Convenios fueron revisados y actualizados por un grupo conjunto CE/AELE pero los nuevos textos convencionales, finalizados en abril de 1999, no pudieron ser sometidos a la ratificación de los Estados participantes, el de Bruselas porque se había puesto en marcha el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia el 1 de mayo de 1999, fecha de la entrada en vigor de su creador, el Tratado de Ámsterdam, y trasladada por este la cooperación judicial en materia civil del método intergubernamental, el Título VI del TUE, al comunitario, el Tratado de la CE, lo que imponía la adopción de un instrumento legislativo propio de la CE —un Reglamento, que sería el 44/2001— y, el de Lugano, porque debía esperar a que se resolviera la cuestión de la competencia para suscribirlo, la CE o los Estados miembros. Como se sabe, el TJUE, en su Dictamen 1/2003, declaró que la competencia exclusiva correspondía a la CE. Así se llegó al nuevo Convenio, firmado en Lugano el 30.10.2007.

Los dos citados instrumentos, antecesores del Reglamento 1215/2012, el Convenio de Bruselas y el Reglamento 44/2001, han sido objeto, cada uno en su momento, de multitud de estudios y

análisis, en todas las lenguas oficiales de la UE y, también, de algunas no oficiales, bien de carácter general o monográfico o, más profusamente, de aspectos determinados que la variada problemática de sus disposiciones, o la aplicación de estas, o su interpretación por el órgano jurisdiccional de la UE, ha ido planteando. Y ello sin contar con la exposición que, de estos instrumentos, puede hallarse en todos los manuales de la disciplina.

Ahora es el momento del Reglamento «Bruselas I refundido» o, en la designación que va siendo más utilizada, «Bruselas I bis». En la medida en que no pocas de las disposiciones de este Reglamento son idénticas, similares o equivalentes a las correspondientes de sus antecesores, aquellos estudios y análisis y la interpretación aportada por el TJUE, son significativamente relevantes para los estudiosos y aplicadores del nuevo Reglamento. Su continuidad con respecto de los dos anteriores, así como la de su interpretación jurisprudencial, se manifiesta ahora expresamente en el considerando 34 del Reglamento, como ya se había recogido en el 19 del Reglamento 44/2001 y reiteradamente declarado por el TJUE.

La obra que se presenta es la primera que aborda, en cuidada publicación, en lengua castellana —y, hasta donde yo conozco, en cualquier otra lengua— el estudio minucioso de todas las disposiciones del Reglamento 1215/2012, incluidas las incorporadas por el Reglamento 542/2014, de curiosa génesis, relativas a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes (TUP) y al Tribunal de Justicia del Benelux (arts. 71 *bis* a 71 *quinquies*) que, si bien ha entrado en aplicación en la misma fecha que el Reglamento que completa —el 10 de enero de 2015— solo sirve, por el momento, para este último órgano jurisdiccional puesto que el TUP-motivo principal, y yo diría que exclusivo, del citado Reglamento, aún no existe.

Esta extensa obra —1.339 páginas— comienza con un Prólogo de José Pedro Pérez-Llorca, se sigue con la relación de autores, una nota de agradecimientos, las principales abreviaturas utilizadas y una introducción general, de la pluma de dos catedráticos de la disciplina, Pilar Blanco-Morales Limones y Federico F. Garau Sobrino y de dos abogados del bufete del prologuista, María Luz Lorenzo Guillén y Félix J. Montero Muriel. Esta introducción tiene una doble virtud: por una parte, prepara al lector para una comprensión cabal de la evolución del núcleo del Derecho procesal europeo en cuanto que identifica el nuevo Reglamento y sus orígenes, se enumeran las principales reformas que aporta, la parte que le corresponde en el sistema de Derecho procesal civil de la UE y la importante función interpretativa que su Tribunal de Justicia ha desarrollado del entramado normativo de este sistema, para concluir poniendo de relieve la utilidad práctica de la obra. Por otra parte, es, en gran medida, una recensión —la mejor— de estos «comentarios» al Reglamento.

Tratándose de unos «comentarios», la parte sustantiva de la obra, a cargo de 40 juristas del mundo académico, de la abogacía, magistrados y fiscales, sigue, como es lógico, la enumeración de los Títulos, Secciones y Artículos del Reglamento. El comentario de cada uno de los artículos, precedido por un índice sumario, es, por lo general, meticoloso, ofrece la exégesis de la norma y aborda todos los aspectos problemáticos que plantea, apoyándose en la jurisprudencia del TJUE y en abundante bibliografía nacional y extranjera y, cuando es el caso, incorpora la referencia de las dos recientes leyes de nuestro país, de julio de 2015, que guardan estrecha relación con el Reglamento, la 29/2015 de cooperación jurídica internacional y la Orgánica 7/2015, que modifica la LOPJ, en particular, sus arts. 21, que ahora señala con mayor precisión las fuentes por las que se determina la extensión y límites

de la jurisdicción de nuestros tribunales y, más en profundidad, el 22, y, en este caso, en la comparación se pone de relieve no solo la influencia de las normas europeas en las internas sino, en ocasiones, su simple copia, con formulación unilateral, aunque defectuosa por nada meditada, los errores e, incluso, las disposiciones carentes de sentido.

Podría pensarse que esta obligada sistemática expositiva y la importante interrelación entre las disposiciones del Reglamento, podría originar inevitables solapamientos entre unos y otros comentarios y, en definitiva, dificultades, repeticiones o lagunas en el entendimiento de la normativa por quien se acerca por primera vez a sus complejidades, o a los insuficientemente iniciados, buscando solución a una o más cuestiones concretas, que solo se evitaría leyendo la obra al completo. Esto no es así. A más de la cuidada tarea de los coordinadores y de la atención de los autores del comentario de una u otra disposición en remitir al correspondiente del o de los artículos relacionados con el suyo, en todos y cada uno de ellos y, en particular, en aquellos en los que debe tomarse en cuenta su aplicación prioritaria o se consideran ejes de la normativa, ya se da al lector la información y la argumentación suficientes para entender el contenido, alcance y límites de la disposición concreta y la incidencia de otras de las disposiciones que ineludiblemente deben considerarse, incluyendo las pertinentes de origen interno. Solo por señalar algunos ejemplos, así ocurre con los magníficos comentarios al art. 5 o a los arts. 24, 25 y 26 en cuanto a la competencia judicial, pero igualmente cabe afirmar lo mismo de todos los relativos al reconocimiento y la ejecución, incluidas las disposiciones comunes (arts. 36 a 57). Ciertamente que uno u otro lector interesado, en función del nivel de conocimientos que posea del entramado normativo objeto de esta obra, podrá, tal vez, disentir de las soluciones que se aportan o proponen

en uno u otro de los comentarios de los diversos artículos del Reglamento —en eso consiste básicamente el desarrollo de la ciencia jurídica— pero es igualmente cierto que en ella encontrará una amplia argumentación y abundantes elementos de reflexión que también pueden llevarle a confirmar, o completar, o modificar, su posición inicial en un caso concreto.

La novedad sin duda más importante introducida por el Reglamento Bruselas I bis es la supresión de la necesidad de un procedimiento de declaración de fuerza ejecutiva (*exequatur*) en un Estado miembro para la ejecución de las resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales, dictadas, formalizadas o aprobadas en otro Estado miembro. No es el primero en eliminar esa fase intermedia ni sigue el modelo de ninguno de los precedentes Reglamentos sectoriales que habían procedido a esa eliminación, pero ahora se trata de la cuasi totalidad de la materia civil y mercantil. Los comentarios dedicados a los arts. 36 a 60 penetran en la exégesis e interpretación del particular «modelo» establecido, aclarando el sentido de los conceptos, sus relaciones y el engarce de sus distintas disposiciones que, en una primera lectura, no son fácilmente entendibles o que podrían dar lugar a una comprensión de la versión española distinta de la que la misma disposición tiene en otras lenguas oficiales, principalmente la inglesa o la francesa, de la que la española es la traducción.

Aunque ya se da amplia información en el comentario al art. 24.4 del Reglamento por parte de su autora, la abogada Sara de Román Pérez, son particularmente interesantes los comentarios a las disposiciones introducidas por el Reglamento 542/2014 (arts. 71 *bis* a 71 *quinties*) tanto por ser otra de las novedades importantes como por su origen y gestación, a cargo de un profundo conocedor de la materia, el Profesor M. Desantes Real. Estos comentarios, profusamente documentados y argumentados, son

sumamente críticos pero de lectura ineludible para el entendimiento de las situaciones francamente complejas que se crearán en una materia tan económicamente relevante como las patentes cuando llegue el momento de la entrada en funcionamiento de ese tribunal común, el TUP.

Este voluminoso estudio del Reglamento finaliza con IV apéndices, el I con el texto de los dos Reglamentos de que se trata, el II con los textos comparados de los tres instrumentos (Reglamentos Bruselas I *bis*, Bruselas I y Convenio de Bruselas) el III con la jurisprudencia del TJUE relativa a los dos últimos y el IV que contiene el índice de materias. Se ha realizado así una tarea ardua y minuciosa, a más, de nuevo, de gran provecho y utilidad, que proporciona al interesado la información pertinente para conocer, o profundizar en el conocimiento, de todos los aspectos relacionados con las novedades y su alcance, la interpretación y la aplicación del Reglamento, sin necesidad de tener que recurrir a una mayor documentación. Con estos «Comentarios», se tiene en mano todo lo que se precisa para conocer, con sobrada suficiencia, la totalidad de lo relativo a la normativa tejida en la materia, desde sus orígenes hasta la actualidad.

En definitiva, con esta obra, que hay que recomendar sin reserva alguna, el investigador, los profesionales del Derecho, ahora llamados operadores jurídicos y, también, todos aquellos interesados, personas físicas o jurídicas, que se mueven en el mundo del comercio y de los negocios transfronterizos, tienen en su mano una herramienta de trabajo con todo lo necesario para adentrarse en los vericuetos y complejidades de esta normativa, con resultados satisfactorios asegurados, ya sea con fines de investigación, ya para su aplicación en la resolución de conflictos, ya, en su caso, para construir una determinada estrategia que aporte seguridad jurídica o prevenga eventuales conflictos en el ámbito internacional en el

que operan. Estos «Comentarios» constituyen un paso de relevante envergadura y calidad de la ciencia iusinternacional-privatista española, de cuya publicación todos debemos felicitarnos.

José Luis IGLESIAS BUIGUES  
Catedrático Emérito de Derecho  
internacional privado  
Universidad de Valencia  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.01>

BOU FRANCH, V. y CASTILLO DAUDÍ, M., *Derecho internacional de los derechos humanos y Derecho internacional humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 623 pp.

La actividad docente del profesor universitario no puede concebirse solo como una mera transmisión de conocimientos teóricos, lo que correspondería a una aproximación jurídica positiva, sino que debe incluir además la comunicación de valores, es decir, la aproximación axiológica. Así, entre otros objetivos, la formación universitaria debe contribuir al conocimiento y desarrollo de los derechos humanos. En este punto, nuestra asignatura juega un papel fundamental, debido al proceso de *humanización* del Derecho internacional contemporáneo, en donde la garantía y salvaguardia de la dignidad humana se han convertido en el centro de atención de la normativa internacional. La protección universal de los derechos humanos, la protección de los individuos en los conflictos armados o la responsabilidad penal internacional del individuo son hoy materias comunes de la docencia de nuestra disciplina, tal como se refleja en la mayoría de las guías docentes. No hay que olvidar tampoco que la última reforma de los planes de estudio dio lugar al nacimiento de nuevas asignaturas optativas, siendo el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario dos de las materias ofertadas en las universidades españolas. Con este panorama, a nadie escapa la necesidad de contar con trabajos que aborden estas cuestiones, entre los que encontramos el libro que a continuación presentamos.

La obra está estructurada en doce capítulos, junto a un anexo con una amplia

selección de textos internacionales en la materia. Los dos primeros son capítulos introductorios que analizan, por una parte, el lugar que ocupa el individuo en el ordenamiento jurídico internacional, prestando especial atención a dos de los modos de protección de los nacionales en el extranjero (la protección diplomática y la protección consular), y, por otra, la evolución histórica de la protección internacional de los seres humanos, con un breve repaso a los antecedentes más relevantes (la intervención humanitaria, el sistema de Mandatos de la Sociedad de Naciones, las normas internacionales del trabajo, etc.)

La protección universal de los derechos humanos ocupa el tercer capítulo, que se centra, básicamente, en los dos instrumentos convencionales principales del sistema de Naciones Unidas: el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Se analiza su ámbito de aplicación y los compromisos asumidos, pero también cada uno de los derechos reconocidos en ellos a la luz de las observaciones y recomendaciones de los órganos de control, sin olvidar el funcionamiento de los mecanismos autónomos de protección, esto es, la obligación de informar, las comunicaciones estatales y las denuncias de los particulares.

Los siguientes capítulos, del cuatro al noveno, se dedican al estudio de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. El primero de ellos

aborda el sistema europeo que, como no podía ser de otro modo, se adentra en el examen de los derechos que salvaguarda el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y sus Protocolos, donde podremos descubrir, gracias a las abundantes referencias jurisprudenciales, el sentido y el alcance que el principal órgano de control —el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— ha ido ofreciendo de cada uno de ellos. La obra de la Unión Europea se desarrolla en el capítulo quinto, en el que, después de ver su compleja evolución, se indaga sobre el proceso de formalización de la protección de los derechos humanos (la Carta de Derechos Fundamentales y la adhesión de la UE al Convenio de Roma), así como sobre las exigencias del respeto de los derechos humanos a los Estados miembros y a terceros países. El capítulo sexto capítulo tiene por objeto el sistema interamericano de protección, que comprende, por una parte, la Carta constitutiva de la OEA y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y, por otra, el Pacto de San José de Costa Rica, en el que se recoge un catálogo de derechos protegidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Termina este bloque con la protección de los derechos humanos en África, Asia y en el mundo Árabe. Del ámbito africano se estudia el sistema creado por la actual Unión Africana, regulado en la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos, que deja en manos de una Comisión y una Corte la tarea de asegurar los derechos enunciados en ella; del ámbito árabe la Carta Árabe de Derechos Humanos, tutelada por el Comité Árabe de Derechos

Humanos; y del mundo asiático, las instituciones y mecanismos desarrollados en el marco de la Asociación de Estados del Sureste Asiático.

El trabajo se completa con dos capítulos que nos ofrecen, por un lado, los elementos básicos que configuran el Derecho humanitario bélico, y, por el otro, la responsabilidad internacional penal del individuo. Mientras el capítulo décimo analiza los principales instrumentos en la materia desde la doble perspectiva del derecho de los conflictos armados y la protección de las víctimas, el capítulo undécimo, que pone fin a este libro, presenta los órganos internacionales encargados de la persecución de los individuos (Tribunales Militares Internacionales, Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional y los Tribunales internacionalizados) y los diferentes tipos de crímenes internacionales (genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra).

Creemos, a tenor de lo dicho anteriormente, que estamos ante un riguroso trabajo que, con total seguridad, se convertirá en una obra de obligada lectura para todos aquellos investigadores de estas dos ramas del Derecho internacional. Se trata, también, de un estudio de gran utilidad para todos aquellos operadores jurídicos que deseen adentrarse en alguno de los temas que se plantean en el libro. Y, claro está, será igualmente una referencia bibliográfica muy valiosa para todos aquellos estudiantes que vayan a cursar asignaturas que tengan como contenido la protección de los derechos humanos.

Enrique J. MARTÍNEZ PÉREZ  
Universidad de Valladolid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.02>

BREYER, S. G., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, Knopf, 2015, 400 pp.

Stephen Breyer es uno de los jueces del grupo liberal en la Corte Suprema.

Su voto ha sido decisivo en decisiones sobre aborto, matrimonio gay, políticas

de acción afirmativa, derechos de inmigrantes y el *Obamacare*. En este libro, el autor analiza cómo la Corte Suprema de los Estados Unidos de América atiende asuntos de Derecho internacional y Derecho constitucional comparado.

El libro que comentamos ayuda a entender la relación de Estados Unidos con el mundo e invita a reconocer la inevitabilidad del Derecho internacional en Estados Unidos gracias a la integración de los mercados, los asuntos de seguridad internacional, del medioambiente, las crecientes relaciones personales y profesionales entre súbditos de distintos estados y la entrada de Estados Unidos en tratados sobre estos temas. Esta propuesta está apoyada en buenos ejemplos, especialmente en materias económicas y comerciales.

Para Breyer los costos del aislamiento de Estados Unidos en temas de Derecho internacional serían muy altos. Considera que la cooperación entre jueces de distintos países es imprescindible para la coherencia del sistema jurídico global. Ilustra su posición con interrogantes como las siguientes: ¿Dónde deben ventilarse mejor las violaciones al derecho de propiedad intelectual que ocurren fuera de Estados Unidos pero dirigidas al mercado americano; en Estados Unidos o en el país en donde ocurrió la violación? ¿Debe reconocérsele a extranjeros la capacidad de adjudicar en Estados Unidos reclamos por violaciones a los derechos de competencia que tuvieron efectos en Estados Unidos, no impide que los reclamantes tengan una causa de acción paralela en los estados en los que están domiciliados, donde también las violaciones tuvieron consecuencias?

La propuesta de Breyer es difícil de rebatir pero enfrenta, a mi juicio, retos significativos: Primero, el poco cultivo del Derecho internacional en Estados Unidos. El déficit comienza por la academia. Aunque la demanda por cursos sobre el tema crece, la mayoría de

las escuelas de Derecho en los Estados Unidos no incluye el Derecho internacional como parte de su programa de estudios requeridos. [GAMBLE, «How and to Whom Do We Explain International Law?», en *What's Wrong With International Law? Liber Amicorum A.H.A. Soons 407* (2015)]. Tampoco es tema cubierto en los exámenes de acceso a la abogacía. [COYLE, «The Case for Writing International Law Into the U.S. Code», *56 B.C. L. Rev.* 433, 468 (2015)].

Segundo, la actitud de Estados Unidos hacia su hegemonía económica y política. Estados Unidos se ha consolidado como el único súper poder mundial. Para las potencias hegemónicas, el Derecho internacional tiende a verse como limitador de las anchas latitudes de acción que proveen la economía y la política. Las hegemonías han sido cautelosas frente al Derecho internacional [KAHN, «American Hegemony and International Law Speaking Law to Power: Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order», *1 Chi. J. Int'l L.* 1, 1 (2000)].

Los casos de *Sánchez Llamas v. Oregon* [548 US 331 (2006)] y *Medellín v. Texas* [552 US 491 (2008)], son buenos ejemplos de la actitud que Breyer propone cambiar. La Corte Internacional de Justicia, en dos fallos separados, le requirió a Estados Unidos dar pleno efecto al Derecho que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 concede a acusados extranjeros de comunicarse con el cónsul de su país. Tanto en *Sánchez Llamas* como en *Medellín*, las autoridades en Estados Unidos no hicieron la advertencia a los extranjeros acusados. El Tribunal Supremo, con el disenso de Breyer, se negó a ordenar acciones posteriores a favor de los acusados extranjeros a base de que en Estados Unidos, una vez los acusados no hicieron el planteamiento correspondiente durante el juicio, renunciaron a hacerlo luego.

Al disentir, Breyer argumentó que la Corte Internacional tiene razón al soli-

citar de Estados Unidos que reexamine las convicciones de los acusados cuyos Derechos bajo la Convención se violaron. Estima que no es razonable imputarle a los acusados la renuncia a un derecho que desconocían. Ahora, en *La Corte y el mundo*, Breyer vuelve sobre el tema y lanza un reto al pueblo americano: «Los americanos tendremos que preguntarnos [...] qué posición asumimos respecto a las promesas que contraemos y, en particular, en torno a nuestra sujeción a las decisiones de un tribunal internacional que hemos prometido seguir» (p. 218).

La segunda parte del libro trata del uso del método comparado en la adjudicación constitucional en Estados Unidos. El tema es de interés en todo el mundo democrático. Después de todo, Estados Unidos es el país con la más larga trayectoria en revisión judicial de leyes.

*La Corte y el mundo* entra en un debate que, aunque luzca raro, levanta tensiones en Estados Unidos. El debate surge en la propia Corte Suprema. Por ejemplo, en un caso sobre la constitucionalidad de la criminalización de la sodomía consensual [*Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003)] el sector conservador argumentó que la referencia a los derechos foráneos no era más que «dicta insignificante y peligrosa» [*Id.* en la p. 598 (Scalia)].

El debate ha llegado al Congreso, donde se ha propuesto legislación para prohibir el uso de las fuentes extranjeras en la adjudicación constitucional [H.R. Res. 568, 108th Cong. (2004); H.R. 3799, 108th Cong.; H.R. Res. 372, 110th Cong. (2007)]. Desde la academia, no ha faltado quien proponga que Estados Unidos «es un país excepcional que difiere agudamente del resto del mundo» [CALABRESI,

«A Shining City on a Hill», 86 *BU L. Rev.* 1335, 1337 (2006)].

Breyer argumenta que la Constitución de Estados Unidos es un documento con aspiraciones universales y que la referencia al derecho extranjero ha sido parte de la cultura constitucional desde los primeros días de la nación. Plantea que el tema se refiere también a la humildad intelectual de los jueces: «Se puede aprender de su análisis, independientemente de que se termine en acuerdo [...]. No es necesario inventar la rueda en cada ocasión» (p. 240). Para Breyer, hay asimismo una obligación de honestidad intelectual: si las fuentes extranjeras se han consultado, si los argumentos han persuadido a un juez, ¿cómo no reconocerlo?

Visto desde la perspectiva del realismo jurídico, más que desde la sociología jurídica que se invoca, el debate aparenta estar orientado a los resultados. Los casos que han generado estas discrepancias —derechos de homosexuales, pena de muerte, aborto— son casos en que la postura dominante en las principales democracias del mundo, está reñida con la de los grupos más conservadores en Estados Unidos. La respuesta de estos grupos no es entonces explicar porqué el derecho estadounidense se riñe con el mundo, sino ignorar al mundo.

*La Corte y el mundo*, si bien escrito para Estados Unidos, trata temas que, como vemos, interesan a lectores de otros lugares también. En efecto, el libro ayuda a entender la relación de Estados Unidos con el mundo.

Antonio GARCÍA PADILLA  
Escuela de Derecho

de la Universidad de Puerto Rico  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.03>

CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Madrid, Editorial Dykinson, 2015, 400 pp.

1. La monografía que aquí se analiza constituye la 18.<sup>a</sup> de la serie de «Per-

sona y Familia» de la Colección de Monografías de Derecho civil de la editorial

Dykinson, estando prologada por el Prof. Dr. Pedro Alberto de Miguel Asensio, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Esta obra monográfica tiene como objeto el estudio, análisis y valoración de la tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad. Proporciona un análisis de conjunto de los diversos sectores del Derecho internacional privado: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones. Se centra en los litigios internacionales sobre difamación y lesiones a otros derechos de la personalidad (intimidación y propia imagen) desde la perspectiva de su tutela civil.

2. La estructura de la obra se divide en seis capítulos, contando además con una introducción. Así, de este modo, el lector encuentra, en primer lugar, como resulta casi habitual, una necesaria presentación de la obra por parte de su autora, en donde acota el objeto de análisis, poniendo de manifiesto la relevancia social y complejidad del tema, así como estableciendo la metodología que se va a seguir en el resto de la monografía. Cierra la obra una extensa y útil bibliografía, donde el lector que quiera profundizar en el tema vea colmados sus deseos.

3. En el Capítulo primero se realiza una primera y breve aproximación global a los tres presupuestos materiales en relación con los litigios planteados en este ámbito: por una parte, la significación actual de los derechos de la personalidad (en particular, en lo que a la delimitación del concepto y contenido de la intimidación supone la expansión del uso de Internet); por otra parte, la caracterización de los derechos al honor, la intimidación y la propia imagen como fundamentales; y, finalmente, los mecanismos de protección de la esfera de la personalidad.

4. Fijado este marco, los Capítulos segundo y tercero se centran en el estudio de las cuestiones de competencia judicial internacional. El análisis gira en torno a

las normas de competencia judicial aplicables en materia de responsabilidad civil extracontractual, ante la inexistencia de normas especiales que regulen esta cuestión para los litigios transfronterizos sobre difamación o vulneración de derechos de la personalidad. Así, el Capítulo segundo delimita el régimen normativo aplicable (fundamentalmente, el Reglamento «Bruselas I bis» y la LOPJ) y se ocupa del estudio de los foros generales: la sumisión expresa y tácita y el domicilio del demandado.

Las cuestiones de delimitación de la competencia (la responsabilidad civil derivada del ilícito penal y la responsabilidad de los prestadores de servicios *online*) resulta necesaria y bien traída al objeto de estudio, pero, en nuestra opinión, debía estar ubicada al inicio de este Capítulo segundo, tras fijar el marco normativo aplicable en competencia judicial internacional y no tras analizar los foros generales aplicables en esta materia.

El Capítulo tercero alberga el análisis del *forum delicti commissi*. Primero, resuelve los problemas de precisión que este foro de competencia judicial internacional plantea dependiendo del medio utilizado para la verificación del daño. Segundo, se ocupa del *forum delicti commissi* cuando se trata de ilícitos a distancia. Y, tercero, delimita su extensión, planteando diferentes alternativas con el fin de eliminar la posibilidad de la multiplicidad de lugares del hecho dañoso como foro de competencia judicial internacional pasando al exclusivo reconocimiento de un lugar con competencia universal. Al igual que plantea la autora, creemos que esta es una materia donde el centro de gravedad del conflicto, el lugar del hecho dañoso principal, el establecimiento del editor o el centro de intereses de la víctima, si bien son opciones, debemos apostar por una regla específica de competencia para estos litigios: la introducción del *forum actoris*, bien como *locus delicti*, bien como lugar del hecho dañoso, entendido como el «centro de

intereses de la víctima» (= residencia habitual de la víctima).

5. El Capítulo cuarto examina las distintas medidas de carácter provisional o cautelar que en esta materia podrían solicitarse por los perjudicados donde el punto de vista del régimen de competencia judicial internacional vigente, así como el eventual reconocimiento y ejecución extraterritorial de estas medidas.

6. A continuación, en los capítulos quinto y sexto la autora se ocupa del Derecho aplicable. Teniendo en cuenta la ausencia de una regla uniforme que ofrezca una solución homogénea en esta materia, el Capítulo quinto se ocupa del análisis de las diferentes reglas previstas en materia de responsabilidad civil extracontractual en el plano autónomo (= art. 10.9 del CC).

En el Capítulo sexto, ante este escenario, resulta necesario valorar las acciones que las instituciones europeas deben adoptar, así como las posibles alternativas en la necesaria evolución del proceso de armonización legislativa en materia de ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. La opción (que

compartimos con la autora) debe ser la unificación conflictual, con el fin de incluir esta materia en el ámbito de aplicación del reglamento Roma II. Sin duda alguna, de los diferentes criterios de conexión que se proponen en el Capítulo sexto *in fine*, nos parece como más adecuado el de la ley de residencia habitual de la víctima, sobre todo cuando se trate de daños múltiples plurilocalizados. A diferencia de lo que opina su autora, nos parece poco operativo en esta materia acudir a la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la *lex loci delicti commissi*. Su virtualidad práctica nos parece escasa, salvo que se garantice el equilibrio entre las partes (= causante del daño y víctima).

7. A modo de valoración final, esta obra constituye un estudio extenso y en profundidad, que aporta elementos que permiten contextualizar esta materia, acercándola a cualquier lector interesado en la litigación internacional sobre difamación y derechos de la personalidad.

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ

Universidad Miguel Hernández de Elche  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.04>

DEL CASTILLO, L. C. (ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden/Boston, Brill, 2015, 764 pp.

Es un honor dar la bienvenida a tan importante publicación, dedicada a la trayectoria del internacionalista argentino Hugo Caminos y cuyo título fue una acertada elección de Lilian C. del Castillo, que contó con el apoyo del distinguido Honorary Board of Editors, conformado por Marcelo G. Kohen, Francisco Orrego Vicuña, Bernard H. Oxman, Tullio Treves y Rüdiger Wolfrum, quienes acordaron un eje temático vinculado a las labores que ocuparon más tiempo en la carrera del homenajeado.

La extensa obra contiene 42 contribuciones, en inglés y francés, de renombrados académicos, internacionalistas y funcionarios del más alto rango diplomático, oriundos de África, Asia, las Américas, Europa y Oriente Medio, cuyas investigaciones fueron distribuidas en doce partes y se inician con una parte primera, que contiene las dedicadas palabras introductorias en honor al homenajeado, a cargo de Bernard H. Oxman.

La parte 2, dedicada a la historia del Derecho del mar, contiene aportes de Jeannette Irigoien Barrenne, M.C.W. Pinto, Tullio Scovazzi, Harry N. Scheiber, Tullio Treves y Rüdiger Wolfrum. Los autores tratan distintos aspectos del tema como la contribución de Andrés Bello al Derecho del mar en el Código Civil chileno, Hugo Grotius y el Derecho del mar, el desarrollo de tribunales y cortes internacionales, la libertad de los mares y distintas reflexiones teóricas sobre la soberanía y la diplomacia en estos espacios.

Continúa con una parte 3, cuyo tema central es la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982, que se inicia con las reflexiones de quien la bautizara con la expresión «una Constitución para los Océanos»: Tommy B. Koh. Esta sección contiene, asimismo, los trabajos de Marcelo G. Kohen, Annick de Marffy-Mantuano y Luis Valencia-Rodríguez, dedicados a temas de vital importancia como el régimen de aguas interiores y su eventual exclusión, el rol del Secretario General de la ONU en la aplicación de la Convención y la contribución de los Estados latinoamericanos con a este objetivo.

Un tema de gran actualidad es el título de la parte 4: el Derecho del mar en las regiones polares. Los trabajos de Lilian C. del Castillo, Philippe Gautier, Ariel R. Mansi y Janusz Symonides se ocupan, respectivamente, de las cuestiones que involucran a la decisión de la Corte Internacional de Justicia de 2014 en el asunto *Whaling in the Antarctic*, el ejercicio jurisdiccional en virtud del Sistema Antártico, la navegación en el Océano Ártico y el sistema de vigilancia en la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.

La parte 5, dedicada a la Zona Internacional de los Fondos Marinos, contiene dos trabajos: el primero, autoría de Pablo Ferrara, analiza la subjetividad internacional de las empresas que realizan actividades en la Zona y la jurisdic-

ción universal por daño al medio marino; María Fernanda Millicay examina, en la segunda contribución, un aspecto central del Derecho del mar en el siglo XXI: el Patrimonio Común de la Humanidad.

Promediando la mitad de la obra, la Parte 6 presenta dos trabajos vinculados cuya autoría corresponde a Vincent P. Cogliati-Bantz y Antonio Remiro Brótons quienes, respectivamente, reflexionan sobre la situación de los Estados archipelágicos y las islas.

Los asuntos referidos a la navegación, su libertad y responsabilidad, es el eje de una parte 7 dedicada al control de los Estados en situaciones de desastres marítimos, los bloqueos navales y la competencia del Estado ribereño en materia de seguridad. Las contribuciones incluyen el dominio que solo Agustín Blanco-Bazán, Nilufer Oral y Roberto Virzo poseen por su experiencia acumulada en estos temas.

La parte 8 se ocupa de un tema que inquietó a la comunidad internacional durante la primera década del siglo XXI: la piratería. En esta sección, Angela Del Vecchio, Yoram Dinstejn, Edison González-Lapeyre, James L. Kateka y Helmut Tuerk se dedican al caso Enrica Lexie, el Derecho internacional humanitario y la lucha contra la piratería, respectivamente.

La importancia de los casos de delimitación marítima y su desarrollo, incluyendo los asuntos Nicaragua *v.* Colombia y Perú *v.* Chile, fueron analizados, en la parte 9, por David H. Anderson, Jin-Hyun Paik, María Teresa Infante-Caffi, Rafael Nieto-Navía y Francisco Orrego-Vicuña. Asimismo, Gudmundur Eiriksson dedica sus reflexiones a la controversia entre Bangladesh y Myanmar, el primer caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la materia.

Jean-Pierre Cot, Miguel García García-Revillo y Tafsir Malick Ndiaye deliberaron sobre este Tribunal en la Parte 10

y sus investigaciones se complementan con la parte 11, dedicada a los procedimientos de solución de controversias y disputas no resueltas, analizadas por Bing Bing Jia, Kamal Hossain, Djamchid Momtaz, Jean-François Pulvenis de Séligny-Maurel y Susana Ruiz-Cerutti, al tratar la doctrina de la ocupación efectiva, las disposiciones provisionales relativas a las actividades marítimas en áreas controvertidas, la delimitación de la plataforma continental en el Golfo Pérsico, las organizaciones regionales de ordenación pesquera, y el caso de la Fragata A.R.A. Libertad.

La última sección, la parte 12, contiene la colaboración de quien fue el primer Presidente del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, Thomas A. Mensah, dedicada a los cables submarinos y el régimen que poseen en la Convención de 1982.

Finalmente, la obra contiene los esperados índices con la enumeración de temas, conceptos y asuntos señalados por los autores, útiles para su individualización en los textos, un recurso valioso para académicos e investigadores.

Desde un análisis crítico, la obra recopila una exposición valiosa de temas que manifiestan el esfuerzo de sus auto-

res, caracterizado por una reflexión profunda a partir de su experiencia docente, profesional y diplomática. Sin embargo, la sistematización final presenta algunas descompensaciones y, algunos temas podrían ser fácilmente clasificados en más de una sección del trabajo en conjunto. De todos modos, es posible reconocer estas dificultades como propias en los *Liber Amicorum*, que presentan una dinámica de selección, invitación, asignación y contratiempos potenciados por el prestigio y las apretadas agendas de sus autores.

En definitiva, la obra es una invitación a una consulta actualizada que cumplirá con las expectativas didácticas, de investigación científica y aplicación profesional del lector. El prestigio y la rigurosidad de quienes colaboraron con este trabajo en homenaje a su querido profesor, colega y, en muchos casos amigo, no solo permite asegurar una satisfacción para el internacionalista avezado en el complejo régimen de los mares y océanos, sino también la formulación de nuevas preguntas y replanteos, originadas en las agudas observaciones que allí se encuentran.

Leopoldo M. A. GODIO

Universidad de Buenos Aires

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.05>

ESLAVA, L., *Local Space, Global Life; The everyday Operation of International Law and Development*, Cambridge University Press, 2015, 351 pp.

Este libro es una obra que esperaba con ansias pues suponía de antemano su calidad y sabía que me daría la oportunidad de ver el Derecho internacional desde un prisma diferente. Lejos del formalismo propio de las obras a las que estoy acostumbrada, escritas en gran parte desde las normas, la jurisprudencia o la doctrina, Luis Eslava nos habla en un lenguaje cercano, íntimo, del cómo, el porqué y el para qué de su experiencia de investigación.

Ese mismo tono, que guía todo su esquema de argumentación, y que me motiva a escribir esta reseña en un deyo más personal, menos usual, es la primera virtud que debo señalar de esta obra; ese deyo, entre otras cualidades, facilita leer este libro, impulsa el querer llegar a su final. Quienes invertimos nuestros días entre letras, sabemos cuánto agradeceremos que ello ocurra. No hay nada peor que una gran teoría ilegible o, peor aún ¡aburrida!

La segunda ventaja de este texto es que, a diferencia de lo que suele ocurrir con la mayoría de los documentos sobre esta área, el autor, ubica su trabajo desde una perspectiva particular del Derecho internacional y nos lo advierte, lo reivindica.

Eslava aclara que sus ideas se construyen desde la antropología jurídica, a través de la etnografía jurídica, una mirada que le permite lograr varios cometidos. Su enfoque antropológico, primero, le ayuda a abandonar la idea de que el Derecho internacional y sus instituciones son, tan solo, una construcción ideológica para poder demostrar que este ordenamiento existe y trabaja en y a través del mundo que crea (p. xvi). Segundo, le permite apreciar el impacto del Derecho internacional en espacios más allá de los que tradicionalmente se reconocen como su zona de influencia (p. xvi). Finalmente, esa perspectiva le ayuda a corroborar cómo el Derecho internacional, desde los tiempos coloniales, moldea el entorno de los individuos, su percepción sobre sí mismos y sus formas de manutención y supervivencia.

Por otra parte, leer el Derecho internacional desde un enfoque etnográfico le permite servirse de una pluralidad de fuentes (p. 36), identificar y cuestionar las disciplinas subjetivas y espaciales involucradas en el régimen de gobernanza escondido detrás del esfuerzo de sincronizar las realidades locales con las aspiraciones globales (p. 36) y, finalmente, ofrecer una evaluación sobre cómo el Derecho internacional que trabaja de la mano con el proyecto de desarrollo determina nuestra realidad social y física de acuerdo a su propia lógica (p. 37).

Por lo general, quienes escribimos sobre Derecho internacional desde una esquina normativista no solemos aclarar ni reivindicar nuestra lectura. El que este libro asuma y reivindique una lectura particular, nos explique y demuestre sus cualidades, es un punto a favor respecto de lo

que yo considero una necesaria lucha por la «conciencia paradigmática» —parafraseando a Martín Rodríguez (*Los paradigmas del derecho internacional*, Universidad De Granada, 2009)— y sus ventajas. Esta actitud refleja la preocupación del autor por la «atención consciente» sobre cómo usamos el Derecho internacional, una tarea que significa, en sus palabras, «una reflexión sobre cómo otros entienden nuestro objeto de estudio, cómo lo entendemos nosotros y con qué tipo de (re) descripción estamos comprometidos» (ESLAVA, «Istanbul vignettes: observing the everyday operation of international law», *London Review of International Law*, V. 2, No. 1, 2014, p. 46).

Este enfoque particular nos ofrece una mirada diferente del Derecho internacional, una que lee su uso en términos reales. Esta otra ventaja respecto de la literatura ortodoxa del Derecho internacional que, por lo general, analiza los usos y efectos del Derecho internacional en relación con la propia teoría, las normas o las instituciones, pero pocas veces respecto del día a día de los individuos. La preocupación de Eslava va más allá; su intención es demostrar, desde las experiencias más vitales de los ciudadanos de una gran urbe, cómo están atados los discursos y demás herramientas (normativas o no) que desde los diferentes niveles permiten que lo local esté determinado por lo internacional, que el escenario del proyecto del desarrollo sea nuestro día a día (p. xvii).

Esta propuesta sobre lo internacional y su lugar es el verdadero aporte de «*Local Space, Global Life*». Pese al discurso cacofónico que circula entre los internacionalistas ortodoxos (y que yo misma repito en ese tono hasta el cansancio) respecto de la creciente influencia del Derecho internacional en los ordenamientos nacionales y sus consecuencias en el día a día de los individuos, ninguno de nosotros —o por lo menos no que yo sepa— se había dado a la tarea de corroborar el cómo, el porqué de dicha influencia y las

consecuencias de esta en los términos en los que lo hace Eslava.

El autor nos muestra el proceso de «localización» del Derecho internacional a través de una experiencia muy particular: la transformación urbana de Bogotá, una ciudad que, como muchas otras del Sur Global, resulta ser objeto, según el autor, de la regulación internacional de sus aspectos más íntimos. El relato de los efectos del Derecho internacional en el día a día de los bogotanos, de lo bogotano (que podrían ser los paulistas o los *estambulistas*, o los ciudadanos de cualquier otra ciudad «en desarrollo») se articula sobre una lectura enriquecida de la narrativa oficial del propio Derecho internacional, de sus discursos, pero claro, sobre todo, desde las historias de ciudadanos que nos cuentan sobre su día a día (el de ellos y el del Derecho internacional, que según el autor, se amalgaman).

Eslava nos ofrece cinco capítulos en los que nos conduce por los orígenes del discurso del desarrollo, su mutación, el paso de lo nacional a lo local como objeto del mismo, para terminar con el ejemplo que ilustra sus ideas: el llamado proceso de legalización de los barrios ilegales de Bogotá (su justificación, forma y consecuencias). En palabras del autor, la transformación de Bogotá debe ser entendida como una más amplia tendencia internacional que pretende reconstituir la forma del Estado-Nación y que aspira a crear un nuevo orden global a través de las jurisdicciones locales, en especial en el contexto del Tercer Mundo (p. 73).

En este recorrido, el autor nos ofrece una relectura de eventos que no solemos

asociar: ¿Acaso solemos pensar el proceso de descentralización o el esfuerzo por disciplinar la geografía de nuestra ciudad como resultado del Derecho internacional? ¿Qué tienen que ver los discursos de Kofi Annan con los *slogans* de las alcaldías bogotanas? Este tipo de nuevas asociaciones son las que nos ofrece esta obra.

Tono, metodología, argumentación y estructura dan cuenta de una obra muy particular que, a diferencia de otras propuestas escritas más allá de la orilla normativista, no se limita a deconstruir; este trabajo no nos deja con la frustración propia de la falta de alternativas que suelen caracterizar a muchos trabajos críticos. La obra de Eslava, es una invitación, un convite atractivo —y justificado— a (re) ver, a detenernos por un momento para ver el mundo, el Derecho internacional, de forma diferente.

Atendiendo al tono personal con el que decidí escribir estas líneas me gustaría finalizar diciendo que «*Local Space, Global Life*» cambió mi forma de ver mi ciudad, mi manera de comprender el Derecho internacional y mi manera de usarlo, sobre todo, de enseñarlo. Espero que ello cause la suficiente curiosidad en el lector de esta reseña como para querer hacerse a la obra que comento y poder disfrutarla en un café de cualquier ciudad en desarrollo mientras puede corroborar, observando a su alrededor, que a Eslava no le falta razón.

Paola Andrea ACOSTA ALVARADO  
Universidad Externado de Colombia  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.06>

GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, xvi + 341 pp.

Tras veinte años de actividad, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM) es una clara muestra de la cre-

ciente judicialización del Derecho del mar. Desde el inicio de sus trabajos en octubre de 1996, este Tribunal se ha con-

solidado, poco a poco, como un órgano judicial especializado, de vocación y jurisdicción internacional, pero de competencia particular. El TIDM es una institución judicial relativamente reciente, pero, a pesar de su juventud, ha mostrado su importante función en el ámbito de la solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), así como de los acuerdos internacionales relacionados con los fines de esta.

Como es bien conocido, el TIDM es, según el art. 287 CNUDM, uno de los cuatro mecanismos específicos aplicables para las diferencias marítimas, junto con la CIJ, un tribunal arbitral constituido de conformidad con las disposiciones del Anexo VII CNUDM, o un tribunal arbitral especial creado en virtud del Anexo VIII CNUDM. Se trata de un mecanismo innovador, que ha sido considerado como uno de los más avanzados y complejos previstos por el Derecho internacional contemporáneo, y que ha sido muy utilizado desde el comienzo de su actividad.

Relevante ha sido la atención que desde la doctrina se ha prestado al TIDM, sobre todo a su creación y su aportación jurisprudencial. Sin embargo, pocas son las monografías y obras colectivas dedicadas exclusivamente a este tribunal internacional, y menos todavía son los estudios que se han centrado especialmente en los aspectos relativos a su competencia.

La monografía titulada *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, que es objeto de atención en la presente reseña, es precisamente de los pocos estudios exhaustivos dedicados a la problemática de la competencia del TIDM, y cuya publicación no podría llegar en un mejor momento: el 20.º aniversario del inicio de sus trabajos. Es una investiga-

ción fruto, sin duda, de muchos años de trabajo, lo que se refleja en el importante volumen de sentencias, textos jurídicos internacionales y aportaciones doctrinales que el autor ha manejado de manera sistemática y con gran rigor científico para la elaboración de la presente obra. Es de justicia destacar, también, el gran esfuerzo realizado por el Dr. Miguel García García-Revilla de publicar la presente obra en lengua inglesa en una prestigiosa y exigente editorial extranjera.

Después de una breve Introducción, la obra se organiza en dos Partes principales, a saber: en la Primera Parte se estudia la competencia contenciosa del TIDM, para que en la Segunda Parte se preste especial atención a la competencia consultiva del mismo.

Los aspectos referidos a la competencia contenciosa del TIDM —plasmados en la Parte Primera— representan el núcleo central de esta obra. En ella se abordan las cuestiones más relevantes y controvertidas relativas a esta competencia del TIDM, tal y como lo han dejado patente, también, los asuntos que le han sido planteados hasta ahora. Así, el autor respeta en todo momento la distinción entre la jurisdicción *ratione materiae* y *ratione personae*, y entre la competencia principal y la incidental, respectivamente. Numerosas son las cuestiones abordadas durante esta parte, a saber: la naturaleza voluntaria u obligatoria de la competencia contenciosa *ratione materiae* del TIDM, la extensión máxima de la jurisdicción voluntaria del TIDM, las modalidades de concesión de competencia al TIDM, los distintos tipos de competencia incidental (esto es: en el caso de las medidas provisionales; para decidir a través del procedimiento preliminar acerca de las alegaciones de abuso del procedimiento legal y para decidir respecto de las alegaciones de excepciones preliminares; para decidir sobre la admisión o no de una demanda de reconversión; para decidir sobre una solicitud de intervención o de terminación de proce-

dimiento, a instancias del demandante), etcétera.

La labor realizada hasta ahora por el TIDM está reflejando, sin duda, los cambios acaecidos en el escenario internacional del mar. Pero, si bien el art. 287 CNUDM no le ofrece al TIDM ningún tratamiento especial respecto de los demás órganos judiciales internacionales sí que existen otras disposiciones de la CNUDM que le conceden a este una posición relativamente mejor en lo que se refiere a determinadas cuestiones jurídico-marítimas, a saber: la jurisdicción residual obligatoria por lo que atañe a la prescripción de medidas provisionales (art. 290.5 CNUDM), por un lado, y a la pronta liberación de los buques y de sus tripulaciones (art. 292 CNUDM), por otro lado. Ello le ha permitido, asimismo, desarrollar un importante *corpus* jurisprudencial en estos ámbitos. En este sentido, destaca que de las 23 demandas que ha conocido hasta la fecha a través del procedimiento contencioso, nueve asuntos tratan de las medidas provisionales, y otros nueve de la pronta liberación de los buques y sus tripulaciones.

La Segunda Parte de esta obra se dedica a la competencia consultiva del TIDM. Se trata de una cuestión delicada, tal y como lo avanza acertadamente el autor al comienzo de esta misma Parte, que le es reconocida al TIDM en virtud de los arts. 159.10 y 191 CNUDM, y de las disposiciones de otros acuerdos internacionales (art. 138.1 Reglas TIDM). El propio autor señala al final de su obra que estamos ante una competencia que estaba llamada a conocer mayores desarrollos en un futuro no muy lejano (esta obra ha sido acabada el 28 de febrero de 2015), en particular cuando el TIDM publicase su opinión consultiva en el asunto núm. 21 referido a la solicitud de una opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca en el que se planteaba, entre otras, si un Estado de pabellón o una agencia internacional (como sería el caso de la UE) será

responsable por la violación de la legislación pesquera del Estado ribereño por parte de un buque pesquero que tuviera la licencia de pesca concedida en el marco de un acuerdo internacional de pesca firmado con dicho Estado ribereño. Efectivamente, el TIDM ha publicado su opinión consultiva el 2 de abril de 2015, marcando un antes y un después en relación con la posible responsabilidad de la UE derivada del incumplimiento de un acuerdo internacional de pesca al hilo de una controversia competencial.

Asimismo, es de destacar al análisis serio realizado por el autor sobre algunos aspectos delicados que se plantean en el actual Derecho internacional del mar. Así, gracias a una excelente argumentación jurídica apoyada en referencias doctrinales sólidas, ofrece respuestas interesantes en relación con la posibilidad de que se le presenten al TIDM demandas no solamente por parte de los Estados que sean partes en la CNUDM, sino, igualmente, por parte de aquellos Estados que no hayan ratificado este tratado internacional, por la UE e, incluso, por otras entidades jurídicas que no sean Estados partes en la CNUDM. Todas ellas son cuestiones de gran actualidad, si se tiene en cuenta el ya mencionado asunto núm. 21 del TIDM; o el asunto Consejo/Comisión (C-73/14, EU:C:2015:663) desarrollado ante el TJUE en relación con el recurso de anulación interpuesto por el Consejo en contra de la Comisión que había presentado observaciones escritas en nombre de la UE ante el TIDM precisamente en el marco del asunto núm. 21; o incluso el nuevo escenario jurídico que se le ha abierto a la UE a raíz del Brexit y que quizás encuentre en el TIDM el foro competencial apropiado para la solución de posibles futuras controversias pesqueras entre la UE u otras entidades jurídicas que no sean Estados partes en la CNUDM, por un lado, y el Reino Unido, por otro lado.

En resumidas cuentas, se trata de una obra muy oportuna, que constituye

una excelente contribución para el estudio del TIDM, que contiene un material de investigación de gran riqueza y cuyo manejo resultará, sin duda, muy útil y de obligada lectura para poder adentrarse en el complejo universo de la solución

de controversias en el ámbito jurídico-marítimo.

Gabriela A. OANTA  
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.07>

GARRIGA SUAU, G., *Responsabilidad civil del abogado: elección de la ley aplicable y aseguradoras de responsabilidad civil profesional*, Navarra, Thomson Reuters, 2015, 216 pp.

1. La responsabilidad civil constituye el eje central del Derecho de obligaciones, en los ámbitos contractual y extracontractual. La diversidad de relaciones o hechos generadores de la responsabilidad se manifiesta en una clara tendencia a la especialización en las soluciones de Derecho internacional privado, tanto a partir de la delimitación entre las grandes categorías «contractual» y «extracontractual», como también dentro de cada una de ellas considerando las particularidades presentes en función de la relación jurídica afectada. Inciden aquí tanto los sujetos de la relación (consumidor, trabajador...) como el objeto de la misma (daños al medio ambiente, responsabilidad por productos...). En este contexto aparece la obra que reseñamos sobre un ámbito de la responsabilidad (la responsabilidad profesional del abogado) que, pese a su evidente proximidad al operador jurídico, no había recibido hasta la fecha la merecida atención doctrinal. Bien es verdad que en este caso no se analiza el régimen general de la responsabilidad civil del abogado, sino solo la problemática en torno a la elección de ley de la responsabilidad profesional en relación con las aseguradoras. Quedan fuera, por tanto, las singularidades que podrían estar presentes en el ámbito de la competencia judicial internacional; véase a este fin la reciente Sentencia del TJUE de 16 de junio de 2016 (as. C12/15: *Universal Music International Holding*), en relación con el problema de la determinación del lugar del daño, en este caso

derivado de una negligencia del abogado en la redacción de un contrato. Tampoco se analizan las singularidades que podrían derivarse en relación con las conexiones diferentes a la autonomía de la voluntad en su aplicación al régimen de la responsabilidad civil profesional. Desechado este enfoque amplio en el objeto de estudio, la perspectiva utilizada en la obra parte de un análisis de la posición de las aseguradoras en relación con la elección de ley aplicable para determinar el régimen de la responsabilidad civil del abogado. El estudio se estructura en torno a cuatro capítulos que van desde la delimitación de los estatutos contractual y extracontractual (capítulo 1), el régimen del estatuto del acuerdo de elección (capítulo 2), las partes en el acuerdo de elección (capítulo 3) y las limitaciones del acuerdo (capítulo 4).

2. El planteamiento parte de la interrelación entre la responsabilidad civil y el régimen de los seguros, de modo que estos se han ido convirtiendo, en la práctica de la acción directa (allí donde está permitida), en verdaderas garantías del derecho a la indemnización de la persona perjudicada. El planteamiento central de la obra se encuentra en el capítulo 3, donde aparece la interrelación e inevitables intersecciones entre la ley rectora de la responsabilidad civil y la ley rectora del contrato de seguro: sin responsabilidad (sea objetiva o por culpa), no hay derecho a la indemnización y, por tanto, no entran las compañías aseguradoras; pero

aun existiendo responsabilidad, pueden las aseguradoras, en función del contrato de seguro, exonerarse de una obligación de pago frente al asegurado o, en su caso, frente al tercero perjudicado.

Es importante, por tanto, comenzar con la calificación del tipo de responsabilidad porque determina el régimen de la elección de ley aplicable a la responsabilidad (Reglamento «Roma I» o Reglamento «Roma II») y porque condiciona la solución de la acción directa del perjudicado frente al responsable (establecida expresamente en «Roma II» frente al silencio de «Roma I»). La primera vertiente se trata en el capítulo 1 de la monografía, en la que se valora el régimen de la responsabilidad en función del compromiso contractual asumido por el abogado y en función de las partes implicadas, según que el perjudicado sea el propio cliente del abogado o un tercero. El segundo aspecto, el relativo a la acción directa, se trata esencialmente en el capítulo 3 (especialmente, pp. 138 y ss.), exponiendo las diversas construcciones y teorías al respecto que quizá hace perder nitidez a la posición propia de la autora en este punto. Sobre esta base, la existencia de un seguro de responsabilidad civil, para garantizar la responsabilidad frente al daño, tiene sus consecuencias en el funcionamiento de la conexión de la autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el régimen extracontractual.

**3.** El capítulo 2 se centra en el análisis de la elección de ley aplicable, valorando el margen de la autonomía de la voluntad, antes o después del hecho generador de la responsabilidad, en los Reglamentos Roma I y Roma II. Se completa este capítulo con un apartado sobre el tratamiento de la validez material del acuerdo de elección. La característica común del capítulo es la generalidad del planteamiento en relación con el objeto de estudio. Es decir, se analiza con profundidad el ámbito de la autonomía de

la voluntad, en particular en el sector de las obligaciones extracontractuales, pero sin conectarlo suficientemente con la responsabilidad civil del abogado.

**4.** La cuestión de la posible participación del asegurador en la elección de Derecho aplicable a la obligación extracontractual se analiza en el capítulo 3. Esta participación del asegurador en la elección de ley podría aparecer en diferentes situaciones. Así, considerando la práctica de demandar conjuntamente al responsable del daño y al asegurador, se podría concluir un acuerdo de elección de ley, después del hecho dañoso, de forma conjunta. En los supuestos en los que el demandado únicamente sea el asegurador, la elección de Derecho aplicable podría realizarse entre el perjudicado y el asegurador siempre que, en este caso, la ley elegida no se utilizara en perjuicio del asegurado causante del daño. Finalmente, el asegurador podría prestar su consentimiento a la elección de Derecho aplicable realizada entre el responsable del daño y el perjudicado, después del hecho dañoso o antes en los términos del art. 14.1.b) de «Roma II». En caso de prestar dicho consentimiento, el asegurador perdería la condición de tercero al que no se le podría oponer la elección de ley en el sentido del art. 14.1 inciso final de «Roma II».

No obstante, la justificación teórica sobre las opciones de la autonomía de la voluntad no permite ser optimistas con su utilidad en la práctica, dadas las dificultades de que el pacto de Derecho aplicable satisfaga a la vez a todas las partes implicadas (perjudicado, responsable del daño y asegurador). La propia autora es conocedora y asume ese carácter excepcional (p. 170) lo que hace injustificable la delimitación del objeto de estudio. Es evidente, que si la ley elegida reconoce una acción directa, ello beneficiaría a la víctima (que se protegería frente a una posible insolvencia del causante del daño) y al responsable del daño (por cuanto este se «liberaría» frente al

perjudicado con la indemnización que pague el asegurador); pero perjudicaría al asegurador. Por su parte, el asegurador podría estar interesado en elegir un Derecho que reconozca la acción directa pero que, a cambio, aumente los supuestos de derecho de repetición frente al asegurado: los beneficiados en este caso (asegurador y víctima) lo serían en detrimento del asegurado. Esto no supone que, en algún caso concreto, esta elección pueda redundar en interés de todas las partes, particularmente cuando todas ellas desarrollan una actividad comercial, por ejemplo cuando el demandante que ejercita la acción directa es a su vez otra compañía de seguros. Así, a un asegurador podría interesarle «aceptar» una elección de ley conforme a la cual se reconozca una acción directa a la víctima pero, a cambio, se le obliga a pagar una indemnización menor.

5. Se plantea asimismo el problema de las limitaciones de la autonomía de la voluntad cuando puede perjudicar la posición del asegurador o cuando existe pluralidad de demandados (objeto de análisis en el capítulo 4). Dentro de los límites al ejercicio de la autonomía conflictual, resulta particularmente importante en relación con los seguros de responsabilidad civil el de no perjudicar «los derechos de terceros» (art. 3.2 *in fine* del Reglamento Roma I y art. 14.1 *in fine* del Reglamento Roma II). En el propio Informe de la Propuesta de Reglamento Roma II se ponía como ejemplo de «tercero» al asegurador del responsable del daño, cuya posición no podía verse comprometida o perjudicada por los eventuales acuerdos a los que pudiera llegar el responsable con la víctima. Un claro perjuicio para el asegurador se derivaría si, por ejemplo, la elección de ley conllevara el pago de una mayor indemnización por parte del asegurador o supusiera reconocer a la víctima una acción directa que no le correspondería conforme al estatuto contractual aplicable en defecto de elección.

6. La monografía presenta un indudable interés, pero, en primer lugar, se echa de menos la justificación científica de la delimitación del objeto. La opción de limitarlo a un aspecto concreto de la ley aplicable de la responsabilidad civil profesional podría haberse verificado y explicado a partir de las singularidades existentes en la responsabilidad civil del abogado en situaciones transfronterizas.

Segundo, la propia premisa de estudio, la elección de ley aplicable y la participación en la misma de los aseguradores requeriría de un mayor contraste con la práctica. Ello se hace especialmente visible con la metodología utilizada, que agota las fuentes doctrinales pero no refiere materiales jurisprudenciales ni un análisis de las pólizas de las compañías aseguradoras que muestren, en su caso, la incidencia real de la elección de ley aplicable en este ámbito de responsabilidad.

Tercero, también hubiera sido interesante un planteamiento casuístico de la responsabilidad del abogado. En la monografía, se incluyen referencias a algún supuesto de negligencia profesional (mal asesoramiento jurídico para una inversión o pérdida de documentos por parte del abogado) pero sin dotarlos de autonomía suficiente para explicar las soluciones específicas a los problemas concretos que los diferentes casos pueden requerir.

La obra que presentamos tiene, no obstante, la utilidad de poner el foco y dar luz a un aspecto de la responsabilidad civil profesional poco estudiado hasta el presente. Es, sin duda, un buen comienzo para que la propia autora siga en este ámbito de estudio en el que se manifiestan singularidades en la aplicación de las soluciones del DIPr. La reciente citada Sentencia del TJUE es un ejemplo de ello. Esta monografía constituye una buena base de estudio en la que habrá que seguir profundizando.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO  
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.08>

ORIHUELA CALATAYUD, E., *La jurisdicción universal en España*, Murcia, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 2016, 207 pp.

No siempre las cosas son lo que dicen ser. Unas veces porque no llegan y otras porque lo exceden. La obra que firma Esperanza Orihuela se sitúa claramente en este segundo caso. Primero porque en ella no se recoge un simple discurso académico, sino un trabajo concienzudo y de mucha enjundia, además de comprometido. Y segundo porque, prueba de honestidad intelectual y de reconocimiento hacia la institución receptora, a fin de formalizar su ingreso como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, la autora optó por desarrollar en profundidad un tema original, de extraordinario interés y actualidad. Tratóse de una de las plumas que más tempranamente y con mayor criterio han abordado en español la problemática relativa a la jurisdicción universal, el enorme impacto de la profunda reforma que por la vía de urgencia introdujo la LO 1/2014 en el art. 23 LOPJ, convirtiéndolo en tema idóneo para la ocasión. Y, como era previsible, el resultado es excelente.

La sedicente justificación expresada en la Exposición de Motivos de la Ley para el drástico recorte que introduce, expresada en una pretendida necesidad de reconducir el alcance extraterritorial de la jurisdicción de nuestros tribunales penales al ámbito permitido por el Derecho internacional, suscita inmediatamente cuestiones tales como cuáles son las exigencias y límites que en esta materia impone el citado ordenamiento, hasta qué punto la situación legal preexistente se apartaba de ellos, en qué medida la nueva regulación es respetuosa con los mismos, y si no habría sido conveniente ir más allá de lo exigido haciendo uso también de lo permitido. A todas ellas se intenta dar respuesta en la obra comentada mediante una estructuración en

una decena de apartados en los que, tras una introducción relativa al significado del principio de jurisdicción universal en tanto que instrumento de lucha contra la impunidad (apartado I), se repasa la evolución legislativa y su aplicación práctica en nuestro país (apartados II y III) para, a partir de ahí, ir destilando el meticuloso análisis sobre la regulación internacional y la compatibilidad de la nueva regulación en materia de supuestos obligatorios y facultativos de jurisdicción universal (apartado IV), relaciones con la Corte Penal Internacional (apartado V), exigencia de vínculos adicionales de conexión (apartado VI), subsidiariedad (apartado VII) e inmunidades (apartado VIII), sin olvidar la rigurosa eficacia retroactiva con que el legislador pretendió hacer operativa la reforma (apartado IX).

La obra concluye con unas reflexiones finales en las que se sintetizan las principales conclusiones. Incluyen, además, unas propuestas de mejora con formulación de añadidos y enmiendas a incluir en el tenor del art. 23 LOPJ. Sobre todo en su versión simplificada, las propuestas resumen de *lege ferenda* con claridad y rotundidad tanto lo que para la autora resulta estrictamente imprescindible —a fin de garantizar el respeto del Derecho internacional por nuestro país— como lo deseable —en orden a permitirle cumplir mejor su aspiración de eliminar la impunidad—. Las conclusiones, ampliamente fundamentadas y bien desarrolladas, podrían suscribirse casi en su integridad.

Pese a que, como críticamente se subraya en el libro, no lo haya entendido así nuestro Tribunal Supremo en un pronunciamiento de 6 de mayo de 2015 (STS 296/2015) en el que abundan los deslices e incorrecciones, la reforma hace difícil que nuestro país pueda cumplir la *obligación de juzgar a menos que se extradite*

prevista en diversos convenios que, en la alternativa que dibuja el *aut iudicare aut dedere*, cargan el énfasis sobre el enjuiciamiento. El condicionamiento para la existencia de jurisdicción a lo que la autora denomina un «*dedere frustrado*», genera el riesgo de impedir que nuestro país pueda cumplir su obligación de juzgar *in presentiam* a presuntos responsables de delitos, como los crímenes de guerra, la tortura o las desapariciones forzadas de personas, entre otros, respecto de los que, por su habitual comisión cerca de las estructuras de poder estatal, no es de esperar que abunden las peticiones de extradición por el Estado especialmente interesado. Sin ignorar que se trata de una cuestión discutible que la CIJ eludió afrontar en el asunto *Habré*, llama sin embargo la atención que la autora, muy implicada en general en la defensa de los intereses comunes que promueve el Derecho Internacional Penal, no considere posible fundamentar en el Derecho Internacional General una jurisdicción universal obligatoria basada en el *aut iudicare aut dedere* respecto de los *core crimes*, minimizando quizá la dimensión de la *opinio iuris* que subyace a los instrumentos normativos y pre-normativos de este sector del Derecho internacional.

Advierte asimismo la autora con toda la razón lo injustificado del pretexto esgrimido por el legislador para defender su reforma. La regulación y la práctica previas resultaban perfectamente compatibles con las exigencias y límites impuestos por el Derecho internacional pues: i) en una línea que viene a ser confirmada por los arts. 22 y 23 de la nueva ley sobre inmunidades, siempre ha sido muy respetuosa con las inmunidades de los representantes estatales en ejercicio; ii) se ha caracterizado por un escrupuloso —y hasta excesivo a veces— respeto de los principios de subsidiariedad y complementariedad; y iii) hacía uso de una facultad de ejercer la jurisdicción universal *in absentia* que, pese a las dudas aún subsistentes, se encuentra claramente

reconocida en tratados internacionales respecto de los crímenes convencionales y se deduce de su naturaleza odiosa respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Precisamente por esto último, acierta plenamente Esperanza Orihuela cuando critica la desnaturalización que del principio de jurisdicción universal representa condicionar la competencia extraterritorial de nuestros tribunales con criterios adicionales a los que derivan de la propia naturaleza de los mismos.

Acierta también, por último, cuando apunta, criticándolos, los verdaderos motivos de la reforma. Todo parece indicar, en efecto, que lejos de estar relacionadas con una inexistente necesidad de acomodar nuestra práctica al Derecho internacional, las razones del cambio de modelo tenían que ver con las muy explícitas amenazas vertidas contra nuestro país por quien, además de ocupar una de las cinco sillas inamovibles del Consejo de Seguridad, constituye uno de nuestros principales acreedores. Cabe preguntarse, no obstante, donde debería situarse el punto razonable de extensión de la jurisdicción extraterritorial penal de nuestros tribunales dentro del amplio campo que permite el Derecho internacional en un contexto, como el actual, en el que dejando a un lado el caso argentino, la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, los de nuestro entorno al menos, han optado por limitarla, sea exigiendo vínculos adicionales de conexión sea, lo que es más habitual, sometiendo al tamiz político su activación. Es de temer que la apuesta por el modelo puro implícito en la propuesta final de la autora, realizada desde su rechazo a dejar de aspirar a que otro mundo sea posible, y consistente en la extensión de la jurisdicción de nuestros tribunales a todos los supuestos posibles en virtud de normas convencionales o institucionales (¿por qué no en virtud del Derecho Internacional General?), encontrara mayores resistencias en el entorno internacional que las que los

propios españoles estaríamos dispuestos a soportar.

Las discrepancias, pese a todo, son simplemente de matiz y no dejan de representar una modesta contribución de quien abajo suscribe a un debate que, y aquí ya no hay lugar a dudas, resulta notablemente enriquecido gracias al trabajo de E. Orihuela. Pues lo que resulta innegable es que *La jurisdicción univer-*

*sal en España* constituye ya una obra de referencia ineludible para todo aquel que quiera conocer con detalle los entresijos, miserias incluidas, de la posición de nuestro país en relación con las cuestiones clave del Derecho Internacional Penal.

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO

Universidad de Castilla-La Mancha

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.09>

PIERNAS LÓPEZ, J. J., *The Concept of State Aid under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 304 pp.

El Derecho de las Ayudas de Estado descansa fundamentalmente sobre dos pilares: por un lado, la *definición* de la noción de Ayuda de Estado del art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que determina el ámbito de aplicación objetivo de la normativa europea sobre Ayudas de Estado (selectividad, recursos estatales, distorsión de la competencia y efecto sobre el comercio intracomunitario); por otro, los criterios de *compatibilidad* que permiten excluir de la prohibición general algunas medidas, a pesar de que reúnen los cuatro criterios enumerados antes y, por tanto, constituyen Ayudas de Estado a los efectos del TFUE. La monografía J. Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid under EU Law: From internal market to competition and beyond* (Oxford: OUP, 2015) explora la primera dimensión.

La obra viene así a sumarse a los trabajos de Luca Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, (Oxford: OUP, 2009) y Francesco de Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution* (Oxford: Hart, 2013). En el primero, Rubini lleva a cabo un estudio comparativo de la definición de «subsidio» que manejan el Derecho de la OMC y el de la UE con la finalidad de mostrar las similitudes y diferencias entre el tipo

de medidas gubernamentales cubiertas por cada uno de estos regímenes. En el segundo, De Cecco analiza el concepto de Ayuda de Estado como parte de la llamada «constitución económica» de la UE, mostrando los límites estructurales que el Derecho europeo de las Ayudas de Estado plantea sobre el papel de los Estados miembros en la economía.

El enfoque de Jorge Piernas es radicalmente distinto del que adoptan dichas monografías y, con carácter más general, cualquier otro estudio publicado hasta la fecha. En efecto, la obra de Jorge Piernas adopta una perspectiva historicista que le permite analizar cómo ha evolucionado la interpretación del concepto de Ayuda de Estado desde su inclusión en el Tratado de Roma de 1957 hasta nuestros días. En su recensión en la *European Competition Law Review*, Pablo Ibáñez Colomo ha calificado este enfoque como «refrescante». No podría estar más de acuerdo: el libro prescinde del enfoque dogmático al que estamos demasiado acostumbrados y propone en su lugar una aproximación dinámica, que ayuda a comprender (un poco) mejor un concepto tan complejo como es el de Ayuda de Estado.

La principal tesis del libro es que la evolución del concepto de Ayuda de Estado puede explicarse en función de dos

factores: por un lado, las prioridades y necesidades cambiantes de la Comisión Europea como entidad responsable de la administración de las normas sobre Ayudas de Estado (es decir, la política de Ayudas de la Comisión); por otro, la evolución general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de competencia y mercado interior, algunos de cuyos movimientos más importantes han tenido su reflejo también en las sentencias sobre el concepto de Ayuda. Para sustanciar esta tesis, el libro se divide en tres partes.

La primera parte consta de dos capítulos (además de la introducción) en los que se presenta el marco teórico en el que se va a desenvolver el resto de la obra. Así, el Capítulo 2 analiza los orígenes históricos de los subsidios y de los distintos sistemas de control de los subsidios que se han intentado a partir de la Segunda Guerra Mundial, tanto a nivel internacional (GATT) como a nivel europeo (en el ámbito de la CECA, primero, y de la CEE, después). Por su parte, el Capítulo 3 divide la política europea sobre ayudas en distintas fases, en función de las prioridades de cada una: el establecimiento inicial del mercado interior mediante la eliminación de las barreras más flagrantes al comercio intracomunitario (1958-1970); el reforzamiento institucional de la Comisión como árbitro del sistema (1970-1980); el aumento en el rigor de la disciplina sobre Ayudas de Estado, con la finalidad de mejorar la eficiencia del mercado interior (1980-1990); y la mejora en los procedimientos y en la metodología empleados para autorizar la concesión de Ayudas (1990).

La segunda parte constituye el núcleo central de la obra, dado que es aquí donde se despliega el análisis de corte más empírico sobre el que se sustentan las tesis de libro. Esta parte divide en cuatro capítulos, cada uno de los cuales analiza un elemento diferente del concepto de ayuda: la noción de ventaja (Capítulo 4); la noción de selectividad (Capítulo 5); la

noción de recursos estatales (Capítulo 6) y la noción de distorsión de la competencia y efecto sobre el comercio intracomunitario (Capítulo 7). Para cada una de estas nociones, el análisis identifica las sentencias del Tribunal de Justicia en las que se acuñaron las fórmulas que guían su aplicación —p. ej., la sentencia sobre las ayudas italianas al sector textil en la que el Tribunal proclamó el carácter «objetivo» de la noción de ayuda y, por tanto, la irrelevancia de los objetivos sociales perseguidos por una medida a la hora de juzgar si se trata o no de una Ayuda a efectos del art. 107 del TFUE—. El autor lleva a cabo un análisis minucioso de estas sentencias y del contexto político y económico en el que se dictaron, mostrando que en muchos casos la fórmula resultante refleja las prioridades de la Comisión en ese momento (p. ej., su preocupación por el exceso de Ayudas al sector textil en los años setenta) y desarrollos jurisprudenciales más generales (p. ej., la objetivación de la definición de la noción de «medidas de efecto equivalente» operada unos días después en el asunto *Dassonville*).

Finalmente, la tercera parte contiene un estudio sobre cómo ha evolucionado el concepto de Ayuda en los múltiples asuntos sobre ayudas al sector financiero que se han sucedido desde el estallido de la crisis (Capítulo 8). En la medida en que se trata de un estudio sectorial, que descansa sobre asuntos muy recientes que no han llegado al Tribunal de Justicia, el enfoque de este capítulo rompe en cierta medida la coherencia de la obra. Sin embargo, el capítulo es útil como un estudio de caso que ilustra el carácter permanentemente cambiante de la noción de Ayuda y el tipo de problemas económicos y políticos que condicionan su evolución. Finalmente, el libro se cierra con una recapitulación de las principales ideas desarrolladas a lo largo de la obra (Capítulo 9).

La obra de Jorge Piernas resulta efectiva a varios niveles. En primer lugar,

el libro está llamado a ser una obra de referencia para comprender las principales sentencias sobre la base de las cuales se ha construido el Derecho de las Ayudas de Estado. En efecto, el carácter extremadamente sistemático del análisis, que analiza minuciosamente el contexto y el contenido de cada una de dichas sentencias, convierte a esta obra en una herramienta de gran utilidad a la hora de profundizar en el conocimiento de los asuntos más relevantes en materia de Ayudas. Aunque se trata en la inmensa mayoría de los casos de asuntos bien conocidos (p. ej., *SFEI, Altmark, Maribel, Adria-Wien, Azores, Gibraltar, Sloman Neptune, Philip Morris*, etc.), el lector especializado encontrará aquí un análisis muy novedoso, que presta tanta atención al contexto como al contenido mismo de las sentencias.

En este sentido, la obra resulta también muy efectiva desde el punto de vista metodológico. Se agradece el esfuerzo del autor por reconstruir de manera minuciosa la jurisprudencia del Tribunal Justicia sobre la noción de Ayuda, vinculando sus principales pronunciamientos con las prioridades políticas de la Comisión y con la evolución general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de competencia y mercado interior. Este enfoque es útil para comprender mejor la jurisprudencia pero también —tal y como señala el autor en la introducción y en la conclusión— a la hora de aplicar las fórmulas emanadas de esos asuntos en futuros casos.

Fernando PASTOR MERCHANT  
IE Universidad

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.10>

QUINZÁ REDONDO, J. P., *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 447 pp.

Entre las labores más gratas para un investigador universitario se halla la de recensionar una obra científica pues permite a quien la lleva a cabo abstraerse por un tiempo del burocrático entorno que lo rodea y disfrutar de una lectura profunda en clave crítica. Un disfrute que en el presente caso resulta mayúsculo por razones diversas. Pese a la escasa o nula valoración de esta manifestación de la investigación por parte de los organismos competentes no debemos cesar en el empeño de seguir ofreciendo al público nuestras opiniones sobre las publicaciones de otros autores a fin de enriquecer los debates y de difundir el avance de la ciencia.

Escribir en la actualidad sobre régimen económico del matrimonio es tarea valiente. En primer término por la complejidad de la institución tanto respecto de la base de la misma (por la apertura del concepto de matrimonio a otras

realidades así como por la creciente relevancia de las uniones no matrimoniales, ese fenómeno multiforme como lo calificara H. Gaudemet-Tallon), como en relación con la dificultad de acotar el conjunto de derechos y obligaciones que conforman los efectos patrimoniales del matrimonio; en esta línea la monografía ha optado por centrarse en la institución matrimonial en detrimento de la figura paralela de la unión de hecho registrada, cuyo tratamiento detallado habría enriquecido la obra a la vez que multiplicado su ya considerable extensión. En segundo lugar resulta asimismo arriesgado abordar el tema de la monografía por cuanto las fuentes reguladoras son dispersas, dispares y cambiantes, como lo acredita que el proceso legislativo en 2006 se iniciara en la Unión Europea con el Libro verde de la Comisión sobre el conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia

jurisdiccional y reconocimiento mutuo [COM(2006) 400 final]; proceso que ha concluido el día de elaboración de esta líneas con la aprobación definitiva del Reglamento 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 por el Consejo de Asuntos Generales de la Unión en su sesión del 24 de junio de 2016. Precisamente la constante modificación del texto de la propuesta de Reglamento en la materia discutida en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea ha podido afectar a los materiales manejados en el capítulo 4 (pp. 299 y ss.), inconveniente que el autor ha sabido superar con solvencia.

La monografía se abre de capa con una introducción (pp. 25-35) sobre el contexto social y legal de la figura; el objeto de la investigación; la estructura de la monografía; los ordenamientos jurídicos seleccionados (en esencia los de los Estados miembros de la Unión Europea, sin ignorar los de algunos países de origen musulmán de la inmigración que vivimos); y el escenario abierto con los intentos de unificación o armonización supraestatal del Derecho sustantivo y conflictual en la materia. Teniendo su antecedente la monografía en la tesis doctoral defendida en la Universidad de Valencia, se entiende y se aplaude la inclusión de esta introducción que permite recibir al morlaco y abrir paso al siguiente tercio.

El resto de la estructura de la obra se ordena en torno a dos partes. La primera (rubricada «La situación actual del régimen económico matrimonial en la Unión Europea», pp. 39-296) está conformada por tres capítulos: uno sobre la diversidad de los regímenes matrimoniales en los Estados miembros de la Unión Europea (pp. 39-117), otro acerca de la diversidad de normas de conflicto aplicables al régimen económico matrimonial en

dichos Estados (pp. 119-210) y un postero a propósito de la descripción de los problemas y soluciones existentes en la actualidad en tales países (pp. 211-296). La segunda parte, que lleva por título «El futuro escenario del régimen económico matrimonial en la Unión Europea» (pp. 299-409), contiene un único capítulo relativo a las acciones legislativas de la Unión en materia de regímenes económico matrimonial y en el que se analiza la aludida propuesta de Reglamento a la vez que se concluye con un estudio de posibles soluciones introducidas en el plano sustantivo con un hipotético régimen económico material europeo de carácter opcional.

La faena se adorna finalmente con extensos anexos de bibliografía, jurisprudencia, normas, otros documentos y recursos electrónicos o bases de datos manejados (pp. 411-447). Lo que pone de relieve uno de los puntos fuertes del trabajo del Profesor Quinzá Redondo: el exhaustivo análisis de campo sobre el que se construye la sólida obra, el manejo solvente de las categorías normativas, la profundidad del aparato crítico y la transversalidad del estudio acometido. Todo ello se cohesiona con un acertado estudio comparado —esencial en toda investigación hodierna que se pretenda de calidad— tanto en el plano sustantivo como en el conflictual.

Analizar la globalidad del contenido de esta excelente obra resulta imposible e impensable por lo que nos limitaremos a abordar algunas cuestiones escogidas que han llamado la atención de quien esto subscribe. De entrada se dedican las pp. 44-83 al estudio del régimen económico matrimonial primario y secundario, una distinción clásica en la materia revivida en el seno de la Unión Europea por el celo de alguno de sus países miembros (señaladamente Francia) en salvaguardar el primero de ellos y que acertadamente el autor reconduce a la cuestión del orden público internacional en la materia (p. 44). Seguidamente resulta

especialmente brillante el análisis de la soluciones que el sistema de Derecho anglosajón de Inglaterra y Gales proporciona a las consecuencias patrimoniales del matrimonio (pp. 84-117), en el que el Doctor Quinzá Redondo parte de la premisa bien conocida de que en él se desconoce el concepto de régimen económico vigente del matrimonio (y es que, no se olvide, la Gran Bretaña es una isla no solo en lo geográfico, sino también en lo jurídico); así las cosas, y asumidas las disfunciones que genera la coexistencia de distintas concepciones de la materia en un espacio judicial común, el autor meritoriamente se echa la muleta a la mano izquierda y va más allá para plantearse si entre los sistemas de Derecho continental y de Derecho anglosajón que conviven en Europa existen ciertos puntos en común que permitan superar diferencias y dar soluciones reales a los problemas de los ciudadanos (especialmente, pp. 110-117). De no menor interés resultan las páginas destinadas al análisis de la virtualidad atribuida a la voluntad de las partes para la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial en los Estados miembros de la Unión (pp. 122-166), de nuevo entreveradas con un rico estudio comparado entre los sistemas continentales y anglosajones, con una bienvenida referencia a la protección de los terceros que contratan con los cónyuges en aquellos supuestos de modificación de la elección —y, por tanto, del Derecho aplicable— por parte de estos; de lo que se trata, en definitiva, es de permitir que el tercero tenga conocimiento de las circunstancias jurídicas de la persona casada con la que contrata, así como de conseguir que tal modificación no le perjudique (p. 152). Vinculada a esta cuestión se halla la de la publicidad de las capitulaciones matrimoniales en los registros públicos (así, el civil, el de la propiedad o el mercantil), especialmente sensible para un sistema de protección registral tan asentado y elevado como el patrio hasta el punto de haber constituido una línea roja de la delega-

ción española en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea en la negociación de las dos propuestas de Reglamentos sobre régimen económico del matrimonio y de las uniones de hecho registradas. Con un análisis detallado *de lege lata* de los instrumentos supraestatales reguladores de la materia se cierra la primera parte de la monografía (pp. 231-296), instrumentos tanto de orden material (así, el Acuerdo franco-alemán de 4 de febrero de 2010 instituyendo un régimen económico matrimonial de participación de las adquisiciones, abierto a la adhesión de otros Estados miembros de la Unión Europea), como conflictual (es el caso del fracasado Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales).

Según se indicó, la monografía se cierra con una segunda parte / capítulo cuarto dedicada al estudio de la (entonces) propuesta del hoy Reglamento de 24 de junio de 2016, texto que, como acertadamente señala el autor, adolece de disfunciones en su aplicación respecto de otros instrumentos cercanos (cual es el caso del Reglamento 650/2012 en materia sucesoria o del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental), si bien en su valoración global la estima positiva y de una elevada calidad técnica (p. 398). A lo que añade que «la solución global y definitiva [a esta materia], y que actuaría como complemento de la unificación de las normas de Derecho internacional privado, consistiría en el ofrecimiento de soluciones jurídicas desde el punto de vista material de los regímenes económicos matrimoniales» (pp. 399-400). De ahí que se dedique el último apartado de la obra a escudriñar la posibilidad de creación de un régimen económico matrimonial europeo de carácter opcional consistente en un cuerpo completo de normas sustantivas materializadas en el diseño y regulación de uno o varios regímenes económicos matrimoniales ela-

borados por el legislador de la Unión que permitiera su elección por los cónyuges o futuros cónyuges como una opción más junto a los regímenes de fuente interna ofrecidos por los legisladores nacionales de cada Estado (pp. 400-409); si bien se trata de una iniciativa que cuenta con antecedentes doctrinales datados en 1995, fue planteada por los Notarios italianos F. Salerno y D. Damascelli en el grupo de trabajo convocado por la Comisión para la elaboración de sus propuestas de Reglamentos sobre régimen económico del matrimonio y de las uniones de hecho registradas, aunque no fue oficialmente acogida por las reticencias que una unificación de este orden suscitaba a los Estados miembros.

En conclusión, por la relevancia e interés, el tema elegido como objeto de investigación, por la calidad y exhaustividad de los materiales —normativos, jurisprudenciales y doctrinales— utilizados, por la solvencia del manejo de las categorías jurídicas, por la pulcra redacción y por la brillantez de los resultados obtenidos, nos hallamos ante una obra cumbre, de puerta grande. El autor ofrece un modelo a seguir en el estudio del Derecho internacional privado para los jóvenes que, deseando ser pobres de por vida, quieran dedicarse a la investigación universitaria.

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.11>

RODRIGO, Á. J., *El desafío del Desarrollo sostenible*, Colecc. Tribuna Internacional, núm. 17, Madrid, ed. Centro de Estudios Internacionales, Marcial Pons, 2015, 210 pp.

El trabajo que aquí se recensiona es una monografía escrita por el Profesor Ángel Rodrigo, que aborda un tema extremadamente importante y complejo como es el desarrollo sostenible. No es la primera vez que el autor se enfrenta a esta cuestión, pues en su haber cuenta con varios trabajos serios sobre esta temática. Sin embargo, este estudio es su primera monografía sobre el tema y, por tanto, su contribución más completa sobre el concepto o noción del desarrollo sostenible.

La monografía se compone de dos partes. La primera, titulada «El concepto de desarrollo sostenible en el Derecho internacional», está integrada por tres capítulos en los que aborda el «Origen y evolución de la noción de desarrollo sostenible» (capítulo I), «El contenido de la noción de desarrollo sostenible» (capítulo II) y «La naturaleza de la noción de desarrollo sostenible» (capítulo III). Así, en esta primera parte se abordan cuestiones básicas para desentrañar el significado y

alcance del concepto de desarrollo sostenible. Tras un primer capítulo en el que hace un repaso de los orígenes y evolución del concepto, refiriéndose a los hitos más recientes como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2012 (Río+20) o la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de 2015, se detiene en examinar su contenido y naturaleza. A este respecto, en el capítulo II aborda los tradicionales tres pilares o dimensiones que lo integran: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección medioambiental. Pero también se hace eco de las propuestas de ampliación de su contenido hacia nuevas materias como son la paz y la seguridad o la cultura y que podrían tener cabida en el concepto estudiado dado su carácter dinámico y evolutivo.

En cuanto a su naturaleza y funcionalidad, el autor considera que el desarrollo sostenible cuenta con diversas dimensiones. En primer lugar, se trata de un objetivo político con un enfoque que inte-

gra los procesos económicos, sociales y políticos. En segundo lugar, también es un concepto jurídico con una pluralidad de manifestaciones como principio de naturaleza procedimental y de naturaleza intersticial, así como derecho humano, entre otras. En tercer y último lugar, también sería un marco metodológico para la creación y aplicación de políticas públicas, principios y normas jurídicas internacionales de carácter sustantivo y procedimental, así como de recursos hermenéuticos. Todas estas cuestiones son examinadas de forma exhaustiva en el capítulo III.

La segunda parte está dedicada al estudio de «Los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible» y se integra por un total de siete capítulos, consagrados cada uno de ellos a un principio. En concreto se trata de los principios de utilización sostenible de los recursos naturales (capítulo IV), de equidad intergeneracional e intrageneracional (capítulo V), de responsabilidades comunes pero diferenciadas (capítulo VI), de precaución (capítulo VII), de participación pública y acceso a la información y la justicia (capítulo VIII), de buena gestión de los asuntos públicos (capítulo IX) y de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible (capítulo X). Estos principios no han sido elegidos de manera arbitraria, sino que se basan en los enunciados en la Declaración de Nueva Delhi acerca de los principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible, adoptada por la *International Law Association* en 2002. En cada uno de estos capítulos se hace un repaso exhaustivo del contenido, naturaleza jurídica y ámbito de aplicación (material y personal) de cada principio, así como de su contribución al objetivo del desarrollo sostenible.

El trabajo se cierra con unas ricas conclusiones, aportando también una completa relación bibliográfica y una útil lista de jurisprudencia citada. Tam-

bién se incluyen tres anexos en los que se recogen la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Declaración de Nueva Delhi de 2002, así como los Objetivos de Desarrollo Sostenible, documentos muy pertinentes para el tema tratado y a los que se hace referencia constante a lo largo de la monografía.

El autor es consciente de que la noción de desarrollo sostenible ha sido objeto de una demagogia e instrumentalización para desarrollar un marketing verde de determinadas políticas y actuaciones que poco tienen que ver con el significado originario de este concepto. Ello ha llevado a muchos autores a denostarlo por considerar que la expresión desarrollo sostenible se invoca para legitimar las más variadas y contradictorias actuaciones, situando en la mayor parte de las ocasiones su vertiente de desarrollo económico por encima de las otras dos dimensiones, la social y la medioambiental.

Sin embargo, el autor es optimista y, a pesar de los abusos y utilización interesada de este concepto, afirma su utilidad y virtualidad en el ámbito del Derecho internacional. Ello porque, en su opinión, ha logrado un protagonismo a nivel internacional necesario para ir avanzando en los objetivos primigenios que se pretendían con este concepto y que no son otros que el uso sostenible y equitativo de los recursos naturales, por un lado y, la satisfacción de las necesidades básicas de las personas (que implica especialmente la lucha contra la pobreza), por otro. En palabras del autor: «el desarrollo sostenible se ha situado en el centro de la agenda internacional y ha pasado a ser uno de los tres propósitos básicos de las Naciones Unidas, junto con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y la promoción y protección de los derechos humanos» (p. 37). De hecho, el desarrollo sostenible se formula como una política pública global en la Agenda de Desarrollo Post-2015 y en los

Objetivos de Desarrollo Sostenible que se incluyen en dicha agenda. Esta idea vuelve a repetirse en varias ocasiones, apuntándose que el protagonismo adquirido ha permitido reorientar y reformular «las políticas económicas de los Estados en diversos sectores para hacer compatible el desarrollo y el respeto al medio ambiente», así como comportar «consecuencias jurídicas para el cambio y evolución del actual Derecho internacional para la creación de nuevas normas con tal objetivo» (p. 69). Es más, según el autor, «se puede concluir que la sostenibilidad está emergiendo como uno de los valores fundamentales de la comunidad internacional para las relaciones internacionales en el siglo XXI» (p. 177). No obstante, el gran reto es llevar este marco teórico, jurídico y conceptual del desarrollo sostenible a la práctica.

Es cierto que se ha escrito mucho sobre el desarrollo sostenible, pero son escasos los trabajos, al menos lengua española, que se aproxime a este concepto

desde un punto de vista del Derecho internacional y que lo trate de forma tan completa y cabal. Además, como puede observarse en los diversos puntos esbozados, el examen del concepto de desarrollo sostenible, le sirve al autor para hacer un repaso a las cuestiones más importantes en materia de Derecho internacional del medio ambiente, y que se debe, en buena forma, a la propia naturaleza del concepto de desarrollo sostenible: su transversalidad, su incierta naturaleza jurídica, su necesidad de plasmación en normas concretas, su utilidad hermenéutica, y su función relacional con otras normas y principios de Derecho internacional. Por todos estos motivos, considero que se trata de una obra de referencia sobre la materia que toda persona interesada en el Derecho internacional del medio ambiente, y en el Derecho internacional en general, debería consultar.

Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA

Universidad Autónoma de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.12>

SOTILLO LORENZO, J. Á., *El reto de cambiar el mundo. La Agenda 2030 de desarrollo sostenible*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2015, 117 pp.

La obra objeto de esta recensión se centra en un tema de plena actualidad y gran relevancia, como son los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODS) adoptados el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas junto al documento *Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Este breve libro, escrito en tono divulgativo y con un lenguaje accesible al gran público, constituye una buena introducción panorámica tanto al contexto en que se han elaborado como a los contenidos de la Agenda 2030 y de los ODS, los cuales están llamados a constituir el referente de las políticas internacionales en el campo del desarrollo y la cooperación hasta el año 2030. Su autor es José Antonio Sotillo, profesor de Derecho internacional pú-

blico de la Universidad Complutense, así como director del Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación (IUDC) de esa universidad. Además, uno de los capítulos, el sexto, ha sido elaborado por Tahina Ojeda, investigadora y docente del mismo IUDC.

Los tres primeros capítulos constituyen un repaso a la historia de la cooperación al desarrollo, enmarcada en el contexto de los cambios políticos de la sociedad internacional, la transformación de los problemas del desarrollo y la evolución de los paradigmas teóricos en este campo. Así, el primer capítulo, ilustrado con numerosos mapas y gráficas, esboza un diagnóstico de los grandes problemas que, interconectados en un contexto de globalización económica,

sufre este «mundo en crisis» y a los que la cooperación internacional y los ODS deben hacer frente. Entre ellos se destacan la pobreza, las desigualdades socioeconómicas y de género, los conflictos armados y otras formas de violencia, las enfermedades asociadas a la pobreza y la degradación medioambiental.

El segundo capítulo resume la gestación del sistema de cooperación internacional tras el final de la Segunda Guerra Mundial y su evolución durante la guerra fría. Para ello explora no solo las principales instituciones creadas, tanto en el marco de Bretton Woods como de la ONU, sino también los principales hitos de la evolución de dicho sistema, los enfoques teóricos que lo inspiraron y los intereses subyacentes que lo delimitaron. Por su parte, el tercer capítulo, continuidad del anterior, ofrece una breve semblanza del orden internacional de la posguerra fría, marcado por la universalización del dogma neoliberal, como telón de fondo en el que ubicar las partes posteriores del libro.

El cuarto capítulo analiza los antecedentes inmediatos de los actuales ODS, esto es, la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), adoptados en 2000, que han sido el referente de las políticas nacionales e internacionales de desarrollo y de cooperación hasta el año 2015. Su estudio resulta ineludible para poder entender que los ODS son el colofón de un largo proceso precedido no solo por tales ODM, sino ya antes por las diversas cumbres mundiales organizadas por la ONU desde principios de la década de los noventa a fin de abordar diferentes cuestiones globales. El capítulo analiza los principios proclamados en dicha Declaración del Milenio, los contenidos de los ODM, así como algunas de sus luces y sombras.

El quinto capítulo se centra específicamente en el análisis de los ODS, concretamente 17, que se desglosan en 159

metas con una serie de mecanismos para verificar su cumplimiento para el año 2030 a través de las políticas que cada país implemente. Como dice el autor, los ODS «se plantean desde una perspectiva universalista e integral» (p. 10), por cuanto competen a todos los países, pobres y ricos, y están concebidos en base a su interrelación mutua. Cabe señalar que presentan algunas diferencias significativas con respecto a los ODM precedentes. Una de ellas es que si bien los ODM fueron «precocinados» por un equipo de especialistas, los ODS se han formulado mediante un proceso participativo que ha implicado a las organizaciones internacionales, a los gobiernos tanto del Norte como del Sur, y a la propia sociedad civil, lo cual les dota de un mayor grado de legitimidad. Otra diferencia es que los ODS incluyen un mayor número de objetivos, algunos de ellos omitidos en los ODM a pesar de su importancia, como las desigualdades o los derechos humanos. No obstante, nos recuerda el autor, que otros objetivos reclamados por las ONG no han sido incorporados, como el de un mayor control fiscal de las multinacionales en los países pobres.

El sexto capítulo, realizado por Tahina Ojeda, se centra en un aspecto específico de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, como es la contribución a la misma de la cooperación Sur-Sur. Según señala, diversos países del Sur han emergido con un creciente peso político y económico en la agenda internacional, promoviendo incipientes caminos alternativos de cooperación Sur-Sur que cuestionan la convencional cooperación entre donantes del Norte y receptores del Sur, tanto en sus instrumentos como en sus objetivos y enfoques teóricos.

Por último, el séptimo capítulo formula algunas reflexiones finales sobre las implicaciones y alcance de la Agenda 2030. A modo de lecciones aprendidas, realiza un análisis ambivalente de los ODM, pues si bien sirvieron como un catalizador que unió a la comunidad

internacional en pos de unos objetivos comunes de bienestar, han merecido numerosas críticas que van desde lo inalcanzable de sus aspiraciones hasta el hecho de que no cuestionaron el modelo económico global, raíz de muchos de los problemas. Los ODS, por su parte, constituyen un pacto global con mayor grado de legitimidad para afrontar la pobreza y mejorar la sostenibilidad del planeta.

Por ello, el autor concluye mostrando un posicionamiento prudente pero posibilista hacia los mismos, subrayando sus deficiencias pero también sus potencialidades.

Karlos PÉREZ DE ARMIÑO  
 Universidad del País Vasco/Euskal  
 Herriko Unibertsitatea  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.4.13>

## B) LIBROS RECIBIDOS

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nociones básicas de registro civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, 5.ª ed., Madrid, GPS, 2015, 962 pp.
- ANTÓN JUÁREZ, I., *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley - Wolters Kluwer, 2015
- BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, 350 pp.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., *El seguro privado de obras de arte*, Fundación MAPFRE, Cuadernos de la Fundación, núm. 209, 103 pp.
- CALVO VIDAL, I. A., *El certificado sucesorio europeo*, Editorial La Ley, abril 2015, 360 pp.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., *International Maritime Labour Law*, Hamburg Studies on Maritime Affairs, International Max Planck Research School for Maritime Affairs, University of Hamburg, vol. 34, Springer-Verlag, 2015, XIII, 326 pp.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (dirs.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, 2.ª ed., Granada, Comares, 2015, 480 pp.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. S., *Derecho privado de Internet*, 5.ª ed., Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2015, 1150 pp.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (coord.), ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ANCEL, B., DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (dirs.), *Armonización del Derecho Internacional Privado en el Caribe - L'harmonisation du Droit International Privé dans le Caraïbe - Harmonization of Private International Law in the Caribbean. Estudios y materiales preparatorios y Proyecto de Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado de 2014*, Iprolex, 2015. 686 pp.
- GRASA, R., BLANC, A. y DIAGO, P. (dirs.), C. MARTÍNEZ CAPDEVILA (coord.), *La aplicación de la Mediación en la Resolución de los Conflictos en el Mediterráneo*, AEPDIRI - MAEC. Edición digital (<http://www.aepdiri.org/>).
- IGLESIAS BUIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Sucesiones Internacionales. Comentarios al Reglamento UE 650/2012*, Tirant lo Blanch (Colección Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales), 2015, 676 pp.



## REGLAS EDITORIALES

1. La publicación de trabajos y contribuciones en la Revista está abierta a todos los 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, para lo que existe un proceso anónimo de evaluación científica por pares.

Todas las contribuciones deberán ser originales e inéditas. No se aceptarán trabajos ya publicados en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Si un autor desea que un trabajo previamente publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* vuelva a serlo en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista Española de Derecho Internacional*, indicando el número, año y páginas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que siguen (pueden consultarse también en la página web de la revista: <http://www.revista-redi.es/>), antes del **1 de noviembre y del 15 de mayo**, para los números 1 y 2, respectivamente.

Los Estudios no deberán superar los 80.000 caracteres; cada contribución al Foro o a la Práctica deberá limitarse a 20.000 caracteres, y las reseñas a 6.000. La cifra indicada incluye espacios y notas al pie de página.

**2. Estudios.** Los trabajos destinados a la sección de Estudios se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Los interesados podrán remitir sus aportaciones por correo electrónico a la Secretaria de la Revista, Prof.<sup>a</sup> Dra. Marta Requejo ([marta.requejo@mpi.lu](mailto:marta.requejo@mpi.lu)) o a la Directora de la Revista, Prof.<sup>a</sup> Dra. Araceli Mangas ([aman-gas@der.ucm.es](mailto:aman-gas@der.ucm.es)). Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

La Dirección decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la Revista aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los

trabajos. Se dará preferencia a los estudios que tengan en cuenta las líneas editoriales del Consejo de Redacción, que serán adoptadas y publicación con suficiente antelación para cada número.

El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. Igualmente se requerirá, en su caso, al autor para que realice las modificaciones formales necesarias de acuerdo con las reglas de estilo.

La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores o datos puntuales con respecto a la versión aceptada.

**3. Foro.** Esta Sección, no fija, incluirá contribuciones en forma de debate entre dos o más autores de cualquiera de las áreas de interés de la Revista, sobre temas de actualidad identificados durante el semestre previo a la publicación del número de que se trate. En principio la participación en el Foro será por invitación de la Revista; no obstante, la propuesta a la Dirección de un asunto actual, acompañada de posibles autores para la misma, será tomada en consideración.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).

— Derecho internacional privado, Prof.<sup>a</sup> Dra. Blanca Vilà (*blancavilacosta@gmail.com*).

— Relaciones internacionales, Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de Foro se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan aquí.

**4. Práctica española en materia de Derecho internacional.** Esta Sección, no fija, incluirá la práctica nacional (decisiones judiciales, práctica administrativa o diplomática) más relevante en las tres áreas (Relaciones internacionales, Derecho internacional público y Derecho internacional privado). Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho Internacional Público: Prof. Dr. José Manuel Sobrino (*j.sobrino@udc.es*).

— Derecho internacional privado, Prof. Dr. Manuel Desantes (*manuel.desantes@ua.es*).

— Relaciones internacionales, Prof.<sup>a</sup> Dra. Irene Rodríguez (*irene.rodri-guez@usc.es*).

**5. Bibliografía.** En principio, sólo se publicarán las reseñas, reseñas o comentarios encargados por el coordinador respectivo. Las colaboraciones para esta sección tendrán un máximo de 6.000 caracteres y la presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12) con notas entre paréntesis en el texto. No obstante, en casos excepcionales podrán aceptarse reseñas o reseñas hechas sin encargo previo, enviándolas al coordinador respectivo para que pueda tomar una decisión. Respecto de esta sección, los libros enviados a la *REDI* (a los coordinadores, al secretario o a la directora, con indicación de que van destinados a esta sección) se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

Son coordinadores de esta Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Carlos Espósito (*carlos.esposito@uam.es*).

— Derecho internacional privado: Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).

— Relaciones internacionales: Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de Práctica se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

**6.** Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

**7. Información.** Cualquier otra información puede obtenerse en la dirección en Internet: <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> o dirigiéndose

— a la Secretaria, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg, correo-e: *marta.requejo@mpi.lu*)

— o a la Directora de la *Revista*, Araceli Mangas Martín (Departamento de Derecho internacional público y privado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, España, correo-e: *amangas@der.ucm.es*).

*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>.

